



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Óscar Darío Amaya Navas

Bogotá D.C., seis (06) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Número Único: 11001-03-06-000-2018-00034-00

No. Radicación: 2369

Actor: Ministro de Salud y Protección Social

Referencia: Contrato con valor indeterminado pero determinable ¿Es procedente incrementar el valor del contrato superando el límite del 50% señalado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993?

El señor Ministro de Salud y Protección Social solicita concepto de esta Sala en relación con la viabilidad de incrementar el valor estimado del contrato de consultoría 043 de 2013¹ suscrito entre dicho Ministerio (hoy subrogado a la ADRES) y la Unión Temporal Fosyga 2014, superando el límite del 50% establecido en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, teniendo en cuenta que en los estudios previos, en el pliego de condiciones, en los estudios de costos y en la cláusula cuarta del contrato, el valor del mismo es de cuantía indeterminada pero determinable.

I. ANTECEDENTES

Los antecedentes de la consulta elevada por el Ministro de Salud y Protección Social se pueden resumir de la siguiente manera:

1. Manifiesta el Ministro que la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES- fue creada mediante la Ley 1753 de 2015 – Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, como entidad de naturaleza especial del nivel descentralizado de la rama ejecutiva del orden

¹ El objeto del contrato es "realizar la auditoria en salud, jurídica y financiera a las solicitudes de recobro por servicios extraordinarios no incluidos en el plan general de beneficios y a las reclamaciones por Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito – ECAT con cargo a los recursos de las subcuentas correspondientes del Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA del Sistema General de Seguridad Social en Salud".

nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, patrimonio independiente, asimilada a una empresa industrial y comercial del Estado, adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, cuyo objeto lo constituye *“la administración de los recursos que hacían parte del Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-, del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud -FONSAET-, de los recursos que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP – a que hace referencia el artículo 67 de la Ley, así como los demás ingresos que determine la ley”*.

2. Transcribe lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 1429 de 2016 sobre las funciones de la ADRES, igualmente lo señalado en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 sobre los recursos que le corresponde administrar a dicha entidad, precisando que los mismos harán unidad de caja a excepción de aquellos de propiedad de las entidades territoriales, los cuales conservan su destinación específica y se manejan en contabilidad separada dentro del fondo. Resalta también que dentro de la estructuración del presupuesto de gastos de la entidad se debe dar prioridad al componente de aseguramiento en salud de la población del país.

3. Transcribe el artículo 4 del Decreto 1429 de 2016 sobre los ingresos de la ADRES.

4. Igualmente hace una descripción del contrato de consultoría No. 043 de 2013, objeto de consulta indicando: (i) la modalidad de selección (concurso de méritos), (ii) el contratista (Unión Temporal FOSYGA 2014), (iii) el objeto contractual: *“Realizar la auditoria en salud, jurídica y financiera a las solicitudes de recobro por servicios extraordinarios no incluidos en el plan de beneficios y a las reclamaciones por Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito – ECAT con cargo a los recursos de las subcuentas correspondientes del Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA del Sistema de Seguridad Social en Salud”*, (iv) la fecha de suscripción: 10 de diciembre de 2013, (v) el valor, señalando que el mismo asciende a un valor estimado de \$132.524'378.248, suma que incluye valores de la comisión fija y de la comisión variable, y resaltando que la cláusula cuarta indica que **“El valor final del contrato será el que resulte de los valores efectivamente pagados al CONTRATISTA”**, (vi) el plazo, el cual es de 48 meses y 15 días o hasta que se agote la disponibilidad presupuestal que ampara el valor del mismo, lo que ocurra primero, contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio. En *“todo caso, el plazo de ejecución no podrá superar el 31 de diciembre de 2017”*, (vii) la fecha de inicio: 16 de diciembre de 2013, fecha en que se suscribió el acta de inicio.

Manifiesta que el contrato de consultoría aludido ha tenido las siguientes adiciones, prórrogas y otro si modificatorios: (i) Adición No. 1 del 3 de diciembre de 2014 por valor de \$11.500.000.000, (ii) Adición No. 2 del 19 de noviembre de 2015 por valor

de \$11.690.459.519,62, (iii) Adición No. 3 del 19 de septiembre de 2016 por valor de \$25.011.173.338, (iv) Adición No. 4 y Otro si modificatorio No. 1 del 9 de junio de 2017 por valor de \$24.112.344.820 y la modificación del numeral 5.2.4 sobre comisión variable, disminuyendo el valor unitario por recobro o reclamación para la vigencia 2017, el cual quedó fijado en la suma de \$6.129,54, (v) Prórroga No. 1 y Otro si modificatorio No. 2 del 28 de noviembre de 2017, mediante la cual se amplió el pazo de ejecución del contrato y se modificó la cláusula tercera, quedando pactado el plazo hasta el 31 de octubre de 2018 e incluyendo además de la auditoría integral de recobros y reclamaciones hasta el agotamiento de la disponibilidad, la realización de actividades del proceso de reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, así como la ejecución del proceso de revisión de recobros que hacen parte de los procesos judiciales.

5. Refiere el Ministro como hechos de importancia para la solicitud del concepto, los siguientes:

- a. Que en los estudios previos realizados como soporte del concurso de méritos CM-DAFPS No. 001 de 2013 se estableció en el numeral 9 que *“El valor del presente contrato es **indeterminado pero determinable**. Para establecer el valor estimado del contrato, se realizó un ejercicio de presupuesto basado en precotizaciones y cotizaciones a precios del año 2013 y se proyectó desde el 2014 hasta el 2017. Para el crecimiento anual de los costos se utilizó la meta máxima de inflación estimada en un 3% para cada uno de los años del periodo 2014 al 2017. (Negritas fuera de texto)”*.
- b. Que en la cláusula cuarta del contrato, se determinó que el valor es indeterminado pero determinable, fijándose como valor estimado del mismo la suma de \$132.524.378.248, la cual incluye la comisión fija y la comisión variable a favor del contratista.
- c. Que la justificación de pactar el valor del contrato como indeterminado pero determinable, se sustenta en el estudio de costos realizado para la puesta en marcha del Concurso de Méritos CM-DAFPS No. 001 de 2013, en el cual se estableció que:

“los valores estimados de las comisiones se generan a partir del estudio de costos realizado teniendo en cuenta los requisitos necesarios para la ejecución del proyecto.

Los volúmenes de radicación y de aprobación de recobros por servicios extraordinarios no incluidos en el plan general de beneficios y a las reclamaciones por eventos catastróficos y accidentes de tránsito -ECAT estimados para el período de enero de 2014 a diciembre de 2017, los cuales serán objeto de auditoría, se determinaron teniendo en cuenta las cifras históricas, particularmente las correspondientes a los volúmenes de radicación y

aprobación de Recobros no POS y de reclamaciones ECAT registradas para el año 2012, lo corrido de la vigencia fiscal 2013 y las proyectadas hasta el mes de diciembre de 2013”.

- d. Que igualmente en dicho estudio de costos se detalló como premisa para la remuneración del contrato, la siguiente estructura:

“A. Comisión fija

Son los recursos que no dependen de la variación de los volúmenes de reclamaciones y recobros los cuales tienen como finalidad remunerar la capacidad instalada requerida y disponible para realizar las labores contratadas, es decir, la misma se estimó de acuerdo a los costos fijos asociados al proyecto (gastos de personal administrativo, arrendamiento, servicios públicos, aseo, vigilancia, cafetería, materiales y suministros, mantenimiento de equipos, infraestructura tecnológica, viáticos, asistencia técnica, capacitación entre otros).

(...)

B. Comisión variable y valor unitario

*Es el reconocimiento por la auditoría de reclamaciones ECAT y recobros No Pos con estado aprobado (**únicamente**), lo que garantiza una metodología clara respecto de lo que es sujeto de cobro por parte del contratista, esto asegura que no exista cobro de comisiones por labores de auditoría de reclamaciones ECAT y recobros No Pos en otros estados que pueden llegar a no ser definitivos”.*

- e. Para darle un valor unitario a la comisión variable, se estableció en un inicio el valor de \$6.212 por recobro o reclamación aprobada. Este “valor se estableció a partir de la diferencia entre el costo total del proyecto y el valor de la comisión fija dividido entre la cantidad estimada de recobros No POS y reclamaciones ECAT aprobados en cada vigencia”.
- f. También “se tuvieron en cuenta las estadísticas de los años inmediatamente anteriores al 2013, las cuales mostraban un índice de aprobación promedio de 83%, mientras los recobros aprobados por Fallos de Tutela un 17% y en el caso de las reclamaciones con cargo a la Subcuenta ECAT, el índice de aprobación promedio de los últimos años es del 25%”.
- g. Los incrementos al valor del contrato se hicieron bajo la figura de adición contractual estableciéndose el límite del 50% dispuesto en el inciso 2º del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, pese a que el valor de este se pactó como indeterminado pero determinable teniendo en cuenta la naturaleza de la comisión variable establecida en el contrato.

h. Dado que el plazo del contrato de consultoría 043 de 2013 estaba próximo a vencer, se abrió un nuevo proceso de contratación, el cual pese a haber culminado con la adjudicación sobrevino la imposibilidad de celebrar el contrato, lo que genera enorme preocupación *“dada la inaplazable necesidad de asegurar la continuidad en la prestación de los servicios de salud a todos los habitantes del país”*.

6. Indica que de concluirse que procede la adición al contrato y dado que actualmente ya se llegó al límite del 50% señalado en la ley, se correría el *“riesgo de tener que suspender el proceso de auditoría de recobros y reclamaciones, cuestión que, a su turno, impediría el giro de recursos al sistema de salud, lo cual conllevaría la falta de pago por estos conceptos a las IPS y EPS reclamantes y recobrantes”*, y en consecuencia *“se estaría vulnerando el mecanismo de protección individual por solicitudes de recobro afectando de esta manera en promedio a los usuarios de 6 millones de recobros, lo que representa para el sistema un valor aproximado de 3.3 billones de pesos”*.

7. Precisa que *“el concepto de ‘adición contractual’ hace referencia a la necesidad de agregar elementos no previstos en el contrato inicial, pero cuya ejecución es indispensable por su conexidad con aquél, lo cual se logra mediante la adición del contrato”*, para lo cual trae a colación jurisprudencia y conceptos del Consejo de Estado.

Por último, el Director General de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, remite a la Sala de Consulta oficio sin fecha mediante el cual:

1. Aclara el manejo presupuestal que ha tenido el contrato 043 de 2013, en el que precisa *“que las adiciones realizadas al contrato 043 de 2013 no han superado el 50%, toda vez que las mismas están expresadas en salarios mínimos legales mensuales, los cuales se incrementan por vigencia tal como se detalla a continuación: ... De lo anterior se concluye que los salarios mínimos adicionados al Contrato de Consultoría 043 de 2013, ascienden a 112.405,05 cifra que, con corte a febrero 22 de 2018, no supera el 50% del valor inicial del contrato”*.

2. Describe como antecedente contractual de incorporación de recursos para garantizar el reconocimiento y pago de recobros y reclamaciones sujetas a procesos de auditoría, mediante la expedición de CDP's y su correspondiente registro presupuestal, sin acudir a la figura de adición contractual, el contrato de encargo fiduciario No. 242 de 2005 suscrito entre el entonces Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio de Salud y Protección Social, y el Consorcio Fiduciario Fidufosyga 2005.

3. Señala que el valor del contrato de fiducia referido fue pactado como indeterminado pero determinable e implícitamente se estableció *“que aquello que era indeterminable eran aquellas situaciones no previsibles presupuestalmente, lo cual, para el caso en concreto, se materializó en lo referente a las comisiones variables asociadas”*.

específicamente al reconocimiento y pago de (i) recobros por medicamentos no POS y fallos de tutela y (ii) las reclamaciones por eventos catastróficos y accidentes de tránsito – ECAT radicadas por las EPS e IPS al FOSYGA, respectivamente, las cuales al ser la piedra angular de la actividad de auditoría médica, jurídica y financiera del SGSSS, deberían ser amparadas presupuestalmente por el entonces Ministerio de la Protección Social en función del volumen de radicación y por lo mismo, requerían la aplicación de un procedimiento automático de compromiso de recursos para el pago de dicha comisión”.

4. Comenta que el valor inicial de dicho contrato fiduciario – el cual antecedió al contrato de consultoría objeto de consulta- fue pactado en la suma de \$91.353'054.492 y luego de haberse ajustado el valor, una parte con adiciones contractuales del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 para el reconocimiento y pago de la comisión fija, y otra con registros presupuestales para pagar las comisiones variables, dicho contrato terminó con un valor final de \$236.844'817.203.

5. Sustenta el incremento argumentando que en el contrato de fiducia aludido *“se estableció que el valor del mismo era indeterminado pero determinable, el hecho de que el valor final del contrato superó el 50% del valor del contrato principal, no vulneró lo establecido en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, toda vez que, como se ha mencionado en este documento, se estableció que el valor del contrato **era indeterminado pero determinable** por la existencia de un valor unitario directamente asociado a la comisión variable, por lo que en la medida que dicho valor se fue ajustando según las necesidades que tenía el SGSSS, se garantizó el cumplimiento de uno de los objetivos institucionales del entonces FOSYGA, cual era en últimas garantizar la prestación de los servicios de salud a la población colombiana, el cual se cumplió a cabalidad”.*

6. Indica que tal situación fue de conocimiento de los órganos de control y vigilancia del sector *“quienes interpretaron como ajustada a la norma la actuación del Ministerio en función de las dinámicas de operación del sector salud, las cuales de manera consecuente se vieron reflejadas en la dinámica de ejecución del Contrato de Encargo Fiduciario No. 242 de 2005. Lo anterior se corroboró en la etapa de liquidación del Contrato, la cual tuvo el acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación, en la fase de conciliación extrajudicial, avalada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera, Subsección B. Posteriormente, toda la actividad contractual derivada del referido contrato fue objeto de auditoría de la Contraloría General de la República, sin hallazgo alguno sobre el particular”.*

Con base en lo antes reseñado formulan las siguientes **PREGUNTAS**:

“6.1 ¿Para efectos de darle continuidad inmediata a la ejecución del citado Contrato de Consultoría 043 de 2013 y asegurar así la indispensable Auditoría a las Reclamaciones y Recobros que permanentemente formulan las IPS y las EPS por la prestación de sus servicios de salud, amén de las específicas particularidades de dicho Contrato, resulta válido que los montos de dinero que deban pagarse al Contratista se aseguren mediante los movimientos presupuestales que deba realizar ADRES, sin que para ello deba acudir a la figura de la ‘adición del valor del contrato’?”

“6.2 ¿En el caso concreto del referido Contrato de Consultoría 043 de 2013, tiene aplicación el límite cuantitativo que para la ‘adición del valor de los contratos’, establece el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80?”

II. CONSIDERACIONES

Con el propósito de dar respuesta a los interrogantes planteados en la consulta, la Sala considera oportuno referirse a las siguientes materias: (I) Naturaleza jurídica de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, (II) Principios de la contratación estatal, (III) Límites a la modificación de los contratos, (IV) El precio o valor como elemento esencial de los contratos estatales – Valor determinado y valor indeterminado pero determinable, (V) Contrato adicional y adición de contrato – Alcance en contratos con valor estimado, (VI) Análisis del caso concreto.

I. **Naturaleza jurídica de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-**

La Ley 1753 de 2015 *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”, en su artículo 66² creó la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES- como una entidad de naturaleza especial, del nivel descentralizado del orden nacional, asimilada a una Empresa Industrial Comercial del Estado, que forma parte del Sistema de Seguridad Social en Salud, adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente.*

El objeto de la ADRES es el de *“administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga), los del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (Fonsaet), los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)...”*

Los ingresos de la entidad están *“conformados por los aportes del Presupuesto General de la Nación definidos a través de la sección presupuestal del Ministerio de Salud y Protección Social, los activos transferidos por la Nación y por otras entidades públicas del orden nacional y territorial y los demás ingresos que a cualquier título perciba. Los recursos recibidos en administración no harán parte del patrimonio de la Entidad. Los gastos requeridos para el desarrollo del objeto de la Entidad se financiarán con un porcentaje de*

²Ley 1753 de 2015, artículo 66. **“DEL MANEJO UNIFICADO DE LOS RECURSOS DESTINADOS A LA FINANCIACIÓN DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (SGSSS)”**.

hasta el cero coma cinco por ciento (0,5%) de los recursos administrados con situación de fondos”.

Igualmente, dicha norma señala que la contratación que realice la entidad se rige por el derecho público.

El artículo 67 de la citada Ley 1753 de 2015³ señala los recursos que serán administrados por la entidad y la destinación que debe dárseles.

En desarrollo de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 66 *ibidem*⁴, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1429 de 2016⁵ mediante el cual reglamentó la estructura de la ADRES y fijó las funciones de sus diferentes dependencias.

Así mismo, dicho Decreto 1429 de 2016 reguló el régimen de transición, en los siguientes aspectos:

- a. La administración de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud será asumida por la nueva entidad ADRES a partir del 1o de agosto de 2017 (artículo 21. Período de Transición. Artículo modificado por el artículo 1 del Decreto 546 de 2017).
- b. Las funciones establecidas en el Decreto Ley 4107 de 2011 adelantadas por la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social continuarán en cabeza de dicha dependencia hasta el 31 de julio de 2017 (artículo 22. Terminación de las funciones. Artículo modificado por el artículo 2 del Decreto 546 de 2017).
- c. La expedición provisional de disponibilidades presupuestales continuará realizándose por parte de la Coordinadora de Presupuesto del Ministerio de Salud y Protección Social hasta que se posea el Director de la ADRES quien asumirá dicha función en relación con la nueva entidad (artículo 23. Disponibilidad presupuestal. Artículo modificado por el artículo 3 del Decreto 546 de 2017).
- d. La subrogación a la ADRES de los contratos y convenios celebrados por la otrora Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del

³Ley 1753 de 2015, artículo 67. **“RECURSOS QUE ADMINISTRARÁ LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD”.**

⁴PARÁGRAFO 1o. *“El Gobierno Nacional establecerá las condiciones generales de operación y estructura interna de la Entidad y adoptará la planta de personal necesaria para el cumplimiento de su objeto y funciones”.*

⁵ Por el cual se modifica la estructura de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES – y se dictan otras disposiciones.

Ministerio de Salud y Protección Social, que se encuentren en ejecución al 1° de agosto de 2017 y cuyo objeto corresponda a las funciones y actividades propias de la nueva entidad (artículo 24. Contratos, convenios vigentes y procesos contractuales en curso. Artículo modificado inicialmente por el Decreto 546 de 2017 y posteriormente por el artículo 1 del Decreto 1264 de 2017).

II. Principios de la contratación estatal

La contratación que realiza la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES, está regida por las normas del régimen público, según lo dispuesto por el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015⁶. En consecuencia, es la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones⁷ las que regulan el régimen contractual de la ADRES.

La Ley 80 de 1993 fue pensada por el legislador como un estatuto de principios sin desconocer que también está conformada por reglas que los desarrolla. El alcance de los diferentes principios de la contratación estatal ha sido definido por la ley, la jurisprudencia y la doctrina.

La Sala de Consulta en varios conceptos emitidos con anterioridad, ha analizado in extenso el alcance de los principios de la contratación pública, por lo que por ser de importancia para el presente concepto se trae a colación uno de dichos pronunciamientos⁸:

⁶Inciso segundo: *“En materia laboral los servidores de la Entidad se regirán por las normas generales aplicables a los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional; en materia de nomenclatura se regirá por el sistema especial que establezca el Gobierno Nacional. En materia de contratación se regirá por el régimen público”*. (Resaltado nuestro).

⁷Disposiciones que han modificado la Ley 80 de 1993, entre otras: Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011, Decreto 19 de 2012, Ley 1682 de 2013, Ley 1778 de 2016, Ley 1882 de 2018.

⁸ Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2227 del 15 de diciembre de 2014. Las siguientes citas son del original del texto: ¹⁷Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2009. / ¹⁸Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Radicación N° 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715) y otros acumulados. / ¹⁹Se dijo en la exposición de motivos de esa ley: “Y si lo precedente fue una verdad a los pocos días de haber sido expedido el Decreto-ley 222 de 1983, ha cobrado mayor relevancia con la nueva normatividad, con una nueva Constitución que ha modificado postulados y principios y requiere nuevos conceptos de administración y gobierno: de un estatuto que refleje una nueva Colombia acorde con las nuevas tendencias...”. Exposición de motivos al Proyecto de ley No. 149 Senado de 1992, en GACETA DEL CONGRESO, Año I, No. 75, 23 de septiembre de 1992.” / ²⁰[52] Explica DROMI (José Roberto, La Licitación Pública, Edt. Astrea, 2002, págs. 99 y ss. 134 a 139) que el trato igualitario, se traduce en unos derechos a favor de los oferentes: “1) Consideración de su oferta en competencia con la de los demás concurrentes; 2) respeto de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento; 3) cumplimiento por parte del Estado de las normas positivas que rigen el procedimiento de elección de co - contratante; 4) inalterabilidad de los pliegos de condiciones; 5) respeto del secreto de su oferta hasta el acto de apertura de los sobres; 6) acceso a las actuaciones administrativas en las que

“E. Principios de la contratación estatal

Como lo ha recordado la Sala en los Conceptos 2148, 2150 y 2156 de 2013, por sólo citar los más recientes, la contratación estatal en Colombia tiene un claro fundamento constitucional, comoquiera que representa uno de los medios a utilizar por las entidades públicas para cumplir adecuadamente sus funciones constitucionales y legales y realizar los fines del Estado, en colaboración con los particulares o de otras entidades estatales. Por tanto, toda la actividad contractual, desde la planeación de los futuros procesos de contratación hasta la liquidación de los contratos celebrados y ejecutados, debe tener en cuenta los principios y valores consagrados en la Constitución Política.

Respecto a los fines de la contratación estatal, la Corte Constitucional ha señalado:

“El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado.”¹⁷

La Sala en los citados conceptos acogió en su integridad la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, que en providencia del 3 de diciembre de 2007¹⁸, sostuvo lo siguiente:

“j) Principios constitucionales aplicables a la contratación pública

“La actividad contractual del Estado, como situación jurídica y expresión de la función administrativa se encuentra sometida en un todo al imperio de la Constitución Política. Uno de los propósitos de la Ley 80 de 1993, precisamente, fue adaptar la normatividad

se tramita la licitación; 7) tomar conocimiento de las demás ofertas luego del acto de apertura; 8) que se le indiquen las deficiencias formales subsanables que pueda contener su oferta; 9) que se lo invite a participar en la licitación que se promueve ante el fracaso de otra anterior.” Es decir, en su criterio, la igualdad exige que desde el principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato o hasta la formalización del (sic) éste, todos los licitadores o (sic) oferentes se encuentran en la misma situación; contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas; y advierte, además, que la adjudicación o formalización del contrato debe hacerse exacta y precisamente sobre las bases que determinaron la adjudicación, no pudiendo después de ésta, modificar condición o modalidad alguna de la oferta aceptada ni el pliego de condiciones, sobre el que se efectuó la licitación, en dichas oportunidades”. / ²¹[53] CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 2001. Exp. 12037”. / ²²CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 815 de 2001. ²³Vid. ESCOBAR, Gil Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Edt. Legis, 1999. Págs. 154 y 155.

en materia contractual a los mandatos y principios de la Constitución Política de 1991¹⁹, entre otros, los de legalidad (arts. 6, 121 y 122 C.P), igualdad (art.13 C.P); debido proceso (art. 29), buena fe (art. 83 C.P); responsabilidad (art. 90 C.P), prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P), interés público (art. 2 C.P. y concordantes), imparcialidad, eficacia, moralidad, celeridad y publicidad (art. 209 C.P.)”.

En este sentido, el interés público que se pretende colmar a través de la actividad contractual se desarrolla especialmente bajo los principios constitucionales de la función administrativa (artículo 209 C.P.), dentro del marco constitucional de prevalencia del interés general sobre el particular que claramente ubican a la Administración contratante en un plano de preeminencia sobre el contratista particular.

En la sentencia de la Sección Tercera citada, se incluyen las siguientes explicaciones sobre algunos de los principios mencionados, que resultan relevantes para el asunto que se analiza:

1. Sobre el principio de igualdad

“El principio de igualdad implica (...) participar en un proceso de selección en idénticas oportunidades respecto de otros oferentes y de recibir el mismo tratamiento, por lo cual la administración no puede establecer cláusulas discriminatorias en las bases de los procesos de selección, o beneficiar con su comportamiento a uno de los interesados o participantes en perjuicio de los demás. En consecuencia, en virtud de este principio los interesados y participantes en un proceso de selección deben encontrarse en igual situación, obtener las mismas facilidades y estar en posibilidad de efectuar sus ofertas sobre las mismas bases y condiciones.

“Por ende, este principio implica, entre otros aspectos²⁰, que las reglas deben ser generales e impersonales en el pliego de condiciones;... dar a conocer a los interesados la información relacionada con el proceso (presupuesto oficial, criterios de selección, pliego de condiciones, etc.) de manera que estén en posibilidad real de ser tenidos en cuenta por la administración²¹... y, obviamente, la de culminar el proceso de selección con el respectivo acto de adjudicación del contrato ofrecido a quien haya presentado la mejor propuesta, sobre las mismas condiciones que rigieron el proceso”.

2. Sobre el principio de transparencia

“El principio de transparencia persigue la garantía que en la formación del contrato, con plena publicidad de las bases del proceso de selección y en igualdad de oportunidades de quienes en él participen, se escoja la oferta más favorable para los intereses de la administración, de suerte que la actuación administrativa de la contratación sea imparcial, alejada de todo favoritismo y, por ende, extraña a cualquier factor político, económico o familiar”.

3. Sobre el principio de imparcialidad

“En virtud del principio de imparcialidad las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos (para el caso los de selección contractual) consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente, deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos. Como puede apreciarse la definición legal de este principio es desarrollo del derecho a la igualdad establecido en el artículo 13 de la C.P. En tratándose de los mecanismos de selección, significa el deber de transparencia de la administración de actuar sin designio anticipado o prevención a favor o en contra de un posible oferente o participante por algún motivo o factor subjetivo de segregación irrazonable y desproporcionado, esto es, que no tengan una justificación objetiva y proporcional que fundamente el trato diferente”.

4. Sobre los principios de economía y de planeación

“Cabe de entrada precisar que este principio tiene diversos matices según el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, tanto en los procesos de selección como en la ejecución de los contratos, que propenden por una administración eficaz y eficiente de la contratación pública, es decir, de una parte, con las reglas establecidas en esta norma inspirada en el principio de economía se busca obtener los fines de la contratación (eficacia), pero, de otra, maximizar los beneficios colectivos perseguidos con el menor uso de recursos públicos (eficiencia), en el marco de actuaciones administrativas ágiles, celeras, sencillas y sin obstáculos de trámites engorrosos y requisitos innecesarios.

“(…)

“En tercer lugar, y en cumplimiento también del deber de planeación y el principio de buena fe precontractual, las entidades estatales no pueden iniciar procesos de contratación si no existen las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales (No. 6 art. 25); igualmente, deben con antelación al inicio del proceso de selección del contratista analizar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y obtener las autorizaciones y aprobaciones para ello (No. 7 art. 25), así como elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia (No. 12 art. 25)”.

5. Sobre el principio de selección objetiva

Sin perjuicio de que la Sala vuelva sobre este principio más adelante, es preciso indicar que la selección objetiva es un deber -regla de conducta- en la actividad contractual, un principio que orienta los procesos de selección tanto de licitación pública como de contratación directa y, un fin pues apunta a un resultado, cual es, la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación estatal.

6. Sobre el principio de libre concurrencia

Sostuvo la Sección Tercera en la sentencia del 3 de diciembre de 2007 arriba citada que “El derecho a la igualdad en los contratos estatales se plasma en el derecho a la

libre concurrencia u oposición, el cual garantiza la facultad de participar en el proceso licitatorio a todos los proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración”.

En sentido similar, la Corte Constitucional ha precisado el alcance de este principio y su correlación con el de igualdad en los siguientes términos:

“(…) El derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado en la contratación de la administración pública, como en el caso del contrato de concesión, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, por virtud del cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración.

“Sin embargo, la libertad de concurrencia admite excepciones que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista. Dichas limitaciones deben ser fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, dentro del ámbito de regulación propio de la actividad que va a ser objeto de concesión.

Otra modalidad de limitación de la libertad de concurrencia se deriva de la posibilidad que, tal como se ha señalado en el apartado anterior, tiene el Estado para establecer inhabilidades e incompatibilidades en el ámbito de la contratación estatal...”²²

Así, el principio de libertad de concurrencia tiene correlación con el de igualdad de oportunidades, aun cuando no tienen el mismo contenido pues, por una parte, asegura la igualdad de oportunidades a los particulares y, por otra, facilita la selección de quien presenta la oferta más favorable. Concluye la Sección Tercera en la sentencia del 3 de diciembre de 2007, lo siguiente:

“La libre concurrencia, conlleva, entonces, a la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de concurrencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato.

En este orden de ideas, se concluye que de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina²³ el principio de libre concurrencia consiste en la igualdad de oportunidades de acceso a la participación en un proceso de selección contractual (art. 13. C.P), y a la oposición y competencia en el mismo, de quienes tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración, en el marco de las prerrogativas de la libertad de empresa regulada en la Constitución Política, destinada a promover y estimular el mercado competitivo (arts. 333 y 334 C.P.)”. (Nota al pie y paréntesis textuales)

En consecuencia, toda la actividad contractual desde la planeación de los procesos de contratación hasta la liquidación de los contratos debe tener en cuenta los principios y valores consagrados en la Constitución Política y en la normatividad contractual.

III. Límites a la modificación de los contratos

Es importante precisar que fuera de los límites cuantitativos señalados en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y de la cláusula excepcional de modificación de los contratos estatales, *“no existe un desarrollo legal o reglamentario sobre las reglas aplicables a la modificación del contrato estatal. / Al no existir una regulación expresa sobre la modificación de los contratos estatales -en el ejercicio del “ius variandi” o surgido por mutuo acuerdo-, han sido los aportes de la jurisprudencia, de la función consultiva del Consejo de Estado y de la doctrina comparada, los que han permitido estructurar los límites y requisitos de la modificación que deben ser respetados por la entidad contratante, en especial cuando el contrato está precedido de un proceso de selección o de elegibilidad”*⁹.

La Sala de Consulta en el concepto referido, procedió a fijar los límites de orden temporal, formal y material para la modificación de un contrato estatal. Estas restricciones de orden jurídico están orientadas principalmente a preservar los principios de origen legal, de libertad de concurrencia, de transparencia y de igualdad, lo cual no contradice las facultades otorgadas a la Administración para orientar el contrato al fin de interés público -inherente al servicio público a su cargo, pues en la *“medida en que se preserven estos principios y se garantice un proceso de competencia como la fórmula adecuada y necesaria para una selección objetiva de la oferta más favorable, se salvaguarda el mismo fin de interés público”*.

Sobre las clases de límites para la modificación de los contratos, indicó la Sala:

“b) Clases de límites para la modificación de los contratos.

i) Límites de orden temporal.

- Relacionados con la vigencia del contrato.

La posibilidad de modificar un contrato solo puede ejercerse durante su vigencia, así se trate de la simple prórroga del plazo, pues no resulta viable jurídicamente realizar modificaciones sobre un contrato con un plazo contractual vencido, como lo ha reiterado el Consejo de Estado...

- La prohibición de consagrar prórrogas automáticas, sucesivas o indefinidas.

⁹Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2263 de 2016.

La Corte Constitucional ha señalado que las prórrogas sucesivas, indefinidas, y las prórrogas automáticas son contrarias al derecho esencial de la libertad de competencia, pues restringe la facultad de particulares para concurrir en condiciones de igualdad a un proceso de contratación adelantado por la entidad estatal, tesis también sostenida por el Consejo de Estado²⁴.

ii) Límites de orden formal.

- La solemnidad del contrato de modificación:

El contrato celebrado por la Administración con los particulares, salvo disposición legal en contrario, es de carácter solemne y por lo tanto, se requiere que se eleve a escrito el acuerdo de voluntades. Su ausencia implica la inexistencia del negocio jurídico y del nacimiento de los efectos pretendidos por las partes²⁵ ante lo cual, no resulta viable para el contratista exigir o reclamar reconocimiento económico alguno de carácter contractual, que no esté amparado en la existencia del contrato escrito, como requisito "ad substantiam actus".

De conformidad con los artículos 30 y 40 de la Ley 80 de 1993, el simple consentimiento de las partes no es suficiente para perfeccionar la modificación de un contrato estatal, pues siendo el contrato principal de carácter solemne, lo serán los contratos modificatorios o adicionales...

- La motivación y justificación de la modificación.

El expediente de contratación y la actuación administrativa inicial que comprende los estudios previos, el análisis de riesgos y el presupuesto oficial o estimativo de costos necesario para la modificación del contrato, deberán dar cuenta de las razones de interés público que hacen necesario afectar lo inicialmente pactado. Como regla general, las mismas razones del deber de planeación para el contrato inicial se imponen como requisito previo del contrato modificatorio.

La motivación del contrato modificatorio resulta un elemento esencial que permita determinar su juridicidad, la justificación de su necesidad, su racionalidad y la proporcionalidad de su contenido, en especial cuando se alteran los aspectos técnicos y financieros iniciales. Se trata de un requisito indispensable para el control de legalidad del contrato o del acto de modificación...

La modificación no es una facultad discrecional, cuyo ejercicio penda de criterios de mera conveniencia o de utilidad para la entidad estatal o para su contratista, ni puede servir como instrumento ilegal para mejorar o hacer más favorables las condiciones económicas del adjudicatario. A diferencia del contrato privado, solo procederá por necesidades de interés general que sustenten y justifiquen la legalidad de la modificación.

Finalmente, en el evento de los contratos adicionales, la Administración deberá cumplir, como requisito de ejecución, las normas de orden presupuestal y adecuar el

registro presupuestal acorde con la variación económica que se pretende realizar, con el fin de amparar las erogaciones adicionales.

iii) Límites de orden material.

- Límites cuantitativos.

La Ley establece un límite para los contratos adicionales, en el sentido de que no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales, salvo para el contrato que tenga como objeto la interventoría.³²

En forma adicional, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han señalado algunos límites de orden material para modificar los contratos:

- La prohibición de fraccionamiento del contrato y del objeto.

El objeto no puede dividirse o fraccionarse para realizar diversos contratos que tengan como finalidad evadir el proceso de selección, independientemente de la existencia de una norma expresa, pues se estaría incurriendo en una desviación de poder y en la pretermisión de los principios del proceso de selección, en especial, de igualdad, libertad de concurrencia y transparencia.

Aunque la norma de prohibición expresa fue derogada con el actual Estatuto General de Contratación,³³ el Consejo de Estado³⁴ ha reiterado que la prohibición se mantiene, para que no se suscriban dos o más contratos con el mismo objeto, generalmente con la finalidad de evadir el proceso de selección.

- Límites relacionados con la variación del objeto y con el contenido sustancial del contrato y del pliego de condiciones.

No es procedente en la ejecución del contrato modificar aspectos sustanciales del pliego de condiciones que sirvieron de fundamento para la selección objetiva, previstos como requisitos habilitantes y ponderables de las ofertas o como contenido mínimo de la solicitud de elegibilidad. Si así fuera, se desconocerían los requisitos del ordenamiento jurídico, los derechos de los interesados en el proceso precontractual, y se vulnerarían los principios de libertad de concurrencia³⁵, de transparencia y de igualdad de oportunidades.

Como lo ha señalado la Sección Tercera del Consejo de Estado, el poder de modificación de la Administración es limitado y debe respetar la sustancia del contrato celebrado, su esencia y la de su objeto, pues una alteración extrema significaría un contrato diferente.³⁶

También ha precisado, a propósito de los efectos vinculantes del pliego de condiciones, que:

“...la variación del objeto contractual proyectado o la modificación sustancial de los términos de referencia, vulneran los principios constitucionales y legales de transparencia al igual que orientan la función administrativa.”³⁷(Subrayas de la Sala).

*Por ello, el alto Tribunal no ha dudado en decretar de oficio la nulidad absoluta del contrato cuando se termina ejecutando un objeto diferente al contratado y se presentan variaciones sustanciales a lo inicialmente pactado.*³⁸...¹⁰

En conclusión, por regla general los contratos estatales deben ser inalterables y solo de manera excepcional procede su modificación. Por consiguiente, para preservar los principios de la contratación pública, la jurisprudencia, la doctrina y la labor

¹⁰ Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2263 de 2016. Las siguientes citas son de original del texto: ²⁴Cfr. Corte Constitucional. Sentencia del 10 de Febrero del 2009. Exp 7345. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de Diciembre del 2006. Exp 15239. / ²⁵Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2007. Exp. 16211. Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia SU del 19 de noviembre de 2012. Exp. 24897. En este fallo se advierte que la acción *in rem verso* no puede ser invocada para reclamar el pago de obras, bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal, teniendo en cuenta que esta acción requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer una norma imperativa. / ³²Ley 1474 del 2011. Artículo 85. / ³³La norma anterior correspondía al artículo 56 del Decreto Ley 222 de 1983. / ³⁴Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 31 de Enero del 2011. Exp. 17767. / ³⁵Sobre el principio de libertad de concurrencia, Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 25 de febrero de 2011. Rad. 1966. / ³⁶Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 31 de Agosto del 2011. Exp. 18080; Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 16 de Septiembre del 2013. / ³⁷Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de Junio del 2012. Exp. 23966. / ³⁸Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de Febrero del 2013. Exp. 25802.

Sobre el carácter temporal y transitorio de los contratos, la Sala de Consulta y Servicio Civil también se había pronunciado, en concepto 2150 de 2013: “... el cumplimiento es la forma normal u ordinaria de extinción del vínculo contractual, aunque también el contrato está llamado a extinguirse por causas legales o contractuales. / Por su naturaleza, función y finalidad los contratos son efímeros o transitorios. Ello significa que no tienen vocación de perpetuidad, tal como lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil: / “(...) los contratos (...) son instrumentos para una función práctica o económica social, no tienen vocación perpetua y están llamadas (sic) a extinguirse mediante el cumplimiento o demás causas legales. / La perpetuidad, extraña e incompatible al concepto de obligación, contraría el orden público de la Nación por suprimir ad eternum la libertad contractual (artículos 15, 16 y 1602, Código Civil; 871 y 899, Código de Comercio). / (...) La Constitución Política de 1991, incorporó al derecho interno los tratados o convenios internacionales sobre derechos humanos, consagró disposiciones de principio, enunció un catálogo mínimo de derechos fundamentales, libertades y garantías, enfatizó en la persona como centro motriz del ordenamiento, en su dignidad, libertad e igualdad, libre desarrollo de la personalidad, trabajo, profesión u oficio, garantía de la propiedad privada, función social de los derechos, iniciativa económica y libertad de empresa, **cuya sola mención excluye toda relación perpetua al aniquilar per se la libertad**, cuestión ésta de indudable orden público por concernir a principios ontológicos de la estructura política, el ordenamiento jurídico y a intereses vitales para el Estado y sociedad. Por demás, la transitoriedad de la relación jurídica y la prohibición de relaciones contractuales u obligatorias perpetuas, deriva de los principios generales de las obligaciones¹¹”. (Resaltado nuestro). La siguiente cita es del original del texto: ¹¹Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de agosto de 2011. Exp. No. 11001-3103-012-1999-01957-01.

consultiva del Consejo de Estado han desarrollado los límites a la modificación de los contratos, como quedó explicado.

IV. El precio o valor como elemento esencial de los contratos estatales – Valor determinado y valor indeterminado pero determinable

Una de las características de los contratos estatales es su onerosidad, en la medida que reportan utilidad para las partes. Esta condición está relacionada con el precio o valor que se pacta en un contrato, es decir la suma que la entidad estatal le reconoce al contratista por la ejecución del objeto contractual.

De acuerdo con las normas civiles y comerciales, en los contratos se distinguen las cosas que son de su esencia, de su naturaleza o accidentales¹¹, pero adicional a ello, la Ley 80 de 1993 consagra elementos propios de los contratos estatales¹². El valor o precio en un contrato estatal es uno de ellos. De conformidad con el artículo 41 ibidem¹³ el valor es un elemento de su esencia, pues se requiere para que el contrato quede perfeccionado, es decir adquiera fuerza jurídica.

La Sala de Consulta y Servicio Civil, en conceptos anteriores se pronunció sobre la contraprestación (valor) como elemento esencial de los contratos que celebren las entidades estatales regidas por la Ley 80 de 1993 y sobre la posibilidad de fijar el valor del contrato a precio fijo o a precio indeterminado pero determinable. Señaló al respecto en uno de sus pronunciamientos:

“1.2 Los elementos del contrato estatal. El artículo 13 de la ley 80 de 1993 somete los contratos que celebren las entidades estatales a las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en dicha ley. Según el artículo 32 de la misma ley son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a las cuales se refiere el estatuto de contratación, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, define el artículo citado.

¹¹El artículo 1501 del Código Civil define los elementos de los contratos de la siguiente manera: “COSAS ESENCIALES, ACCIDENTALES Y DE LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

¹²Ley 80 de 1993, artículo 40: “Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza...” (Resaltado nuestro).

¹³Ley 80 de 1993, artículo 41: “Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”.

Por su parte, el Código Civil señala, en el artículo 1501, que en cada contrato se distinguen las cosas que son **de su esencia**, esto es, aquellas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; las que **son de su naturaleza**, o sea las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y **las accidentales**, que son aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen a un contrato, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

(...)

La ley 80 de 1993 dispone en su artículo 40 que las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en dicha ley, correspondan a su **esencia y naturaleza**. Y, el artículo 41 *ibidem* prescribe: “Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”.

“Perfeccionar” significa completar los requisitos exigidos para que el contrato tenga plena fuerza jurídica. Por tanto, la omisión de cualquiera de los requisitos previstos en las disposiciones legales, salvo excepciones consignadas en las mismas, determina que el contrato no se forma, no produce efecto alguno.

(...)

Al prever el artículo 40 de la ley 80 que las estipulaciones que corresponden a la esencia y naturaleza del contrato no son sólo las de las normas civiles y comerciales, sino también las previstas en dicha ley, y estatuir el artículo 41 de la misma ley que el contrato se perfecciona al reunir, entre otros requisitos, el acuerdo sobre la contraprestación (el precio), debe concluirse que dicho elemento es de la esencia de todo contrato estatal oneroso, así la misma disposición permita en los casos de urgencia manifiesta posponer el acuerdo sobre la remuneración². (Resaltado nuestro)

La contraprestación en los contratos estatales está sujeta a diversas modalidades, según la especie de contrato. Por vía de ejemplo puede mencionarse que la ley 80 prevé, para el contrato de concesión, una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden (art. 32 num. 4º). Posteriormente, la ley 105 de 1993 autorizó establecer garantías de ingresos mínimos para obras de infraestructura de transporte, realizadas por el sistema de concesión.

(...)

Surge entonces una primera cuestión: ¿la exigencia de acuerdo sobre la contraprestación implica que ésta debe ser determinada o puede ser determinable? La Sala considera que esta pregunta la absuelve el artículo 1518

del Código Civil al fijar reglas sobre las cosas que pueden ser objeto de la declaración de voluntad. En efecto, esta norma prescribe: “La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla”¹⁴. (Resaltado nuestro)

En consecuencia, el valor de un contrato puede ser determinado o indeterminado pero determinable (estimado). ¿Qué significa valor determinado y valor indeterminado pero determinable?

El valor determinado es aquel valor real del contrato, y el valor indeterminado pero determinable es aquel valor estimado que solo se concreta, es decir se conoce su valor real cuando se ejecute la totalidad del objeto contractual¹⁵.

El concepto de valor indeterminado pero determinable ha tenido aplicación primordialmente en los contratos de obra pública, en especial cuando se pacta como forma de pago del valor del contrato la modalidad de precios unitarios. En estos contratos el valor pactado es un estimativo, pero el valor real es el que resulta una vez se ha terminado la ejecución del contrato. Sin embargo, pese a que en estos contratos se fije un valor estimado, este debe obedecer a estudios previos que determinen de la manera más exacta posible las cantidades de obra. No pueden pactarse cantidades de obra de manera indeterminada sin fijar las reglas claras para determinarlo. Además, las variaciones del valor estimado respecto del valor final deben ser mínimas.

¹⁴Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1121 del 26 de agosto de 1998. La siguiente cita es del original del texto: ²Juan Ángel Palacio Hincapié, apoyado en la autoridad de Escola, también considera el precio como un elemento esencial del contrato estatal, pero por considerar que aquel encierra el motivo que induce al contratista a obligarse con la entidad. Véase La contratación de las entidades estatales. 2ª edición, Librería Jurídica Sánchez R., Medellín, 1998, p. 181.

¹⁵Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1439 del 18 de julio de 2002. *“en efecto, en el contrato por precio global, el valor establecido en la cláusula de valor es vinculante y genera, por lo mismo, obligaciones mutuas pues señala la contraprestación a que tiene derecho el contratista por su trabajo pero, a su vez, señala para él la obligación de ejecutar la totalidad de la obra por ese precio. Es por lo mismo, una cláusula que señala el verdadero valor total del contrato, pues el contrato se celebró a precio determinado. / Por el contrario, en los contratos a precio indeterminado pero determinable por el procedimiento establecido en el mismo contrato (precios unitarios, administración delegada o reembolso de gastos), la cláusula del valor en el mismo, apenas sirve como indicativo de un monto estimado hecho por las partes, pero no tiene valor vinculante u obligatorio, pues el verdadero valor del contrato se establecerá una vez se concluya su objeto. En estos eventos, tal cláusula sólo cumple la función de realizar un cálculo estimado del costo probable, esto es, ese estimativo necesario para elaborar presupuesto o para efectos fiscales; pero el valor real del contrato que genera obligaciones mutuas sólo se determinará cuando se ejecute la obra y, aplicando el procedimiento establecido, se establezca tal costo. (Resaltado nuestro).*

La doctrina ha señalado respecto a los contratos de obra a precios unitarios que el número de unidades debe estar dentro de ciertos límites, porque de lo contrario el contrato quedaría de valor indeterminado:

“... son aquellos en los cuales se pacta el precio por unidades o cantidades de obra y su valor total, es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades (sic) de obra ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije...”

En el contrato a precios unitarios, se fija el valor de la unidad de obra y se paga este valor, cuantas veces se repita la unidad en la citada obra. A mas unidades ejecutadas, mayor la suma a pagar.

En esta clase de contratos, a pesar de que la definición parece indicar que las cantidades de unidades a ejecutar pudieran ser indeterminadas, a la hora de la verdad esto no es así.

El número de unidades debe estar dentro de ciertos límites, porque de lo contrario el contrato quedaría de valor indeterminado, lo que no es posible legalmente. En el contrato deben señalarse los límites dentro de los cuales el contratista trabajará, para que no se exceda el contrato”¹⁶. (Resaltado nuestro).

Igualmente, la jurisprudencia respecto a contratos de obra a precios unitarios indicó:

“De otro lado, es necesario recordar que aún en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983, antes de la celebración del contrato de obra pública por precios unitarios, la entidad contratante debía adelantar todos los estudios, diseños y proyectos requeridos para establecer con la mayor exactitud posible las características físicas y técnicas de las obras que se fueran a adelantar y para calcular así mismo, de la manera más aproximada, los costos que su ejecución podía representar; y de otro lado, el contratista, basado en la información suministrada por la entidad sobre las características de la obra y en las percepciones que de manera directa hubiera podido obtener, elaboraba su presupuesto con apego a la misma, determinando los costos y beneficios que la ejecución de la obra le podía reportar y proponiendo en esta forma sus precios unitarios, en la oferta que presentaba para obtener la adjudicación del contrato.

Y es con fundamento precisamente en esos estudios que cada co-contratante hace por su cuenta, que se fija el valor del contrato, es decir lo que se prevé que va a costar la obra, determinando luego las partes, la forma de pago de ese valor y pactando así mismo, las necesarias fórmulas de reajuste de los precios unitarios que recojan las variaciones que en los mismos se pueden presentar por el aumento que el transcurso del tiempo produzca en los costos de sus componentes, conservando en esta forma, ese valor inicial del contrato.

¹⁶FRANCO GUTIÉRREZ, Omar. La Contratación Administrativa. Quinta Ed. Bogotá. Leyer, 2010, 552-553 pp. ISBN Papel: 978-958-711-708-0.

*No se desconoce que, en algunas obras públicas, por su misma naturaleza, es muy difícil determinar con exactitud la cantidad de obra que se debe ejecutar para el logro del objeto contractual -por ejemplo el número de metros cúbicos de tierra que se deberá excavar, la cantidad de material rocoso a excavar que se va a encontrar y que se paga como otro ítem, etc. etc.-, ya que puede variar resultando mayor o menor cantidad de la calculada inicialmente, por lo **cual es común que la forma de pago pactada sea la de precios unitarios**, de tal forma que el valor a pagar finalmente, sea el resultado de multiplicar el precio unitario de los diferentes ítems por la cantidad de obra realmente ejecutada; **sin embargo, también cuando es este el sistema escogido, la entidad debió agotar los estudios previos necesarios y si bien no se exige que conozca a ciencia cierta las cantidades de obra necesarias y el costo que finalmente va a tener su realización, sí debe tener un cálculo lo más aproximado posible; debe saber cuáles son los ítems que se requerirá ejecutar, la cantidad de obra por cada uno de ellos que posiblemente se va a requerir, etc.. Es decir que, debe ser tan aproximado el cálculo previo que se haga, que las eventualidades -imposibles de evitar y que den lugar a la variación de lo presupuestado, por mayor cantidad de obra o porque surja la necesidad de adelantar algunas obras complementarias con nuevos ítems-, representen una mínima cuantía con relación al cálculo inicial, y no, que éste sea completamente alejado de la realidad y termine siendo, como en la práctica se observa, “una mínima parte”, del valor total que finalmente resulta tener la obra contratada”¹⁷. (Resaltado nuestro).***

En efecto, el no señalar reglas claras dentro del contrato estatal que permitan de forma cierta y concreta definir el valor final del contrato, violaría el deber de planeación y los principios de la contratación administrativa¹⁸ de transparencia, selección objetiva, igualdad, imparcialidad, economía, libre concurrencia, pues se estaría permitiendo el aumento del valor inicial del contrato sin criterios objetivos. Además, se transgrediría la obligación legal de tener estudios previos definidos, claros y objetivos.

V. Contrato adicional y adición de contrato - Alcance en contratos con valor estimado

Las normas de contratación anteriores a la Ley 80 de 1993 definieron la figura de “contrato adicional”, entendida como la modificación del plazo, del valor, o de ambas situaciones¹⁹. Incluso el Decreto 222 de 1983 fue explícito en indicar que en ningún

¹⁷Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 2003, radicación número: 15119.

¹⁸Artículos 209, 267 y 333 de la Constitución Política; 3 y 23 de la ley 80 de 1993, y 13 de la ley 1150 de 2007, entre otras normas.

¹⁹Decreto Ley 150 de 1976, artículo 45: **“De los contratos adicionales. Cuando por circunstancias especiales haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenidos, y no se tratase del reajuste de precios previsto en este Estatuto, la entidad interesada suscribirá un contrato adicional que no podrá exceder la mitad de la cuantía originalmente pactada más los reajustes que**

caso se puede modificar el objeto de los contratos so pretexto de la celebración de contratos adicionales. Ambos estatutos excluyeron del concepto de contrato adicional el reajuste de precios o la revisión de precios.

Sin embargo, respecto a estas definiciones hubo pronunciamientos del Consejo de Estado en los cuales esta Corporación indicó la imprecisión de la definición que de "contrato adicional" se hizo en estas disposiciones:

*"... dichas normas confundieron los conceptos que se analizan [se refiere a las nociones de contrato adicional y de la adición de contrato], en cuanto denominaron equivocadamente contratos adicionales a ciertas modificaciones que no eran más que meras reformas o adiciones que no implicaban cambio radical en el contrato"*²⁰.

*"De acuerdo con las disposiciones anteriores el contrato adicional solamente estaba concebido para modificar el plazo o el valor convenido, sin tocar, en nada, el objeto mismo del contrato. Esto condujo a destacar que en la formulación conceptual elaborada por la ley existía una imprecisión, puesto que en manera alguna podía concebirse el contrato adicional para alterar el plazo o el valor convenido, cuando el objeto se mantenía incólume, pues se afirmó que para ello no era menester acudir a ese instrumento contractual sino que podía hacerse por vía de otra figura"*²¹.

En el mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil señaló:

"Esta Sala⁶ al analizar el artículo 58 del decreto ley 222/83 expresó:

se hubieren efectuado: Las adiciones relacionadas con el valor quedarán perfeccionadas con la firma del Jefe de la entidad contratante, previo registro presupuestal, adición y prórroga de las garantías otorgadas y pago de los impuestos correspondientes. Las relacionadas con el plazo solo requerirán firma del Jefe de la entidad contratante y prórroga de las garantías...". (Resaltado nuestro)

*Decreto 222 de 1983, artículo 58: **"DE LOS CONTRATOS ADICIONALES - <DEROGADO POR EL ARTICULO 81 DE LA LEY 80 DE 1993>**. Salvo lo dispuesto en el título IV, cuando haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenido y no se tratare de la revisión de precios prevista en este estatuto, se suscribirá un contrato adicional que no podrá exceder la cifra resultante de sumar la mitad de la cuantía originalmente pactada más el valor de los reajustes que se hubieren efectuado a la fecha de acordarse la suscripción del contrato adicional. / Las adiciones relacionadas con el valor quedarán perfeccionadas una vez suscrito el contrato y efectuado el registro presupuestal. Las relacionadas con el plazo sólo requerirán la firma del jefe de la entidad contratante y prórroga de las garantías. / Serán requisitos para que pueda iniciarse la ejecución del contrato, la adición, y prórroga de las garantías y el pago de los impuestos correspondientes. / Los contratos de interventoría, administración delegada, y consultoría previstos en este estatuto, podrán adicionarse sin el límite fijado en el presente artículo 90. / Las adiciones deberán publicarse en el Diario Oficial. / En ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviera vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales, ni pactarse prórrogas automáticas...". (Resaltado nuestro)*

²⁰Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 26 de enero de 2006, radicación: 15001-23-31-000-2003-02985-02 (3761)

²¹Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 20 de mayo de 2004, radicación: 44001233100020030087201 (3314).

"De la lectura de esta norma se deduce claramente que el legislador extraordinario denominó equivocadamente contratos adicionales a las modificaciones del plazo y del valor de los contratos administrativos, pues estas son simples reformas que no implican cambio radical en el contrato.

Sólo cuando se hace necesario reformar el objeto del contrato se está frente a la celebración de verdaderos contratos adicionales, porque ello implica una modificación fundamental del convenio inicial. Por lo mismo, debe entenderse que cuando la norma se refiere a la celebración de un contrato adicional por modificación del plazo o del valor se está frente a una mera reforma del contrato..."

El anterior criterio fue reiterado en la consulta número 601 de mayo 17 de 1994²².

Posteriormente, la Ley 80 de 1993 abandonó el concepto de contrato adicional e introdujo el de "adición de los contratos", sin especificar el alcance de esta figura, solamente se limitó a señalar en su artículo 40 que "Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales". Esta ley mantuvo igualmente la exclusión dentro del concepto de adición de contratos, de los reajustes o revisión de precios.

Hoy en día es totalmente indiferente hablar de contrato adicional o de adición al contrato.

Fuera de la diferenciación que se ha hecho sobre contrato adicional y adición del contrato, existen unas situaciones que se presentan durante la ejecución del mismo y que obedecen única y exclusivamente a la aplicación de la forma de pago pactada cuando esta está íntimamente ligada al valor estimado y a la definición de su valor final. Este caso se presenta de manera clara en los contratos de obra cuya modalidad de pago se pacta por cantidades de obra a precio unitario, modalidad que como se indicó, permite determinar el valor final del contrato dado que en principio el mismo fue pactado de manera estimada como consecuencia de los estudios previos que sustentan el contrato. En esta situación concreta no se requiere ni adicionar el contrato ni celebrar un contrato adicional, pues basta cumplir lo pactado en cuanto a la forma de pago. Pero debe precisarse que en esta modalidad de pago no se modifica el objeto contractual.

Sobre esta última situación, la Sala de Consulta señaló, en un análisis que hizo sobre un contrato de obra a precios unitarios, lo siguiente:

*"Por el contrario, en los contratos a **precio indeterminado** pero determinable por el procedimiento establecido en el mismo contrato (precios unitarios, administración delegada o reembolso de gastos), la cláusula del valor en el mismo, apenas sirve como*

²²Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1121 del 26 de agosto de 1998. La siguiente cita es del original del texto: ⁶Sala de Consulta y Servicio Civil, consulta radicación número 350 de marzo 15 de 1990, publicada en Jurisprudencia y Doctrina, tomo XIX, No. 222, Junio de 1990, p. 482 - 484.

indicativo de un monto estimado hecho por las partes, pero no tiene valor vinculante u obligacional, pues el verdadero valor del contrato se establecerá una vez se concluya su objeto. En estos eventos, tal cláusula sólo cumple la función de realizar un cálculo estimado del costo probable, esto es, ese estimativo necesario para elaborar presupuesto o para efectos fiscales; pero el valor real del contrato que genera obligaciones mutuas sólo se determinará cuando se ejecute la obra y, aplicando el procedimiento establecido, se establezca tal costo.

Entender que la obligación contractual sólo existe hasta concurrencia del valor indicado en la cláusula de valor (estimado) en contratos a precios unitarios o por administración delegada o de reembolso de gastos y pretender que la ejecución de obras por mayor valor requiera de la suscripción de contratos adicionales, implicaría, necesariamente, que habiéndose agotado el monto señalado como valor del contrato en ejecutar las cantidades de obra para las cuales alcanzaba, ambas partes habrían cumplido con el contrato y que no podría ser obligado el contratista a terminar la obra faltante, puesto que estaría sujeto a que se firmara un nuevo contrato adicional esto es, a que haya un acuerdo de voluntades para suscribirlo.

(...)

*En estas condiciones es lógico concluir que las obligaciones nacidas del contrato son todas y que la obligación recíproca es hasta la conclusión del **objeto contractual**, sin que puedan entenderse limitadas o disminuidas esas obligaciones en razón de una cláusula de valor que no hace cosa distinta de señalar un "**estimativo**" del mismo, pero en la cual, por el mismo sistema de contratación, lo que se está advirtiendo es que puede cambiar.*

Con base en lo expuesto brevemente, es fácil concluir que es un error celebrar contratos adicionales a los contratos principales celebrados por alguno de los sistema (sic) de precios determinables, para poder ejecutar obras cuyo costo de ejecución sobrepase el estimado inicialmente. En efecto, el error consiste en pensar que ese precio estimado inicialmente es el verdadero valor del contrato, pues, como se explicó, sólo es un estimativo pero el verdadero valor se determinará una vez concluya la obra. Por lo mismo, no se trata de que se esté adicionando el contrato; no. Sólo se está procediendo conforme a lo previsto, esto es, aplicando el procedimiento de precios unitarios a las cantidades de obra ejecutadas y, por consiguiente, si son más cantidades de obra a las previstas, pues el valor del contrato es mayor, pero así fue como se convino.

Por lo mismo, no se trata de que exista un "cambio" o "adición" en el contrato, sino de la aplicación de las reglas contractuales previamente determinadas en el contrato original. Es una operación matemática y no más.

Es preciso, entonces, entender que solamente habrá verdadera "adición" a un contrato³ cuando se agrega al alcance físico inicial del contrato algo nuevo, es decir, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual, y no cuando solamente se realiza un simple ajuste del valor estimado inicialmente del contrato, en razón a que el cálculo de cantidades de obra estimada en el momento de celebrar el contrato no fue adecuada; en otros términos, los mayores valores en el contrato no se presentan debido a mayores

cantidades de obra por cambios introducidos al alcance físico de las metas determinadas en el objeto del contrato, sino que esas mayores cantidades de obra surgen de una deficiente estimación inicial de las cantidades de obra requeridas para la ejecución de todo el objeto descrito en el contrato.

En casos como el que se analiza, como se ha manifestado, no resulta legalmente procedente la celebración de un "contrato adicional", pues en verdad no existe variación o modificación o "adición" al alcance físico de la obra contratada²³.

Existen, además, otras situaciones jurídicas que se presentan en materia contractual y que afectan el valor del contrato, pero que de conformidad con la ley y la jurisprudencia tampoco están sujetas al límite cuantitativo del 50% del valor inicial del contrato. Estas son: (i) cuando en un contrato de obra pública se pactaron mecanismos de ajuste de precios, (ii) por restablecimiento del equilibrio económico del contrato, siempre y cuando exista plena prueba que acredite los requisitos para proceder al restablecimiento y (iii) en los contratos de interventoría, cuando se den las situaciones previstas en la ley²⁴.

Adicional a lo indicado, debe aclararse que cuando se ha hecho alusión a la modificación del objeto que conlleva a la suscripción de un contrato adicional, significa agregarle al alcance físico inicial del contrato algo nuevo pero que está ligado al objeto y que resulta indispensable para cumplir la finalidad que se pretende satisfacer. Pero tal modificación no implica afectar el núcleo esencial del contrato, es decir, no tiene el alcance de cambiar un contrato por otro. Si esto sucediera se generaría una novación del contrato y, por lo tanto, se requeriría de la suscripción de un nuevo negocio jurídico y, de producirse una novación del contrato sin cumplir con los procedimientos legales para la adjudicación, se estarían contraviniendo normas y principios de la contratación estatal, en especial, los de transparencia, libertad de concurrencia e igualdad.

La Sala de Consulta, respecto al límite relacionado con la variación del objeto, y como complemento a lo ya indicado cuando se desarrollaron los límites a la modificación de los contratos, expresó:

"En cuanto al objeto del contrato, corresponde a la prestación requerida y acordada por las partes, realmente referida al objeto de la obligación, esto es, aquello a lo cual

²³ Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1439 del 18 de julio de 2002. La siguiente cita es del original del texto: ³En igual sentido ésta (sic) Sala emitió su concepto en consulta N° 1121 de fecha 26 de agosto de 1.998.

²⁴Ley 1474 de 2011, artículo 85. "**CONTINUIDAD DE LA INTERVENTORÍA.** Los contratos de interventoría podrán prorrogarse por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato objeto de vigilancia. En tal caso el valor podrá ajustarse en atención a las obligaciones del objeto de interventoría, sin que resulte aplicable lo dispuesto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993".

se obliga el deudor. Designa la prestación a propósito de la cual interviene el acuerdo de voluntades. Por lo tanto, el objeto de la obligación es la prestación prometida³⁹.

Sin embargo, el objeto no puede confundirse con el contenido del negocio jurídico. Mientras que el objeto es algo externo al negocio, y por lo tanto, constituye su presupuesto, el contenido es la materialización y esencia del acto dispositivo, el tenor de sus cláusulas, en fin, la proyección del negocio regulador de intereses⁴⁰, en una palabra, "todo aquello que está dicho o escrito en el contrato".⁴¹

En el concepto de objeto puede distinguirse el núcleo esencial previsto en el contrato, esto es, la prestación a realizar por el contratista – obras, servicios o suministros-, que corresponde a la necesidad que se pretende satisfacer y los elementos accesorios que precisan su contenido (forma y modo), como pueden ser la forma de su ejecución, los materiales y especificaciones técnicas para su cumplimiento, etc.⁴²

Sin perjuicio del análisis de cada caso, según lo estipulado en el pliego de condiciones o surgido de la naturaleza del contrato, lo que siempre resulta inalterable durante todo el "iter" del contrato, es la modificación del núcleo esencial del objeto, pues en este caso existiría una novación de la obligación que conllevaría a la invalidez del contrato modificatorio, por contravenir las normas y principios de la contratación estatal, en especial, los de transparencia, libertad de concurrencia e igualdad. No sucede lo mismo, respecto de los elementos accesorios, los cuales podrían ser objeto de modificación con el cumplimiento de los requisitos legales.

En este sentido, el núcleo esencial del objeto se entendería incluido en el concepto de la "naturaleza global del contrato" que constituye un obstáculo insalvable para modificar un contrato público, como se estipula en las nuevas directivas sobre contratación pública de la Unión Europea⁴³.

La inalterabilidad de la naturaleza global del contrato como límite a la modificación del contrato, se entiende, entre otras, cuando se sustituyen las obras, los suministros o los servicios por otros diferentes o se modifica de manera sustancial el tipo de contratación o el tipo de la concesión.⁴⁴²⁵

²⁵Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2263 de 2016. Las siguientes citas son del original del texto: ³⁹Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. S.V Martín Bermúdez, a la Sentencia del 23 de Junio de 2010. Exp. 18294. / ⁴⁰Cfr. Hinestrosa, Fernando. Tratado de las Obligaciones II, volumen 2, Universidad Externado de Colombia, 2015. P. 113. Para el autor: "El objeto es el interés dispuesto, el bien, el esfuerzo, la situación, patrimonial o no, regulada mediante el ejercicio de la autonomía, en tanto que el contenido es la forma misma de la disposición en cuanto se vierte en cláusulas, términos, condiciones (Verbindungen) generales o particulares (Accidentalita negotii), sean las frases en que se descompone la declaración, sean los temas que se desprenden de la omisión, o el comportamiento, en fin, la redacción que corresponde a la actividad del sujeto o de los varios sujetos que intervienen." En cita de Betti, Negozio giuridico en Novissimo Digesto Italiano XI, Utet, Torino, 1957. P. 210: "Contenido es lo que el negocio es, intrínsecamente considerado: su supuesto de hecho interior de regulación compromisorio, que es a la vez fórmula e idea, palabra y significado..." P. 114. / ⁴¹Cfr. Hinestrosa, Fernando. Tratado de las Obligaciones I, volumen 2, Universidad Externado de Colombia, 2015. P. 107 / ⁴²Cfr. Cabello, Rodríguez María Luisa. Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público. Bosch. Tomo II. 2009. Obra colectiva. Directores. Parejo Alfonso

De lo expuesto, se concluye lo siguiente:

1. Cuando el valor del contrato se incrementa como consecuencia de la ampliación del objeto contractual al incluirse elementos no previstos expresamente en el contrato celebrado, pero que están ligados con este y resultan indispensables para cumplir la finalidad que se pretende satisfacer, se está frente a un contrato adicional y cuando se modifican algunas de las condiciones originales del contrato, pero dichas modificaciones no afectan su objeto, es decir este no sufre ninguna modificación, se está frente a una adición de contrato. En ambos casos procede el límite cuantitativo del 50% señalado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993. De igual forma procede este límite, cuando se modifica el valor unitario pactado de los ítems previstos. Lo anterior, sin desconocer las excepciones mencionadas respecto de límite cuantitativo del 50%.

Pese a la diferenciación que la jurisprudencia ha hecho de contrato adicional y adición de contrato, hoy en día no es relevante.

2. Cuando se incrementa el valor del contrato como consecuencia de la variación de las cantidades de obra previamente pactadas sin que se modifique el valor unitario de los ítems, dicho incremento no queda sujeto al límite cuantitativo señalado en la ley, del 50%. Este incremento es el resultado de aplicar la modalidad de pago pactada en el contrato a precio unitario. En estos casos, se entiende que la obra ha sido *“contratada pero su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato sin que implique modificación del objeto contratado”*²⁶. El objeto continúa igual y las partes lo que hacen es cumplir los términos del contrato en cuanto a aplicar las fórmulas previamente pactadas para definir el valor final del contrato.

Sin embargo, no puede desconocer la Sala que el reconocimiento de mayor cantidad de obra, sin que genere adición de contrato o contrato adicional, es una posición jurídica que no ha sido pacífica en la jurisprudencia²⁷.

Luciano y Palomar Olmeda Alberto. Pág. 722-726. La convocatoria de una licitación para la construcción de un hospital con una ubicación determinada, no puede derivar en un contrato para la construcción de una escuela, porque atañe al elemento esencial. No obstante, tanto el elemento esencial, -construcción de un hospital-, como los accesorios, -forma en su ejecución y materiales-, formarán parte del objeto determinado. Pág. 723. / ⁴³Cfr. Directivas 2014/24/UE y 2014/23/UE. / ⁴⁴Documento del Consejo de 11266/12 de 14 de junio de 2012.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de fecha 22 de abril de 2004, radicación No. 07001-23-31-000-1997-00132-01(14292).

²⁷En algunos casos se ha afirmado que las mayores cantidades de obra deben ser previamente autorizadas por la entidad contratante, en forma similar a las obras adicionales: (i) Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, Exp. 17.031. Con anterioridad, se había afirmado que la mayor cantidad de obra para la ejecución

3. Existen, además, otras situaciones jurídicas que se presentan en materia contractual y que afectan el valor del contrato, pero que, de conformidad con la ley y la jurisprudencia, tampoco están sujetas al límite cuantitativo del 50% del valor inicial del contrato. Estas son: (i) cuando en un contrato de obra pública se pactaron mecanismos de ajuste de precios, (ii) por restablecimiento del equilibrio económico del contrato, siempre y cuando exista plena prueba que acredite los requisitos para proceder al restablecimiento y (iii) en los contratos de interventoría, cuando se den las situaciones previstas en la ley, como se indicó.
4. Cuando se hace alusión a la modificación del objeto del contrato, que conlleva a la suscripción de un contrato adicional, significa agregarle al alcance físico inicial algo nuevo pero que está ligado al objeto y que resulta indispensable para cumplir la finalidad que se pretende satisfacer. Pero tal modificación no implica afectar el núcleo esencial del contrato, es decir, no tiene el alcance de cambiar un contrato por otro. Si esto sucediera se generaría una novación del contrato y por lo tanto, se requeriría de la suscripción de un nuevo negocio jurídico.

VI. Análisis del caso concreto

El 10 de diciembre de 2013 se suscribió el contrato de consultoría No. 043 entre el Ministerio de Salud y Protección Social y la Unión Temporal FOSYGA 2014, contrato que posteriormente fue subrogado a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 1429 de 2016 y demás disposiciones que lo modifiquen, adicionen o complementen.

Como objeto del contrato se estipuló en la cláusula primera la de: *“Realizar la auditoria en salud, jurídica y financiera a las solicitudes de recobro por servicios extraordinarios no incluidos en el plan general de beneficios y a las reclamaciones por Eventos Catastróficos*

del objeto contractual requiere no solo de autorización, sino de la celebración de contrato adicional para su reconocimiento. (ii) Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 2008, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, Exp. 15.119. En el mismo sentido, se llegó a considerar que al presentarse un mayor valor al inicial estimado, debía ser recogido en un contrato adicional. (iii) Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2003, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, Exp. 17.554. En otras oportunidades, se ha señalado que para reconocer las cantidades de obra no será necesario un contrato adicional y bastará el acuerdo entre las partes, o simplemente deben ejecutarse, pues no implica modificación alguna al objeto contractual: (i) Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 1988, C.P. Julio Cesar Uribe Acosta, Exp. 4.254, (ii) Sentencia del 3 de septiembre de 1993, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 8.394, (iii) Sentencia del 14 de febrero de 2002, C.P. María Elena Giraldo, Exp. 13.600, (iv) Auto del 18 de julio de 2002, C.P. Alier Eduardo Hernández, Exp. 22.178, (v) Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 18 de julio de 2002, C.P. Susana Montes de Echeverry, Exp. 1.439

y Accidentes de Tránsito ECAT- con cargo a los recursos de las subcuentas correspondientes del Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA- del Sistema General de Seguridad Social en Salud”. Igualmente en dicha cláusula se delimitó su alcance en los siguientes términos: “Las labores de auditoría en salud, jurídica y financiera requeridas se desarrollarán sobre las solicitudes de recobros NO POS y las reclamaciones ECAT que se radiquen ante el Fosyga a partir del 1º de enero de 2014; así como respecto de aquellas que por cualquier motivo no hubiesen podido culminar el trámite correspondiente con la firma contratada para adelantar dichas tareas para los recobros y reclamaciones radicados ante el mencionado Fondo, hasta el 31 de diciembre de 2013”.

La cláusula tercera fijó un plazo de ejecución del contrato de 48 meses y 15 días o hasta que se agote la disponibilidad presupuestal que ampara el valor del mismo, lo que ocurra primero, contado a partir de la suscripción del acta de inicio (16 de diciembre de 2013), previo cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento, ejecución y legalización del contrato, limitando en todo caso dicho plazo hasta el 31 de diciembre de 2017²⁸.

Se pactó un valor indeterminado pero determinable, fijándose como valor estimado del contrato la suma de \$132.524.378.248, que incluye una comisión fija “que busca remunerar la capacidad instalada y disponible para ejecutar las obligaciones derivadas del contrato, así como todas aquellas actividades que no están sujetas a un resultado de auditoría, y que deba llevar a cabo el contratista para cumplir con el objeto contractual”, y una comisión variable “que corresponde a un valor unitario por concepto de auditoría en salud, jurídica y financiera por cada i) Recobro NO POS con resultado aprobado, y; ii) Reclamación ECAT con resultado aprobado o aprobado parcialmente”. Sobre esta última comisión se estipuló en la cláusula quinta del contrato, lo siguiente: “...El valor unitario de la comisión variable, por cada año de ejecución del contrato, para cada recobro NO POS o reclamación ECAT, incluyendo el respectivo ajuste anual al IPC en los términos establecidos en el Pliego de Condiciones, se pagará de la siguiente manera: 5.2.1 Para el año 2014 un valor unitario por recobro o reclamación de SEIS MIL DOSCIENTOS DOCE PESOS M/CTE., (\$6.212,00). / 5.2.2 Para el año 2015 un valor unitario por recobro o reclamación de SEIS MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS M/CTE., (\$6.398,00). / Para el año 2016 un valor unitario por recobro o reclamación de SEIS MIL QUINIENTOS NOVENTA PESOS M/CTE., (\$6.590,00). / Para el año 2017 un valor unitario por recobro o reclamación de SEIS MIL SETECIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS M/CTE., (\$6.788,00)...”. El valor unitario pactado para el año 2017 fue modificado mediante la adición No. 4 y Otrosí modificatorio No. 1 del 9 de junio de 2017 disminuyendo su valor por recobro o reclamación a la suma de “SEIS MIL CIENTO VEINTINUEVE PESOS CON CINCUENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$6.129,54) M/CTE.”

Dicho contrato tuvo varias adiciones en valor, al igual que una prórroga y unos Otrosí modificatorios de algunas cláusulas contractuales:

²⁸ Contrato 043 de 2013, cláusula tercera: “...En todo caso el plazo de ejecución no podrá superar el 31 de diciembre de 2017”.

Adición / Prórroga / Otro si modificatorio	Fecha	Valor / alcance
Adición No. 1	3 de diciembre de 2014	\$11.500.000.000
Adición No. 2	19 de noviembre de 2015	\$11.690.459.519,62
Adición No. 3	19 de septiembre de 2016	\$25.011.173.338
Adición No. 4 y Otro si modificatorio No. 1	9 de junio de 2017	\$24.112.344.820 Se modificó el numeral 5.2.4 sobre comisión variable, disminuyendo el valor unitario por recobro o reclamación para la vigencia 2017, el cual quedó fijado en la suma de \$6.129,54
Prórroga No. 1 y Otro si modificatorio No. 2	28 de noviembre de 2017	Se amplió el pazo de ejecución del contrato y se modificó la cláusula tercera, quedando pactado el plazo hasta el 31 de octubre de 2018 e incluyendo, además de la auditoría integral de recobros y reclamaciones hasta el agotamiento de la disponibilidad, la realización de actividades del proceso de reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, así como la ejecución del proceso de revisión de recobros que hacen parte de los procesos judiciales.

Revisados los antecedentes del proceso de contratación, concretamente los estudios previos y los pliegos de condiciones²⁹, el Ministerio, como parte de las especificaciones y condiciones técnicas del objeto del contrato, incorporó un análisis sobre las cifras históricas de los recobros y reclamaciones de los años 2009 a marzo de 2013, especificando la cantidad radicada y aprobada con cargo a las Subcuentas de Compensación, Solidaridad y ECAT, cifras que se resumen en el siguiente cuadro:

Información histórica de volúmenes de Recobros No POS de los Regímenes Contributivo y Subsidiado y de Reclamaciones ECAT presentadas y aprobadas entre enero de 2009 y marzo de 2013

²⁹Se encuentran publicados en la página <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=13-15-1937212>

AÑO	MES	RECOBROS RÉGIMEN CONTRIBUTIVO		RECOBROS RÉGIMEN SUBSIDIADO		RECLAMACIONES ECAT		TOTAL RECOBROS Y RECLAMACIONES	
		CANTIDAD RADICADA	CANTIDAD APROBADA	CANTIDAD RADICADA	CANTIDAD APROBADA	CANTIDAD RADICADA	CANTIDAD APROBADA	CANTIDAD RADICADA	CANTIDAD APROBADA
Total	2009	2.540.317	1.915.390	105.847	79.808	323.584	45.418	2.969.748	2.040.616
Total	2010	3.778.975	2.864.533	157.457	119.356	433.519	94.205	4.369.951	3.078.094
Total	2011	4.087.123	2.955.960	170.297	123.165	313.068	69.093	4.570.488	3.148.218
Total	2012	4.107.196	3.167.990	171.133	132.000	285.216	112.087	4.563.545	3.412.077
Total	2013 (En - Mar)	1.090.394	854.522	45.433	35.605	75.745	31.612	1.211.572	921.739

Fuente: Consorcio FIDUFOSYGA 2005 y Consorcio SAYP 2011.

Dicho análisis fue el soporte técnico para determinar el valor del presupuesto oficial del contrato de consultoría y las cantidades estimadas de recobros no POS y de reclamaciones ECAT, por vigencia fiscal y durante el plazo del contrato. Estas estimaciones son las siguientes³⁰:

Cantidad estimada de Recobros No POS del Régimen Contributivo radicados y aprobados entre vigencias 2014-2107

VIGENCIA	No. ESTIMADO DE RECOBROS RADICADOS	No. ESTIMADO DE RECOBROS APROBADOS
2014	4.454.732	3.363.174
2015	4.500.669	3.397.856
2016	4.520.525	3.412.848
2017	4.529.033	3.419.270
TOTALES	18.004.959	13.593.148

Cantidad estimada de Recobros No POS del Régimen Subsidiado radicados y aprobados entre vigencias 2014-2107

VIGENCIA	No. ESTIMADO DE RECOBROS RADICADOS	No. ESTIMADO DE RECOBROS APROBADOS
2014	185.614	140.132
2015	187.528	141.577
2016	188.355	142.202
2017	188.710	142.470
TOTALES	750.207	566.381

Cantidad estimada de Reclamaciones ECAT radicadas y aprobadas entre las vigencias 2014-2107

VIGENCIA	No. ESTIMADO DE RECLAMACIONES RADICADAS	No. ESTIMADO DE RECLAMACIONES APROBADAS
2014	341.440	86.385
2015	354.373	87.114
2016	367.792	87.869

³⁰Estudios previos. Ibidem

VIGENCIA	No. ESTIMADO DE RECLAMACIONES RADICADAS	No. ESTIMADO DE RECLAMACIONES APROBADAS
2017	381.721	88.650
TOTALES	1.445.326	350.018

Nota: Las anteriores estimaciones tienen carácter informativo y no son vinculantes para el Ministerio.

Adicionalmente, desde los documentos previos, el Ministerio definió el plazo del contrato por el término de 48 meses y 15 días, fijando como fecha límite el 31 de diciembre de 2017, o hasta que se agote la respectiva disponibilidad presupuestal, lo que ocurra primero. Estipuló también como forma de pago una comisión fija y una comisión variable.

Luego del recuento de la etapa precontractual y contractual relevante para el presente concepto, y dado que en el contrato se estipuló de manera expresa que las facturas a auditar son aquellas radicadas ante el Fosyga a partir del 1º de enero de 2014, además de aquellas que no hubiesen podido culminar el trámite de auditoría radicadas ante dicho Fondo hasta el 31 de diciembre de 2013, la pregunta que cabría formularse es ¿hasta cuándo pueden radicarse facturas para ser auditadas en desarrollo del mencionado contrato 043?

Este extremo final está delimitado por el plazo estipulado en el contrato (cláusula tercera), que sujetó el mismo a dos (2) límites, el que ocurra primero: (i) un límite presupuestal, es decir el plazo iría hasta el agotamiento de la disponibilidad presupuestal que ampara el valor del contrato³¹ y (ii) un límite temporal, es decir un plazo fijo de 48 meses y 15 días contado a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio (16 de diciembre de 2013) que vence el 31 de diciembre de 2017.

Significa lo anterior, que la facturación susceptible de ser auditada en desarrollo del contrato 043 mencionado, además de aquella que quedó pendiente del año 2013, es la que se cause y se radique ante el Fosyga desde el 1 de enero de 2014 hasta el vencimiento del plazo pactado, es decir, hasta que se agote la disponibilidad presupuestal o hasta el 31 de diciembre de 2017, lo que ocurra primero.

La administración expresamente delimitó el objeto contractual y por lo tanto, no puede auditar facturación que se cause y se radique con posterioridad a estos dos límites, pues la misma constituiría un nuevo objeto contractual que requiere de un nuevo proceso de contratación. De auditarse facturación causada y radicada con posterioridad a los límites señalados, se vulnera el principio de igualdad en el

³¹En este punto es importante anotar que según la cláusula cuarta del contrato el valor estimado asciende a la suma de \$132.524.378.248 y la sumatoria de los certificados de disponibilidad y de autorizaciones de vigencias futuras iniciales que amparan el valor del mismo, señalados en la cláusula sexta ibidem, asciende a la suma de \$133.554.392.879.

procedimiento de selección de los demás participantes que presentaron sus propuestas bajo las reglas contractuales contenidas en los pliegos de condiciones, que son ley para las partes y rigen tanto el proceso de selección como los elementos del contrato que se celebre.

Al respecto la jurisprudencia ha sido contundente en señalar la prevalencia que tiene el pliego de condiciones sobre el contrato y en manifestar que el pliego contiene derechos y obligaciones de los futuros contratantes, quienes no pueden modificar libremente las disposiciones del mismo en el contrato que han de celebrar:

*“...la Sala ha considerado que el pliego es la ley del contrato y, que frente a una contradicción entre el pliego y el contrato, habrá de prevalecer aquél; el pliego, según la jurisprudencia, contiene derechos y obligaciones de los futuros contratantes, quienes no pueden modificar libremente sus disposiciones del pliego en el contrato que han de celebrar. / Ahora bien, para precisar el alcance de esta orientación jurisprudencial, conviene tener en cuenta que, en el pliego de condiciones, se distinguen dos grupos normativos: los que rigen el procedimiento de selección del contratista y los que fijan el contenido del contrato que habrá de suscribirse. / Respecto del primero la intangibilidad del pliego se impone en desarrollo de los principios que rigen la licitación, tales como el de igualdad, transparencia y de selección objetiva del contratista, bajo el entendido de que sería abiertamente violatorio de los mismos, que la entidad modificara, a su arbitrio, las reglas de la selección... / En relación con el segundo grupo, es decir con las normas que establecen las disposiciones jurídico negociales del contrato a celebrarse, la intangibilidad del pliego garantiza la efectividad de los derechos y obligaciones previstos para los futuros co-contratantes. Por tanto, no es procedente modificar ilimitadamente el pliego, mediante la celebración de un contrato que contenga cláusulas ajenas a las previstas en aquél, porque ello comporta una vulneración de las facultades y derechos generados en favor de los sujetos que participan en el procedimiento de selección del contratista: oferentes y entidad. / Dicho en otras palabras, la regla general es que adjudicatario y entidad se sometan a lo dispuesto en el pliego de condiciones, incluso respecto del contenido del contrato que han de celebrar, porque el mismo rige no sólo el procedimiento de selección del contratista, sino también los elementos del contrato que ha de celebrarse. Sin embargo, es posible que, con posterioridad a la adjudicación del contrato, se presenten situaciones sobrevinientes, que hagan necesaria la modificación de las cláusulas del contrato, definidas en el pliego. En estos eventos las partes podrían modificar el contenido del contrato, predeterminado en el pliego, siempre que se pruebe la existencia del hecho o acto sobreviniente, que el mismo no sea imputable a las partes y que la modificación no resulte violatoria de los principios que rigen la licitación, ni los derechos generados en favor de la entidad y el adjudicatario”.*³²

³²Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2004, exp. 10.779, M.P. Alier E. Hernández Enriquez. Esta posición fue reiterada por dicha Corporación, entre otras, en sentencia del 24 de julio de 2013, exp. 25.642, M.P. Enrique Gil Botero (Sección Tercera, Subsección C) y en sentencia 21 de septiembre de 2017, Radicación número:

Teniendo en cuenta la forma como quedó delimitado el objeto en el contrato de consultoría 043, es decir, que en desarrollo del mismo solo puede auditarse la facturación causada y radicada ante el Fosyga durante el plazo pactado, deja de ser relevante la forma en que fue acordado su valor (indeterminado pero determinable) dado que queda excluido del objeto contractual toda facturación que se cause y se radique por fuera de los límites fijados en el plazo pactado.

Sin embargo, esto no impide adicionar el contrato para el cumplimiento del objeto contractual siempre que se den los presupuestos legales para ello: (i) que la adición se haga antes del vencimiento del plazo, (ii) que no supere el límite cuantitativo del 50% del valor inicial del contrato expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes, según lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, (iii) que esté debidamente motivada, pues su motivación resulta ser un elemento necesario que permite determinar su juridicidad, su racionalidad y la proporcionalidad de su contenido, y (iv) que obedezca a situaciones sobrevinientes o a nuevas necesidades no previstas en el contrato inicial, que así lo ameriten. Adicionar un contrato no es una facultad discrecional de la entidad cuyo ejercicio penda de criterios de mera conveniencia o de utilidad, como lo ha señalado el Consejo de Estado.

Por último, dado el objeto del contrato y las implicaciones o efectos que pudieren generarse para el Sistema de Salud el no contar con la continuidad de la auditoría de las solicitudes de recobros por servicios NO POS y reclamaciones ECAT, la Sala recomienda que se estudie la posibilidad de declarar la urgencia manifiesta, en la medida que se den todos los presupuestos jurídicos para su declaratoria y mientras se adelanta un nuevo proceso de contratación, el cual debe abrirse en el menor tiempo posible.

III. La Sala RESPONDE:

“6.1 ¿Para efectos de darle continuidad inmediata a la ejecución del citado Contrato de Consultoría 043 de 2013 y asegurar así la indispensable Auditoría a las Reclamaciones y Recobros que permanentemente formulan las IPS y las EPS por la prestación de sus servicios de salud, amén de las específicas particularidades de dicho Contrato, resulta válido que los montos de dinero que deban pagarse al Contratista se aseguren mediante los movimientos presupuestales que deba realizar ADRES, sin que para ello deba acudir a la figura de la ‘adición del valor del contrato’?”

No. No es válido que los montos de dinero que deban pagarse al contratista del contrato 043 de 2013, se aseguren mediante movimientos presupuestales sin acudir a la adición del contrato.

En este contrato es irrelevante la forma en que fue pactado su valor (indeterminado pero determinable), pues la administración concretó el objeto contractual al fijar el plazo de ejecución sujeto a dos límites, el que ocurra primero: (i) un límite presupuestal, en donde el plazo va hasta el agotamiento de la disponibilidad presupuestal que ampara el valor del contrato, y (ii) un límite temporal (48 meses y 15 días contado a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio) en donde el plazo vence el 31 de diciembre de 2017. Por esta razón, no puede la administración auditar facturación que se cause y se radique con posterioridad a estos dos límites, pues la misma constituiría un nuevo objeto contractual que requiere de un nuevo proceso de contratación.

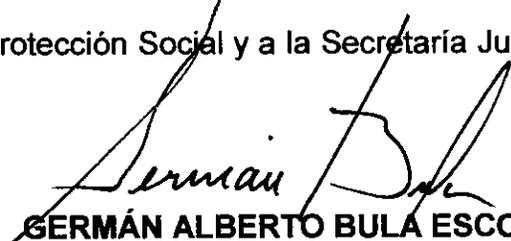
6.2 ¿En el caso concreto del referido Contrato de Consultoría 043 de 2013, tiene aplicación el límite cuantitativo que para la 'adición del valor de los contratos', establece el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80?"

Si tiene aplicación el límite del 50% del valor inicial del contrato expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes, según lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

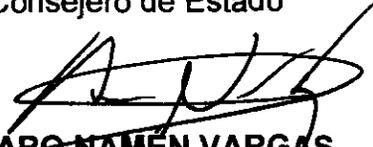
Sin embargo, es importante aclarar que la adición al contrato solo puede darse si se trata de situaciones sobrevinientes o de nuevas necesidades no previstas en el contrato inicial que así lo ameriten. La adición no es una facultad discrecional de la entidad cuyo ejercicio penda de criterios de mera conveniencia o de utilidad.

Remítase al señor Ministro de Salud y Protección Social y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.


ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Presidente de la Sala


GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado


ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado


ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado


LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala