

**¿Qué consecuencias trae la errónea interpretación del concepto de adición en los
contratos estatales?**

Oscar Andres Quitian Bernal

Faculta De Derecho Universidad Militar Nueva Granada

Diplomado Contratación Estatal

JULIO CÉSAR PAINCHAULT PÉREZ

12 febrero 2021



**UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA**

Resumen

El concepto de adición en la contratación estatal, es aplicado en los diferentes tipos de contratos estatales, se confunde a menudo con la figura de contrato adicional por lo tanto es pertinente definir que es una adición y que es un contrato adicional, haciendo énfasis en los conceptos del Consejo de Estado a través de los diferentes estatutos de contratación estatal, al igual cuáles son los errores más comunes en los que las partes de un contrato estatal incurren al no aplicar bien el concepto de adición y sus consecuencias tanto para el ordenador del gasto como para el contratista, se ilustra como se puede contrarrestar el uso de la adición en un contrato entendiendo que las etapas de contratación y los principios de planeación son importantes para llegar a un feliz término del contrato sin recaer en corrupción o sobre costo del contrato.

The concept of addition in state contracting, is applied in the different types of state contracts, it is often confused with the figure of additional contract, therefore it is pertinent to define what is an addition and what is an additional contract, emphasizing the concepts of the State Council through the different state contracting statutes, as well as which are the most common errors in which the parties of a state contract make when not applying the concept of addition well and its consequences for both the expense computer As for the contractor, it is illustrated how the use of addition can be countered in a contract, understanding that the contracting stages and planning principles are important to reach a successful contract termination without relapsing to corruption or cost of the contract.

Palabras claves

Adición, Planeación, Contrato Adicional, prorroga, modificación del contrato

Objetivo general

Analizar la errónea interpretación del concepto de adición en los contratos estatales, por parte del ordenador del gasto y los contratistas

Objetivos específicos

Definir que es la adición y el contrato adicional en el contrato estatal a base de los conceptos del Consejo de Estado.

Detectar las diferentes interpretaciones y sus consecuencias frente al concepto de adición por parte de los ordenadores del gasto y contratistas

Ilustrar las situaciones en que se debe aplicar la figura jurídica de la adición.

El concepto “adición”, tan básico para describir, pero tan complejo en materia de contratación pública y aún más para los ordenadores del gasto que desde la ley 80 de 1993 frente a su artículo 40 en el párrafo e inciso 2, los ha llevado a tener diferentes problemas jurídicos e inclusive mucho antes a la ley en mención, sistemáticamente la administración pública cae en error de interpretación conduciéndolos a copar el límite legal del párrafo, teniendo como consecuencia procesos de inhabilidades, no disponibilidad presupuestal y en algunos casos hasta penales, ilustrar la adición en los contratos estatales no es tan fácil, tanto así que el legislador en la ley 80 omitió conceptualizar o diferenciar la adición de un contrato y un contrato adicional, limitándose solo a enunciar lo siguiente “Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado este en salarios mínimos legales

mensuales”. Pero el Consejo de Estado a través de sus conceptos emitidos por la sala tercera ha logrado ilustrar a la administración pública, aunque siguen siendo parámetros muy generales, en la contratación pública tenemos que visualizar el desarrollo real de cada contrato desde la planeación, la modalidad de pago y el objeto del contrato, profundizar en estos conceptos nos llevara a la aplicación correcta de la figura de adición de los contratos estatales.

Pero antes de hablar de la adición en los contratos estatales es necesario definir la palabra ADICIÓN, la cual afirma, Enderton (2002) “es un vocablo de etimología latina. Proviene de “addo”, que significa agregar o añadir. Adicionar algo en general, es agregarlo a otra cosa. Así pueden adicionarse conocimientos, más problemas a los habituales, más dinero a la cuenta bancaria, cláusulas a los contratos, o herramientas a los usos de ciertos aparatos tecnológicos”. Entendiendo el concepto definido por Enderton podemos concluir que la acción de adicionar es diferente dependiendo del ámbito de aplicación, a razón de lo anterior, cuando nos referimos al concepto “adición”, en un contrato estatal tenemos que hacer una diferenciación, ya que el concepto se puede aplicar en dos vías diferentes, la primera es adición al contrato la cual debe entenderse como un agregado a las cláusulas de un contrato inicial u original y la segunda vía es el contrato adicional, el cual se debe entender como un nuevo contrato al pactado inicialmente, (Consejo de Estado, 2002, 1439) cuando lo materializamos a la práctica jurídica de contratación estatal no es tan sencillo como se describe, puesto que su definición aún es un debate conceptual en la administración pública llevando a que las dos vías se confundan y se apliquen de manera diferente.

El Consejo de Estado al pasar el tiempo en sus conceptos va ilustrando con nuevos elementos el concepto, si acogemos los emitidos antes de la ley 80 de 1993, claramente basado en el estatuto de la contratación direccionada por el decreto 222 de 1983 en su artículo 58, establecía en qué

circunstancias se debería fijar un contrato adicional y una adición al contrato en su valor, cuya facultad recaería solo en el ordenador del gasto, con su respectiva motivación a la adición.

Basado en la norma descrita el Concejo de Estado, define que la adición es “evitar el enriquecimiento sin causa y permite cancelar el valor de las obras construidas con fundamento en los contratos adicionales ilegales” (concepto, Consejo estado, 97 de 1987).

Para desarrollar el concepto la sección quinta lo evaluó desde la perspectiva del pago de una adición al contrato después de liquidado, lo que determino que la sala de consulta no abordara a profundidad y desglosara cada uno de los puntos del concepto de adición, pero si dejo claro que estaría viciado de nulidad absoluta y no se podría llevar a cabo el pago cuando el contrato se estuviera liquidado en su totalidad. Pero en lo que realmente se debía profundizar que era el concepto de adición no se logró aclarar, llevando a que la adición en valor y plazo se interpretara como un contrato adicional.

Conceptualización que llevo a controversias a la entrada en vigencia de la ley 80 de 1993, debido a que el legislador a lo que se refiere en relación con el concepto de adición en la ley 80 de 1993, realizo unos cambios fundamentales, derogando el concepto que traía el artículo 58 del decreto 222 de 1983. Dejando una sola interpretación general sin hacer una distinción entre las dos situaciones jurídicas, esto conlleva a que la administración pública presentara más errores de interpretación, frente a su artículo 40 en el párrafo e inciso 2, en este nuevo articulado se omitió hablar de las demás modalidades de contratos que tienen un manejo diferente pues dependen mucho de su objeto contractual para determinar las adiciones, por tal motivo el Concejo de Estado realizo una pronunciación y aclaración inicial en la consulta del 17 de mayo de 1994 con número radicado 601 en la cual se “determinaba que las adiciones deben ser aplicadas a todo contrato estatal”, concepto que dio un aporte importante para comenzar a

desarrollar los contratos estatales a partir de la ley 80, ya que se empezó a definir desde cada contrato la modalidad de adicionar o en que forma se puede desarrollar el contrato adicional, pero aun el problema seguía subsistiendo en cuanto a la diferenciación de adición y contrato adicional porque los diferentes actores de los contratos, seguían interpretando la adición al contrato inicial como un contrato adicional, por tal motivo el consejo de estado tuvo que entrar hacer una nueva pronunciación más profunda en la consulta del 26 de agosto de 1998 en la cual determina lo siguiente.

“La adición del contrato debe entenderse como un agregado a las cláusulas del mismo. Es un instrumento apropiado para resolver las situaciones que se presentan cuando en desarrollo de un contrato se establece la necesidad de incluir elementos no previstos expresamente en el pliego de la licitación y por ende excluidos del contrato celebrado, pero que están ligados a este y resultan indispensables para cumplir la finalidad que con él se pretende satisfacer. En estos casos, puede acudir a una adición del contrato inicial con las limitaciones previstas en la ley”. (Consejo de Estado, 1998).

Como se evidencia el concepto comienza a profundizarse, tomar mayor relevancia, debido a que la forma en que el estado contrata con los particulares se diversifica, como es el caso desde la interpretación desde un contrato de fiducia, el cual no se conocía cuando entro en vigencia el estatuto de contratación en 1993, su desarrollo llego con la práctica y las necesidades del Estado en contratar de una manera diferente con mayores garantías, a pesar de que el consejo de estado en su sala tercera de consulta a mantenido su concepto de adición, sigue persistiendo el problema de interpretación, esta se atribuye ha que esta problemática la ha otorgado los mismos estatutos de contratación, ya que en el decreto 222 del 1983, como evidenciamos en el artículo 58 toda modificación o prorroga

al contrato inicial se le asignaba el concepto de contrato adicional siendo una interpretación errónea, la cual era no permitir que el objeto del contrato cambiara, así lo evidencio el consejo de estado: “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” (Consejo de Estado, Radicación, 1121 de 1998). Lo que conlleva a que se siguiera interpretando de la misma manera en el siguiente estatuto de contratación, más aun cuando este nuevo estatuto el desarrollado por la ley 80 de 1993, se limitó hacer una enunciación general sin especificar los elementos sobre los cuales puede hacerse la adición, el Consejo de Estado se pronuncia en el radicado 1439 del 2002 en donde evidencia las problemáticas de los elementos del contrato, profundiza en la modalidad de pago y como esta afecta a las adiciones del contrato o como se debe desarrollar un contrato adicional, pero se mantiene firme en sus conceptos emitidos con anterioridad, así lo refuerza posteriormente con la entrada en vigencia de la ley 1150 del 2007 y ley 1508 del 2012 donde profundiza en los diferentes tipos de contratos frente a las adiciones que les corresponde en su objeto, lo que se concluye es que el Consejo de Estado siempre mantiene muy claro su posición frente al concepto de adición de un contrato y contrato adicional la que se refuerza con la Corte Constitucional, en lo cual se define así:

“Cualquier modificación del objeto del contrato implica la celebración de un nuevo contrato, no de una adición, la cual opera solamente cuando la modificación se refiere al valor y al plazo del contrato originalmente celebrado. En otras palabras, solamente habrá contrato adicional cuando se agrega algo nuevo, o que no estaba previsto en la planeación del contrato inicial, pero teniendo como

consecuencia el cambio del objeto contractual inicial y a su vez debe tener relación con el contrato inicial para no caer en el error de hacer una contratación sin el lleno de los requisitos legales” (Corte Constitucional, 2012, C-300).

Adicional el Consejo de Estado agrego una salvedad frente a la interpretación del objeto contractual antes mencionado, dicha salvedad se ha desarrollado en el concepto del 18 de julio de 2002, Cuando al referirse explícitamente al contrato de obra pública, el concepto de adición se puede entender o darse la salvedad frente a una ampliación del objeto del contrato inicial, en donde solamente habrá verdadera ‘adición’ a un contrato de obra pública cuando se agrega al alcance físico inicial del contrato algo nuevo, caso que se puede dar por el mal cálculo de cantidades de obra estimada y requeridas para la ejecución de todo el objeto descrito en el contrato, pero esta salvedad solo está direccionada al contrato de obra pública, entonces podemos concluir que la adición de un contrato siempre será sobre un mismo contrato, el cual no cambia su objeto, se puede ampliar como es el caso del contrato de obra pública, pero en los demás contratos al ser el objeto del contrato un elemento esencial, no puede ser modificado porque recaería en la segunda figura jurídica “Contrato Adicional”, pero debido a las necesidades de desarrollo y progreso del país, el estatuto de contratación estatal de la ley 80 de 1993 también se ha visto corto en su manera de abordar las adiciones por lo cual nos remitimos a la ley 1150 del 2007 por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en materia de contratación, abordándola en su artículo 28 el concepto de adición se desarrolla de una manera individualizada al contrato de concesión de obra pública, aunque es derogado por la ley 1508 del 2012. Atendiendo a una nueva necesidad estatal en la cual nacen nuevas formas de realizar contratos con alianzas estratégicas de inversión denominadas asociaciones público privadas, donde cada asociación se regula dependiendo del porcentaje de participación de cada parte

contractual, todos estos temas y legislaciones conllevan a que los ordenadores del gasto tengan problemas conceptuales y vacíos jurídicos, que los induce a la mayoría de casos a inhabilidades para ejercer funciones públicas, como se logra evidenciar en las jurisprudencias desarrolladas por el consejo de estado, donde los casos recurrentes son tener contratos con el estado y realizar adiciones que posteriormente se convierten en contratos adicionales, dando lugar a que se configure la inhabilidad para ejercer cargos públicos cuando estas personas deciden optar por postularse a cargos públicos de elección popular, puesto que al desarrollar el contrato adicional no tienen en cuenta el término establecido por la ley 1474 del 2011, generan interpretaciones contrarias en sus contratos, argumentando que lo que están desarrollando es una adición del contrato, pero siempre recaen y desarrollan la segunda figura la cual es un contrato adicional lo que conlleva a quedar dentro del término para generar las inhabilidades de la ley 617 del 2000, ejemplo, el desarrollado por la sentencia del 24 de agosto de 2005 Radicado 3171 en donde el Gobernador electo para el periodo 2004 – 2007 quedo inhábil, ya que se había desarrollado un contrato estatal el como propietario de un inmueble el cual fue arrendando al servicio nacional SENA Nariño y el cual se celebró en el 1998 y se realizaron varias adiciones que finalmente desencadenaron en un nuevo contrato en el año 2003 que llevo a que se configurará la inhabilidad o en la sentencia de 25 de noviembre 2004 Radicado 3761 donde el alcalde electo de Santa Rosa de Viterbo para el periodo 2004 – 2007 celebro un contrato de prestación de servicios el 02 de abril del 2002 por 8 meses que al cumplirse el tiempo pactado, decidieron las partes llevar una adición al contrato por un mes más, pero lo que no tuvieron en cuenta fue en la forma que se desarrolló el contrato, ya que el objeto contractual nunca se determinó la labor específica a desarrollar durante el tiempo del contrato, llevando a no identificar cuál actividad faltaba para cumplir el objeto contractual y que se generara la adición, bajo esos argumentos el consejo de

estado emitió en la sentencia que se encontraba era frente a un contrato adicional, por ende quedo inhabilitado.

Otra de las situaciones que se generan es copar el porcentaje máximo del valor de la adición, al identificar en los casos presentados en las diferentes jurisprudencias y conceptos generados por el Consejo de estado como lo es el concepto 1121 de 1998, el 1439 del 2002 o el 1928 del 2008 donde se aborda la adición en valor en obras públicas, el error frecuente es no entender el objeto contractual y la naturaleza del contrato de obra pública, pactado bajo el lineamiento de precios unitarios, el cual conlleva una forma particular de interpretar el costo total del contrato. Ya que no puede determinarse en un valor tácito, en el entendido que la mejor manera de hacerlo práctico y que el equilibrio económico contractual no se pierda, es fijando precios unitarios, con un valor total estimado para temas fiscales, pero no para generar adiciones, en estos casos lo que debe proceder es hacer la cuenta de las cantidades de obra ejecutada para determinar qué valor se lleva en el contrato, pero si este valor es superior a lo pactado inicial, no hablamos que se está en una adición al contrato o que hay que desarrollar un contrato adicional, solamente es una operación matemática de ajuste a los valores en donde se entiende que ninguna de las partes pueden recaer en pérdidas económicas, siempre y cuando se cumplan dos factores importantes el primero no se genere un cambio al objeto contractual el cual debe estar determinado en el contrato y el segundo que el ajuste de precios unitarios se encuentre escrito en las cláusulas contractuales. Este caso frente al contrato de obra pública específicamente, pero también se presentan casos en donde el ordenador del gasto se ve afectado al momento de la ejecución del contrato, cuando en la etapa precontractual no se llevó diligentemente una adecuada planeación sus consecuencias se reflejan en la ejecución del contrato o posteriormente en la liquidación.

Por eso es muy importante que en la fase precontractual se lleven todos los pasos muy detalladamente y cumpliéndolos con responsabilidad, ya que esta fase de la contratación es la base de la contratación estatal donde se tiene en cuenta factores importantes como el análisis de mercado, análisis del sector y análisis del riesgo, que permiten identificar que un contrato va a llegar a buen término y no se va a ver implicado en adiciones o contratos adicionales que generaría que los ordenadores del gasto se vieran implicados en nuevas solicitudes algunas malinterpretadas por falta de conocimiento, a pesar de que se encuentra regulado el principio de planeación en el Decreto 1082 de 2015, aun hoy en día es una etapa que no se toma con la seriedad y el compromiso que amerita tanto por la entidad contratante como por el contratista al cual también le recae responsabilidad en el momento de realizar su oferta como lo ha indicado Fernando Amaya con base en lo interpretado por el concejo de estado así:

Que, a partir de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 3° de la Ley 80 de 1993, comoquiera que los particulares contratistas del estado son colaboradores de la administración, se desprende que ellos también tienen deberes en el cumplimiento del principio de la planeación lo cual implica para el particular, no solo poner de presente a la entidad contratante las deficiencias en el cumplimiento de las normas sobre planeación, sino, además, abstenerse de celebrar contratos en los cuales existan fallas en su planeación.

Que, en razón a lo anterior, no podrá el contratista pretender el reconocimiento y pago de derechos económicos surgidos con ocasión de un contrato estatal celebrado y ejecutado con violación al principio de la planeación, por cuanto ello sería una «apropiación indebida de los recursos públicos».

Que, el contrato celebrado con desconocimiento del principio de la planeación carece de objeto ilícito, por cuanto se celebró en contra vía a lo dispuesto por normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben ser adecuadamente planeados para la satisfacción del interés general (lo anterior se soporta en lo previsto en el artículo 1519 y 1741 del Código Civil, así como en las causales contenidas en los numerales 2° y 3° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993).

Tal razonamiento expuesto en esas sentencias de abril y junio de 2013 plantea graves problemas de cara a la teoría jurídica del contrato estatal y de las cargas que se imponen al contratista. “Ello precisamente así lo puso de presente el Dr. Gil Botero en su salvamento de voto a la Sentencia del 24 de abril de 2013 al indicar que la tesis adoptada en el fallo implica que el contratista se constituye en un garante del comportamiento de un tercero, es decir, de la administración pública, respecto de quien es exigible el cumplimiento del principio de la planeación y, en ese sentido, la consecuencia más gravosa para el contratista es que entra a responder por actuaciones de las cuales ni siquiera fue partícipe”. (Amaya, 2016, vol 2)

Como indica Laura Amaya es un avance importante que la responsabilidad también recaiga en un contratista, ya que son personas expertas y con experiencia para lo que se está contratando estas cualidades deben ser usadas en beneficio del estado y sus fines y no al contrario que se vea solo beneficiados los contratistas sabiendo que al iniciar un contrato van a tener que recurrir a la adición del mismo por falta de un diseño o un presupuesto muy bajo que no va a permitir cumplir el objeto contractual y peor aún que la entidad estatal se vea forzada a generar contratos adicionales al mismo contratista para llegar a buen término el objeto contractual, lo cual indicaría que se vulneraran otros principios como el de la selección objetiva, por esto es que los

ordenadores del gasto deben hacer un excelente seguimiento a esta etapa porque como ya se indicaba esta etapa es la que nos llevaría a generar adiciones o contratos adicionales, claro está que se pueden presentar casos fortuitos o de fuerza mayor que son excepcionales o que durante la etapa de ejecución específicamente en el desarrollo del objeto contractual su esencia deba ser reforzada o replanteada siempre y cuando se beneficie más la comunidad con el cambio, pero estos cambios se ven limitados cuando no se tiene en cuenta factores importantes como la logística, el terreno, el transporte, factores naturales o los estudios de mercado entre otras cosas más que se pueden dar dependiendo la naturaleza del contrato o su finalidad, ya que estos factores mencionados repercuten en adiciones o posteriores contratos adicionales los cuales son necesarios para la realización de los fines del estado, no están prohibidos por la ley, estas modificaciones inclusive están facultadas para desarrollarse unilateralmente por el estado.

Adicional las modificaciones están ampliamente desarrolladas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la sentencia C 949 del 2001, detallado por el Consejo de Estado en su concepto del 13 de agosto del 2019 y lo recopila la sentencia C300 del 2012 así:

Por regla general, los contratos estatales pueden ser modificados cuando sea necesario para lograr su finalidad y en aras de la realización de los fines del Estado, a los cuales sirve el contrato.[11] Así lo prevén por ejemplo los artículos 14 y 16 de la ley 80, los cuales facultan a la entidades contratantes a modificar los contratos de común acuerdo o de forma unilateral, para “(...) evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación”, entre otros. En el mismo sentido, en la sentencia C-949 de 2001[12], la Corte Constitucional señaló que las prórrogas de los contratos –como especie de modificación- pueden ser un instrumento útil para lograr los fines propios de la contratación estatal. [13] Al respecto,

vale la pena destacar lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 13 de agosto de 2009:

“La contratación estatal responde de múltiples maneras a ese mandato y, en cuanto al concepto que se emite, se resalta que la posibilidad de modificar los contratos estatales es una especial forma de hacer prevalecer la finalidad del contrato sobre los restantes elementos del mismo. Por mutabilidad del contrato estatal se entiende el derecho que tiene la administración de variar, dadas ciertas condiciones, las obligaciones a cargo del contratista particular, cuando sea necesario para el cumplimiento del objeto y de los fines generales del Estado. (Corte Constitucional, C-300, 2012, 2.6.1)

Entendiendo el fin de la contratación es siempre pertinente completar o modificar el objeto del contrato para que no se dé una afectación grave de los servicios públicos y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los servicios con unas causas que verdaderamente lo justifiquen, y no pueden ser utilizadas para afectar el derecho, al acceso a la contratación estatal en condiciones de igualdad, por tal motivo la modificación del contrato debe ser excepcional en virtud de los principios de planeación y seguridad jurídica.

En razón a lo expuesto lo que tiene que determinar el ordenador del gasto de manera diligente, es fijar las causas y las consecuencias que está generando o que pueden llegar a generar la adición de un contrato o un contrato adicional, teniendo en cuenta en todo momento el objeto contractual y de qué tipo de contrato está desarrollando, a pesar de que el estatuto de contratación principal es la ley 80 de 1993 el cual regula todo tipo de contratos, se presentan unos tipos de contratos específicos que los regulan otras normas adicionales que no deben ser entendidas como únicas o excluyentes.

Ejemplo: el desarrollado en la sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia SP153-2017 radicado 47100, en la cual se esclarece una adición al contrato de concesión N° 12 del 2001 en el cual se le otorgó licencia de operación del chance de la lotería de Tolima a la entidad privada SEAPTO por cinco años y posteriormente el gerente de la lotería del Tolima le otorgó la adición al contrato de concesión por un término de 30 meses más, lo cual está prohibido por la ley 643 del 2002 artículos 7, 22 y 25 en donde se considera que el término o plazo máximo para estos contratos de juegos y azar son de 5 años para evitar actos de corrupción, el argumento expuesto por la parte demandada era indicar que la ley 80 de 1993 no tipificaba un plazo máximo para las adiciones en tiempo a los contratos de concesión de juegos de azar, lo cual no era verdadero, ya que si lo establecía el fallo de la sentencia, indicando que es un contrato que tiene una regulación estricta que conlleva conocerla y de fácil interpretación para todas las partes involucradas en la contratación y el hecho que la parte involucrada lo desconociera o pensara que es excluyente al contrato de concesión no es viable, ya que este contrato es considerado especial y que requieren regulaciones igualmente especiales para evitar corrupción o manejos indebidos, por tal motivo es importante que los ordenadores del gasto o quienes estén a cargo de la contratación estatal conozcan todas sus funciones e implicaciones de sus decisiones ya que como se evidencia en los ejemplos planteados lo recurrente es la mala interpretación de los conceptos y asesorías que generan problemas penales como este último caso estudiado.

Ahora si hablamos de adiciones en plazo es un término muy ambiguo que no tiene regulación taxativa en la ley de contratación, pero que debe ser entendida como razonable y pertinente, ya que la adición sobrelleva problemas legales importantes dependiendo el tipo de contrato que se esté ejecutando. Así también lo determina la contraloría:

Argumentando lo siguiente la Contraloría General, (2010) “Ahora bien, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no impuso un límite para la ampliación del plazo del contrato estatal, no obstante, con fundamento en el principio de responsabilidad, los servidores públicos están obligados a vigilar la correcta ejecución del contrato y a justificar adecuadamente la adición en términos de estos”.

Por ejemplo en los contratos de arrendamiento si está prohibida la prórroga automática o cuando se está frente a un contrato de concesión de obra pública si hablamos de un porcentaje como lo reglamenta la ley 1150 del 2007:

ARTÍCULO 28. DE LA PRÓRROGA O ADICIÓN DE CONCESIONES DE OBRA PÚBLICA. En los contratos de concesión de obra pública, podrá haber prórroga o adición hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto de la concesión o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos. Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial.

En estos tipos de contrato es importante el plazo o el tiempo, ya que hablamos de la recuperación del monto de la inversión, más aun cuando estamos frente a iniciativas publico privadas con capital privado, las cuales siempre buscan la recuperación de sus inversiones, al igual que las adiciones en valor es de vital importancia hacer énfasis y obrar de manera diligente, frente a que tipo de contrato estamos desarrollando y cuál es el objeto contractual para conceder las adiciones de plazo, debido a que en esta figura de plazo no puede recaer en contratos adicionales, porque estaríamos trasgrediendo los principios de la contratación pública, como es elegir al mejor proponente y el de selección objetiva adecuada.

Finalmente ilustrar como se debe utilizar la figura de adición de un contrato estatal debemos tener en cuenta todas las situaciones expuestas:

Empezando primero porque tipo de contrato estamos desarrollando: Concesión, obra, consultoría, prestación de servicios y encargo fiduciarios y de fiducia pública ya que cada tipo implica situaciones importantes para tener en cuenta tanto desde la etapa precontractual como en la etapa contractual, no es la misma causal que se pueda ejercer en un contrato de prestación de servicios a un contrato de obra pública cuando hablamos del primero para que se dé una adición, su objeto contractual debe estar muy especificado en cuáles va a hacer su función, horario, plazo y tareas específicas a desarrollar en ese plazo para que al terminar el plazo del contrato se pueda identificar con claridad la adición en cambio para el contrato de obra se es más abierta la posibilidad de adición, ejemplo si en el diseño inicial tiene establecido un colegio para una capacidad de 200 niños, pero con el inicio del contrato se determina que se necesita albergar más estudiantes, ya que se pretende recibir a los niños de los municipios vecinos, se puede adicionar el valor del contrato para que se construya con un espacio mayor, ahora si lo analizamos desde el contrato de concesión es complejo porque depende de qué tipo de concesión estemos contratando en estos se ha desarrollado las más grandes obras viales del país que aún son un problema jurídico por su complejidad en implementación como lo es la ruta del sol, los cuales sean complementados con la legislación posterior de la ley 80 de 1993 dada su complejidad e importancia para el desarrollo estructural para el país tanto así que en estos contratos para desarrollar una adición o un contrato adicional se requiere la aprobación del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES).

Para entender a fondo cada tipo de contrato, es pertinente relacionar el concepto de cada uno de los contratos desarrollado por los ordenadores del gasto, por lo cual se relacionan a continuación según como los define la agencia nacional de empresarios de Colombia.

4.1. Concesión:

Bajo los contratos de concesión se otorga a un concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público.

La ejecución de estos contratos se hace bajo cuenta y riesgo del concesionario, pero bajo la vigilancia y control de la entidad estatal.

En contraprestación se da una remuneración que puede ser: (i) derechos, (ii) tarifas, (iii) tasas, (iv) valorizaciones, (v) una participación que se le otorgue en la explotación del bien, (vi) en una suma periódica, única o porcentual y, (v) en general, cualquier otra modalidad acordada por las partes.

Bajo este tipo de contratos se han celebrado los contratos de infraestructura más importantes de Colombia tales como la Ruta del Sol, Avenida de las Américas, Concesión Bogotá Villavicencio, Concesión Red Férrea del Atlántico.

4.2. Obra:

Son aquellos contratos cuyo objeto es la construcción, mantenimiento, instalación, realización de trabajos materiales sobre bienes inmuebles, sin tener en cuenta la modalidad de ejecución y de pago.

4.3. Consultoría:

Se suscriben contratos de consultoría cuando se busca la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. De igual manera, bajo este tipo de contrato se ejecutan interventorías, asesorías, gerencias de obra o de proyectos, contratos de dirección, de programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

4.4. Prestación de Servicios:

Los contratos de prestación de servicios son utilizados para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Una de las particularidades de este contrato es que únicamente se celebra con personas naturales cuando el trabajo contratado no puede ser ejecutado por un personal de planta o cuando se celebre por los conocimientos especiales de la persona. En estos casos no se crea una relación laboral con la entidad.

4.5. Encargos fiduciarios y Fiducia Pública:

Este tipo de contrato tiene como fin la administración o manejo de recursos vinculados a los contratos estatales. Lo anterior con sujeción a los estatutos de cada una de las entidades estatales y teniendo en cuenta que está expresamente prohibido para las entidades estatales, constituir directamente patrimonios autónomos. Por lo tanto, por lo general si se llegan a requerir, se exigirá al contratista que lo haga, estando esto anunciado desde el momento en que se publican las condiciones de selección y las condiciones para la respectiva contratación. (ANDI, 2013, Pg 10)

Una vez entendido el concepto de cada uno de los tipos de contrato es más fácil entender el objeto contractual el cual es el segundo factor de importancia para tener en cuenta en las adiciones o contratos adicionales, ya que hablar del objeto es algo de la esencia de un contrato estatal, en el entendido que “Consiste en el objeto de las obligaciones creadas contractualmente que, en último término, serán un dar, un hacer o una abstención. El objeto contractual ha de ser real, posible, lícito, determinado o susceptible de determinación sin necesidad de nuevo acuerdo entre las partes”(enciclopedia jurídica, 2020). Lo que significa que al hablar de adición debe cumplir con este concepto u obligación taxativamente creada contractualmente sin cambiar nada al objeto, solo complementando para cumplir la obligación pacta.

Existirían situaciones puntuales en la que la adición permitiría una complementación al objeto, pero solo es en el caso de la obra pública siempre y cuando su valor no exceda el 50% del valor del contrato inicial, pero para tener menos complicaciones frente a los contratos de obra pública es mejor realizar desde el principio una modalidad de pago por precio unitario para que al final se valore la cantidad de obra entregada y no tenga que recurrir a adiciones al contrato, al igual si hablamos de otros tipos de contrato lo mejor es siempre verificar esa obligación que está pactada apoyándose en los interventores y supervisores, personas claves que tienen el conocimiento y experiencia suficiente para indicar como se está desarrollando el objeto del contrato y si realmente se requiere una adición, ahora cuando hablamos del cambio a alguna de estas obligaciones en el objeto contractual que conlleve a su modificación o adición, ya no podemos realizar una figura de adición contractual, ya que estaríamos hablando es de un nuevo denominado Contrato adicional porque surge un nuevo objeto contractual que complementa al inicial, no puede ir separado del inicial porque si se separa recaería en un contrato sin los requisitos legales vulnerando así los principios de la contratación estatal, que al final para el

ordenador del gasto implicaría unas sanciones administrativas y a la vez penales como se ha evidenciado en los diferentes ejemplos desarrollados.

En conclusión, al entender estos dos conceptos podemos contribuir al buen funcionamiento de la contratación estatal cumpliendo con sus fines y no generando corrupción al tener que adicionar precios u otorgar contratos adicionales a contratistas irresponsables que generan detrimento patrimonial al estado.

Velar por el cumplimiento de lo contratado es como cuando hacemos una negociación o compra con nuestros recursos propios lo que buscamos siempre es el beneficio propio que no tengamos que hacer pagos adicionales u esperar tiempos perpetuos para que nos entreguen lo que estamos contratando, un ejemplo es la construcción de una vivienda, para hacer un contrato de construcción de vivienda, lo primero que se debe desarrollar es una cotización en la cual se consulta con varios ingenieros, posteriormente se debe decidir por una de las cotizaciones la cual siempre es la más conveniente para los intereses del contratante, con base en la cotización se hace la posterior firma del contrato para iniciar la obra civil, una vez iniciada al día siguiente, el contratista o ingeniero no puede argumentar que el valor pactado no alcanza para terminar la obra, porque esto causaría molestias e indignación y muy seguramente se demandaría ante la jurisdicción civil, adicional se saldrá de lo presupuestado, ya que por eso se cotizó y pacto un valor y plazo inicial.

Lo mismo ocurre en la contratación estatal e inclusive con etapas más rigurosas y de control, lo que pasa es que al no saber interpretar de manera adecuada cada concepto y etapa contractual el ordenador del gasto o administrador público lleva a que se ejecuten de manera errónea y a su vez generándoles problemas legales, por eso espero que este trabajo sirva para entender, los casos en que se deben usar y aplicar la adición en los contratos estatales entendiendo que debería ser una

figura excepcionalmente empleada, puesto que si se cumple una etapa precontractual efectiva y más específicamente una planeación acorde a lo que se necesita en el contrato, no será necesario usar la figura de adición al contrato estatal ni mucho menos un contrato adicional.

REFERENCIA BIBLIOGRAFICAS

Enderton (2002). La etimología de las definiciones de agregar o quitar.

Consejo De Estado. Sala De Consulta Y Servicio Civil. Radicado 1121; C. P. César Hoyos Salaza, Bogotá, D.C., veintiséis (26) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Concejo de Estado, 1994, consulta del 17 de mayo, número radicado 601

Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia C-300, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 25 abril 2012.

Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia C-949, M.P. Clara Inés Vargas Hernández ; 5 de septiembre 2009.

Consejo De Estado. Sala De Consulta Y Servicio Civil. C. P. Enrique José Arboleda Perdomo; Bogotá, D.C. nueve (9) de septiembre de dos mil ocho (2008).

Consejo De Estado. Sala De Consulta Y Servicio Civil. Radicación 1439. Contrato estatal de obra aumento del valor final que no implica adición, C. P. Dra. Susana Montes de Echeverri, Concepto 1439 de julio 18 de 2002.

Consejo De Estado. Sala De Consulta Y Servicio Civil. Radicación 2149, Contrato de concesión vial, C. P. Augusto Hernández Becerra; Bogotá, D.C. dos (2) de agosto de dos mil trece (2013).

Consejo De Estado. Sala De lo Contencioso Administrativo sección quinta. Radicación 3314, C.

P. María Nohemí Hernández Pinzón; Bogotá, D.C. veinte (20) de mayo de dos mil cuatro (2004).

Consejo De Estado. Sala De lo Contencioso Administrativo sección quinta. Radicado 3171C. P.

Darío Quiñones Pinilla; Bogotá, D.C. veinte (24) de agosto de dos mil cinco (2005).

Consejo De Estado. Sala De lo Contencioso Administrativo sección quinta. C. P. Susana

Buitrago Valencia; Bogotá, D.C. veintinueve (29) de octubre de dos mil doce (2012).

Laura Amaya. La violación al principio de la planeación en la contratación estatal. Revista Nova

et Vetera, Volumen 2, 16 de junio 2016

Corte Suprema de Justicia. Sala de casacion Penal. SP153-2017 radicado 47100, Bogotá, D.C.

dieciocho (18) de enero de dos mil diecisiete (2017).

Contraloría General de la República, 2010, Concepto de la Oficina Jurídica No. 80112- EE72867.

Consejo de Estado en su concepto del 13 de agosto del 2019

Corte Suprema De Justicia. Sala De Casación Penal. Radicación No. 43263 M.P.Eugenio

Fernández Carlier, Bogotá D.C. ocho (8) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

Legis Ámbito Jurídico. Penal. 01 de febrero 2018. Diferencia entre adición de contrato público y

contrato adicional para determinar responsabilidad penal.

<https://www.ambitojuridico.com/noticias/penal/penal/diferencia-entre-adicion-de-contrato-publico-y-contrato-adicional-para>

Gómez Andrés, Gutiérrez Laura, Muñoz Felipe Morales. (2017). la transgresión al principio de planeación y sus consecuencias.

<https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/16824/LA%20TRASGRESIÓN%20AL%20PRINCIPIO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Amaya, C. (2016). El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado. *Revista Vía Iuris*, 20, pp. 105-119.

Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. 28 de octubre de 1993. Diario Oficial No. 41.094.

Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley [80](#) de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. 16 de julio de 2007. Diario Oficial No. 46.691

Ley 1474 del 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. 12 de julio de 2011. Diario Oficial No. 48.128.

Colombia Compra Eficiente. Respuesta a consulta #4201814000000745. Adiciones contractuales; Etapa contractual; Fraccionamiento del contrato.

<https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/concepto/2018/4201814000000745 -adicion mayor del 50 del valor total del contrato/4201814000000745 -adicion mayor del 50 del valor total del contrato-original.pdf>.

Contratación en línea.co. (2021). Prórroga del contrato estatal.

<http://www.contratacionenlinea.co/index.php?section=302&module=navigationmodule>.

Enciclopedia Jurídica. Derecho. Diccionario jurídico de derecho. Recuperado 02 de abril 2021.

<http://www.encyclopedia-juridica.com/d/objeto-del-contrato/objeto-del-contrato.htm#:~:text=El%20objeto%20contractual%20ha%20de,nuevo%20acuerdo%20entre%20las%20partes>

Gerencie.com.(04 de agosto 2016) Derecho Administrativo. Contratación Estatal. ¿Se pueden hacer adiciones en tiempo y dinero en los contratos Estatales?.

<https://www.gerencie.com/se-pueden-hacer-adiciones-en-tiempo-y-dinero-en-los-contratos-estatales.html>.

ANDI. (2013). Dirección internacional. Guía de Inversión. Contratación con el Estado. Contratación Estatal. Tipos de Contrato. Recuperado 12 enero 2021.

García Alejandro (2018). Asociaciones publico privadas como una herramienta de provisión y gestión para la infraestructura productiva y social en Colombia. Universidad EAFIT. https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/13298/JoseAlejandro_GarciaVillafane_Eduardo_PerezArango_2018.pdf;jsessionid=7F36BF92F03A865555129D5E9DC60FA4?sequence=2.