MEMORANDO

MINDEPORTE 12-03-2021 07:23
Al Contestar Cite Este No.: 2021IE0001342 Fol:4 Anex:0 FA:0
ORIGEN 120-OFICINA JURÍDICA / LILIA VIVIANA FORERO ALVAREZ
DESTINO 310-DIRECCIÓN DE POSICIONAMIENTO Y LIDERAZGO DEPORTIVO / MIGUEL ERNESTO ACEVEDO RICO
ASUNTO CONCEPTO SOBRE LA PROCEDENCIA DE LAS FIGURAS DE "PRORROGA" Y
OBS
2021IE0001342

Código Dependencia

Para: Miguel Ernesto Acevedo Rico

Cargo: Director Técnico de Posicionamiento y Liderazgo Deportivo

De: 120-DESPACHO DEL MINISTRO/OFICINA JURÍDICA

Asunto: Concepto sobre la procedencia de las figuras de "prorroga" y "adiciones" en materia contractual

Respetado Miguel,

La Oficina Asesora Jurídica se permite dar respuesta a solicitud de la referencia de acuerdo con las funciones establecidas en el Artículo 9 numeral 8 del Decreto 1670 de 2019:

> *"Artículo 9. Funciones de la Oficina Asesora Jurídica. Son funciones de la Oficina Asesora Jurídica, las siguientes:*
>
> *8. Atender y resolver las consultas y peticiones de carácter jurídico elevadas a la entidad sobre asuntos de competencia del Ministerio."*

Lo anterior respecto a la procedencia Jurídica de las figuras contractuales de prorroga y adición, a partir del fundamento jurídico y doctrinal pertinente.

I. MARCO NORMATIVO, DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL.

1. Constitución Política Nacional.

2. Ley 80 de 1993. "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"

3. 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."

4. Ley 57 de 1887. Código Civil.

5. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 13 de agosto de 2009, rad. 1.952. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

6. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 19 de mayo de 2010, radicado 11001-03-06-000-2010-00005-00 (1984). C.P. William Zambrano Cetina.

7. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 24 de agosto de 2005, rad. 11001-03-28-000-2003-00041-01(3171) A, C.P. Darío Quiñones Pinilla.

8. Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de 26 de noviembre de 2009, Radicado 52001-23-31-000-2002-01023-02-0506-08. C.P. Gustavo Gómez Aranguren.

9. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de 26 de julio de 2012, radicado 13001-23-31-000-1998-00343-01(23605). C.P. Danilo Rojas Betancourth.

10. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 29 de mayo de 2013, radicado 25000-23-26-000-2001-02337-01(27875). C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

11. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de 06 de julio de 2020, radicado 2164249-05001-23-31-000-2002-03200-01 (46071). C.P. Ramiro Pazos.

12. Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

13. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 08 de noviembre de 2017, radicado SP18532-2017 (43.263). M.P. Eugenio Fernández Carlier.

14. Colombia Compra Eficiente. (Síntesis). Diferencia entre adición de contrato, prórroga de contrato y contrato adicional.

II. CONSIDERACIONES.

De la consulta formulada se pueden abstraer los siguientes interrogantes:

1. ***¿Cuándo es procedente la aplicación de prorrogas o adiciones en un contrato o convenio estatal?***

En principio, debe aclararse que *"el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no hace distinción entre los conceptos de adición y prórroga, por tanto, debe entenderse en el mismo sentido"* . Sin embargo, en la practica suele aludirse a la expresión "prorroga", cuando el elemento que se modifica -o "adiciona"- del contrato estatal es el plazo.

La modificación del contrato estatal puede darse cuando sea necesaria para garantizar los fines del Estado que se pretenden lograr con la ejecución del mismo. Su aplicación puede ser el resultado de un mutuo acuerdo de los contratantes o por decisión unilateral de la entidad estatal, siempre y cuando no se base en la mera voluntad de los contratantes, sino que se sustente en *"[…]una causa real y cierta autorizada en la ley, sustentada y probada, y acorde con los fines estatales a los que sirve la contratación estatal"*, pues no debe perderse de vista que la modificación del contrato es excepcional a los principios de planeación y seguridad jurídica. En cualquiera de estos supuestos, la modificación debe constar por escrito, toda vez

que el contrato estatal está sometido a esta formalidad.

Tales causas pueden ser:

1. Evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos y asegurar su inmediata, continua y adecuada prestación, en contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado , así como en los contratos de obra. (Art. 14, 16. Ley 80 de 1993)

2. Mantener las condiciones técnicas, económicas y financieras durante el desarrollo y ejecución del contrato (artículo 4.8. Ley 80 de 1993)

3. Evitar que sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones del contratista, por causa imputable a la administración (artículo 4.9. Ley 80 de 1993)

4. Acordar los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar las diferencias o situaciones litigiosas (artículo 4.9. Ley 80 de 1993);

De cualquier manera, *"la modificación del contrato no puede ser de tal entidad que altere su esencia y lo convierta en otro tipo de negocio jurídico, puesto que ya no estaríamos en el escenario de la modificación sino ante la celebración de un nuevo contrato"*. De conformidad con el artículo 1501 del Código Civil, *"Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente"*.

En este evento, más que una modificación, adición o prorroga, podría estarse ante el supuesto de un contrato adicional. Distinción relevante en tanto que, de encubrirse un contrato adicional bajo la apariencia de una adición contractual, configuraría el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales , como lo ha definido la Corte Suprema de Justicia, con apoyo en la jurisprudencia contencioso-administrativa:

La ***adición del contrato*** representa una verdadera ampliación del objeto contractual. Ocurre cuando al alcance físico del contrato se agrega algo nuevo sin variar su esencia, y la ampliación se produce debido a la deficiente estimación de las cantidades de obra requeridas para la ejecución del objeto contractual.

Su diferencia con el ***contrato adicional*** se fundamenta en el principio de autonomía o independencia de cara al contrato principal, ya que mientras las modificaciones simples o de forma son meras adiciones accesorias de éste, el contrato adicional encierra una modificación de fondo, es decir, un cambio sustancial del objeto convenido.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta pertinente hacer algunas aclaraciones frente a los elementos que comúnmente motivan la modificación del contrato estatal, como son el objeto, el precio y el plazo.

a. Objeto.

La modificación del objeto contractual no es posible, pues se trata de un elemento de la esencia del contrato. Sí se puede, en cambio, complementar el objeto adicionando actividades que, de acuerdo con el tipo de contrato y sus cláusulas originales, sean necesarias para su correcta ejecución. Debe evaluarse, y

justificarse adecuadamente, en el caso concreto, que la adición del objeto contractual corresponde a una complementación y no a una modificación en sí de tal objeto.

Así lo explica la Corte Constitucional, luego de revisar ampliamente las posturas del Consejo de Estado al respecto:

[…]la reforma del objeto del contrato, en tanto elemento de su esencia, debe tener lugar en un nuevo contrato; permitir lo contrario conllevaría autorizar su sustitución sin el cumplimiento de las formalidades propias del contrato estatal y en perjuicio de los principios que persiguen tales reglas. Esto no significa que el objeto no pueda ser complementado, siempre y cuando se trate de la adición de actividades necesarias para su adecuada realización.

b. Precio.

Como cualquier modificación, la adición sobre el precio del contrato debe ser debidamente sustentada y probada. En todo caso, no podrá superarse el *"cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales."*

c. Plazo.

No siendo un elemento esencial del contrato, como tampoco lo es el precio, el plazo del contrato puede ser modificado, cuando se encuentren razones válidas que lo justifiquen . No existe, como en el caso del precio, un límite legal a las prórrogas del plazo contractual, pero estas deben ser justificadas razonablemente, teniendo en consideración, entre otras, que la prorroga no da lugar a sobrepasar el límite del 50% del valor adicional del contrato. Al mismo tiempo, el principio de equilibrio económico del contrato no permitiría que su prorroga se dé cuando ella implique sobrecostos para el contratista, que no pueden ser cubiertos por haberse llegado al todo de adiciones sobre el precio. De cualquier manera, se destaca que no toda modificación del contrato, incluyendo aquellas sobre el plazo -prorroga-, implica una adición al precio.

No pueden pactarse cláusulas de prórroga automática porque *"una estipulación contractual [de este tipo sería] violatoria del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, en tanto el estatuto de contratación estatal dispuso que el contrato estatal debe celebrarse por escrito, -regla que necesariamente debe conservarse respecto de la modificación del contrato- ante lo cual las partes no podían acordar una cláusula de prórroga del contrato en la cual se eliminaba la formalidad legal del escrito"*, sin olvidar que estas adiciones están limitadas hasta el 50% del valor inicial del contrato.

No esta demás advertir que si el plazo del contrato ha vencido no se podría pactar su prorroga, pues ya se habría configurado una causal de terminación del contrato .

2. ¿Es jurídicamente posible la aplicación de prorrogas y adiciones en un mismo contrato o convenio?

Es posible porque la ley no hace distinción entre los conceptos de adición y prórroga, al punto que se tratan como sinónimos. Aunque, como se explicó, la prorroga no es más que una modificación al contrato en cuanto al plazo se refiere, mientras que la adición versa sobre elementos distintos al plazo.

Siempre que se cumplan con los requisitos de excepcionalidad y la carga argumentativa para pactar o decretar la modificación del contrato, esta puede versar sobre adición o prorroga, es decir, sobre el plazo del contrato o sobre otros elementos.

3. ¿Es jurídicamente posible la aplicación simultánea de prorrogas y adiciones en un mismo contrato o convenio?

La ley no impide que una modificación contractual se dé sobre varios elementos del contrato al mismo tiempo, siempre y cuando se trate de una situación excepcional debidamente fundada, tal como se explicó con anterioridad.

En los anteriores términos, se atiende lo planteado, no sin antes manifestarle que conforme a lo establecido artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, el artículo 230 de la Constitución Política, el artículo 26 del Código Civil y la Ley 153 de 1887, los conceptos son criterios auxiliares de interpretación

Atentamente,

Lilia Viviana Forero Alvarez
Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)

Elaboró: Laura C. Bohórquez - Contratista

Revisó: Diana Fernanda Candia Angel / 12-03-2021 07:21