Nº Radicado 0121002999002*I* MDN-COGFM-JEMCO-SEMAI-DIADF-ARCON – 17-5

Bogotá D.C., 23 de marzo de 2021

Señora Coronel
VERÓNICA PEDRAZA MARTÍNEZ
Directora Administrativa y Financiera COGFM
Comando General de las Fuerzas Militares
Avenida el Dorado CAN Carrera 54 No 26-25
Bogotá D.C

Asunto: Concepto Jurídico Viabilidad modificación No. 01 contrato N° 014-2021.

Respetuosamente, en calidad de Abogada del Área de Contratación del COGFM, me dirijo a Usted a fin de presentar concepto jurídico que analiza la viabilidad de modificar el Contrato No. 014-2021, conforme las siguientes consideraciones:

ANTECEDENTES

1. Que el día 29 de enero de 2021, la Dirección Administrativa y Financiera del Comando General y el señor ANDERSON FORERO LOPEZ, identificado con la cedula de ciudadanía No. 1.070.011.049 expedida en Cajicá, suscribieron el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No. 014, cuyo objeto es: "EL CONTRATISTA se obliga para con el MINISTERIO DE DEFENSA-COMANDO GENERAL-DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA, dentro del plazo de ejecución, a prestar servicios profesionales como Abogado para apoyar al Área de Contratación del Comando General en la etapa precontractual, contractual y post contractual en el desarrollo de los procesos y procedimientos administrativos de los contratos que se celebren o desarrollen a cargo de la Dirección Administrativa y Financiera del COGFM."

2. Que el valor total del presente contrato asciende a la suma de TREINTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS ($38.500.000.oo) M/CTE.

3. Que el plazo de ejecución del contrato es desde el 01 de febrero de 2021 hasta el 31 de diciembre de 2021.

4. Que, dentro de la etapa de ejecución contractual, mediante oficio No. 0121002996502 / MDN-COGFM-JEMCO-SEMAI-DIADF-ARCON-17-5, el señor Mayor LUIS CARLOS ARDILA SUAREZ, en calidad de supervisor designado del contrato, solicitó a la Dirección Administrativa y Financiera del COGFM modificar el contrato en los siguientes términos:

"(...) Con toda atención me permito solicitar a la señora Coronel Directora Administrativa y Financiera del Comando General de las Fuerzas Militares, autorice a quien corresponda la modificación del contrato de prestación de servicios profesionales No. 014 de fecha 29 de enero de 2021, celebrado con el señor ANDERSON FORERO LOPEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.070.011.049 de Cajicá, cuyo objeto es: "(…) prestar servicios profesionales como Abogado para apoyar al Área de Contratación del Comando General en la etapa precontractual, contractual y post contractual en el desarrollo de los procesos y procedimientos administrativos de los contratos que se celebren o desarrollen a cargo de la Dirección Administrativa y Financiera del COGFM. (…)", con el propósito de adicionar en la CLÁUSULA SEGUNDA OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA, OBLIGACIONES ESPECÍFICAS, las siguientes:

- *Revisar actas de liquidación de los contratos y órdenes de compra celebrados por la Dirección Administrativa y Financiera.*

De otra parte, se solicita se adicione el valor total del contrato por la suma de ocho millones cien mil pesos ($ 8.100.000,00) M/CTE.

Lo anterior, teniendo en cuenta que durante la ejecución del contrato en mención, se evidenció la necesidad de incluir dentro de las obligaciones contractuales específicas, unas actividades correspondientes a la etapa post-contractual respecto a la liquidación de los contratos, lo cual representa una gran cantidad y requiere de personal idóneo para que lleve a cabo esta actividad.

Finalmente, se informa que se cuenta con la autorización del señor General Jefe de Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Militares conforme al oficio radicado No. 0121002747002/MDN-COGFM-JEMCO-SEMAI-DIADF-ARCON-38-10 de fecha 16 de marzo de 2021."

5. Que se llevó a cabo la respectiva adición del Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 5921 de fecha 22 de enero de 2021, quedando por un valor total de CUARENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS ($ 46.600.000,00) M/CTE.

6. Que la modificación del presente contrato fue debidamente autorizada por el señor General Jefe de Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Militares en atención a la solicitud del oficio radicado No. 0121002747002/MDN-COGFM-JEMCO-SEMAI-DIADF-ARCON-38-10 y de acuerdo con las políticas de operación, literal "a" de la Guía para Contratación de Prestadores de Servicios, toda vez que los procesos contractuales que se adelantan en el Área de Contratación revisten una gran importancia estratégica para el cumplimiento de la misión, metas y objetivos planteados por la Entidad durante la vigencia, así como para la normal ejecución del presupuesto asignado a través de la adquisición de bienes y servicios, por lo que sin ellos se vería afectado el normal y correcto funcionamiento de la misma.

Atendiendo a la necesidad presentada y a los documentos soporte de la solicitud me permito realizar el análisis normativo y jurisprudencial relacionado a la adición y modificación al contrato de prestación de servicios profesionales en mención.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL[1]

Cumpliendo los lineamientos del artículo 40 del Estatuto General de Contratación, se infiere la posibilidad de adicionar o reformar, de común acuerdo, los contratos primitivos en cuanto a trabajos (agregación o extra, supresión o disminución), al plazo (tiempo) y al precio (valor).

Las reformas pueden hacerse mediante *"contrato adicional",* o mediante un *"otrosí"* que será parte integrante del contrato principal, porque aquél no es contrato autónomo sino accesorio.

En el presente caso se hace indispensable la modificación parcial del contrato, en el sentido de modificar las obligaciones específicas y adicionar el contrato de prestación de servicios profesionales; toda vez, que la necesidad que se pretendía satisfacer con la celebración del contrato de prestación de servicios profesionales No 014 del 2021, persiste y es indispensable para el normal y eficiente desempeño de la dependencia, ya que de no ser así se causarían perjuicios a la gestión administrativa, por cuanto el

[1] Sentencia c-300 de 2012

Comando General de las Fueras Militares no cuenta con personal de planta suficiente, idóneo y experimentado en la materia objeto del contrato objeto de estudio, para cumplir con las actividades que desarrolla el profesional contratado. Por lo tanto, la necesidad manifiesta solo puede ser superada a través de la cláusula excepcional de modificación. De esta forma analizaremos la viabilidad de modificar el contrato referido y puesto a consideración en la solicitud de modificación allegada por el supervisor del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales.

Así las cosas, se podrían decir que por regla general, los Contratos Estatales pueden ser modificados cuando sea necesario lograr los fines del Estado y suplir las necesidades que se presentan en su normal actividad, circunstancias a las que responde la contratación estatal.

Así lo prevén los artículos 14 y 16 de la ley 80 de 1993, los cuales facultan a la entidad contratante 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 2003, la Corte Constitucional señaló que la modificación de los contratos puede ser un instrumento útil para lograr los fines propios de la contratación estatal. 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."*

En el caso colombiano, la modificación puede ser fruto de un acuerdo de voluntades o de una decisión unilateral de la entidad contratante en ejercicio de su función de dirección del contrato. En este sentido y en relación con la interpretación del artículo 16 de la ley 80, la Sala de Consulta aseveró:

> *"Un comentario inicial de este artículo consiste en distinguir entre las situaciones que permiten la modificación del contrato y los procedimientos para hacerlo. Las situaciones son la paralización y la afectación grave del servicio público, y los procedimientos son dos: el común acuerdo, y el acto unilateral si no se obtiene aquel. No existe una reglamentación en la ley para buscar el acuerdo, de manera que las partes pueden convenirlo, bien sea en una cláusula del contrato o cada vez que fuere necesario. Cabe anotar que, a pesar de su claridad, esta norma generalmente se interpreta y comenta bajo la exclusiva óptica de una potestad excepcional y por lo mismo unilateral, dejando de lado los necesarios análisis de la posibilidad de convenir modificaciones" (negrilla fuera del texto).*

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

"La ley permite una cierta discrecionalidad en la toma de las decisiones de modificar los contratos, pues es muy difícil regular detalladamente el tema, en especial ante la infinidad de situaciones que pueden presentarse durante la ejecución. Por esto utiliza locuciones relativamente amplias, a las que debe someterse la administración. A manera de ejemplo, se citan las siguientes tomadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: mantener las condiciones técnicas, económicas y financieras, (artículo 4.8), no sobrevenga mayor onerosidad, (artículo 4.9), acordarán los mecanismos y

procedimientos pertinentes para precaver o solucionar … diferencias, (ibídem), evitar la paralización y la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, (artículo 14); etc. Nótese que, sin embargo, en ellas van inmersas las ideas de una causa cierta y unos fines públicos que hay que salvaguardar".

ADICIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

Con todo, la posición del Consejo de Estado, en vigencia de la Ley 80 de 1993, ha sido la de que cualquier modificación del objeto del contrato implica la celebración de un nuevo contrato, no de uno adicional, que 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 al alcance físico inicial del contrato, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual y no cuando simplemente se realiza un ajuste del valor del contrato.

Debe advertirse, en relación con la figura de la adición del contrato, que dicha reforma, en cuanto altera las condiciones originales del mismo, exige el acuerdo de las partes sobre todos aquellos aspectos que resulten afectados por dicha modificación.

De lo expuesto se colige entonces, que la "adición de contratos" es una verdadera modificación, sin que sea afectado el objeto del mismo. Facultad que gozan las partes dentro del plazo de ejecución.

Para mayor comprensión del presente análisis, transcribo apartes del fallo del CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, CONSEJERA PONENTE: SUSANA MONTES DE ECHEVERRI, BOGOTÁ D. C., JULIO DIEZ Y OCHO (18) DE DOS MIL DOS (2002), RADICACIÓN NÚMERO: 1439, que dice:

"… De conformidad con la ley 80 de 1.993, art. 40, parágrafo, inciso 2, es posible adicionar los contratos hasta en el 50% más del valor del contrato inicial. Dispone la norma: "Parágrafo. (...). Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.". Es clara la norma al prohibir la "adición" de un contrato en más del 50% de su valor histórico actualizado. (…)

Así las cosas, se puede determinar que según el "Artículo 40º de la Ley 80 de 1993. 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. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración.

PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL.

El principio de planeación es un pilar fundamental para la Contratación Publica en Colombia, ya que resulta un deber y carga para las entidades públicas y en virtud del cual resulta indispensable una elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado como expresiones del mencionado principio lo siguiente:

> *"(…) antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos de que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar"[2].*

Igualmente, este principio ha sido desarrollado de manera explícita en la cartilla de la Procuraduría General de la Nación para los estudios previos, donde se puede leer:

> *"(…) La planeación es entendida como la organización lógica y coherente de las metas y los recursos para desarrollar un proyecto, siendo por tanto el pilar de la contratación estatal.*
>
> *El proceso de contratación definido por el Decreto 1082 de 2015, es el conjunto de actos y actividades, y su secuencia, adelantada por la Entidad Estatal desde la planeación hasta el vencimiento final.*
>
> *Tenemos entonces que el principio de planeación se desarrolla en la etapa precontractual, entendida como la que antecede cualquier contratación y determina en buena medida, el éxito o el fracaso de los procesos de selección o de los contratos que se suscriban.*
>
> *El principio de planeación implica entonces que la gestión contractual del Estado debe estar precedida por el desarrollo de los estudios, análisis, diseños y demás gestiones que permitan definir con certeza las condiciones del contrato a celebrar y del proceso de selección pertinente, con el fin de que la necesidad que motiva la contratación sea satisfecha en el menor plazo, con la mayor calidad y al mejor precio posible.*
>
> *En cumplimiento del principio de planeación las Entidades Estatales elaboran el Plan Anual de Adquisiciones en el cual se señalan las necesidades (bienes, obras o s) y previo a contratar, bajo cualquiera de las modalidades que señala la ley se deben elaborar los estudios previos,[3] el cual contiene todo el análisis, documentos y trámites del proceso contractual y del contrato mismo.*
>
> *Como se observa de lo anterior y de acuerdo con la normatividad que rige la actividad contractual, lo que previo el legislador es que los contratos del Estado sean debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público, evitándose la improvisación. Y no puede ser dicho de otro modo, toda vez que la ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Por tanto, los funcionarios encargados de la planeación contractual deben exigirse una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales. El Consejo de Estado ha dicho:*
>
> *"(…) Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere:*

---

2 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 29 de agosto de 2007, radicación número: 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854), actor: Hernán Duarte Esguerra, demandado: Instituto de Desarrollo Urbano- IDU-, referencia: contractual- apelación sentencia.

[3] Decreto 1082 de 2015, SECCIÓN II ESTRUCTURA Y DOCUMENTOS DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN, SUBSECCIÓN I *Planeación, Artículo 2.2.1.1.2.1.1. Estudios y documentos previos.*

de los artículos 218, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales"[4]."[5](…)"

En virtud del principio de planeación, el proceso de selección fue estructurado conforme a la necesidad presentada en el momento, no obstante, de acuerdo con lo manifestado por el supervisor del contrato fue hasta la ejecución del contrato de prestación de servicios profesionales, que se evidenciaron actividades que requieren ser ejecutadas por el contratista las cuales se enmarcan dentro del objeto del contrato y son importantes para el correcto desarrollo de las tareas a cargo del Área de Contratación del Comando General de las Fuerzas Militares.

CONCEPTO

Atendiendo a la necesidad presentada y analizando la viabilidad de modificar el contrato de prestación de servicios profesionales No. 014 de 2021, en el sentido de adicionar obligaciones específicas al contrato y en ese orden, adicionar al valor del contrato inicial la suma de OCHO MILLONES CIEN MIL PESOS ($ 8.100.000,00) M/CTE, es importante verificar que se cumplan con todos los requisitos esenciales para la modificación, de lo cual según lo expuesto se puede demostrar que: a) No se vulnera el Principio de Planeación Contractual, ya que el contrato se planeó conforme a la necesidad presentada en su momento y al presupuesto autorizado para el mismo, sin embargo durante la ejecución del contrato se evidenció la importancia de realizar actividades adicionales que permiten cumplir satisfactoriamente el objeto contractual, las cuales no podían ser previstas durante la etapa precontractual.

Así las cosas, cuando se ve en riesgo el cumplimiento de objeto contractual, la administración está en la obligación de buscar las soluciones necesarias, en este caso la modificación, para garantizar la satisfacción del mismo; b) Que existen recursos presupuestales, la entidad cuenta con los recursos presupuestales, de acuerdo con la adición al Certificado de disponibilidad presupuestal No. 5921 de fecha 22 de enero de 2021, que anexan a la solicitud de modificación y que soportan la adición solicitada; c) Que no se vulnera el límite establecido por el legislador, ya que el valor solicitado para adicionar el contrato de prestación de servicios profesionales No. 014 de 2021 corresponde a la suma OCHO MILLONES CIEN MIL PESOS ($8.100.000,00) M/CTE y evidentemente, no supera el 50% del valor inicial del contrato que es TREINTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS ($38.500.000.00) M/CTE.

Finalmente, es importante manifestar que encontrándose en ejecución el contrato de Prestación de Servicios Profesionales No. 014 de 2021 existe una necesidad pendiente por satisfacer, la cual se enmarca dentro del objeto contratado, no se vulneran los principios de la actividad contractual, existen recursos presupuestales y el propósito es el cumplimiento de los Objetivos Institucionales y los fines Estatales, razón por el cual se emite concepto favorable para realizar la modificación de las obligaciones específicas del contrato agregando la siguiente: "- Revisar actas de liquidación de los contratos y órdenes de compra celebrados por la Dirección Administrativa y Financiera." y en consecuencia, adicionar el mismo por valor de OCHO MILLONES CIEN MIL PESOS ($ 8.100.000,00) M/CTE.

Atentamente,

[44] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA, SUBSECCION C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá, D.C, quince (15) de febrero de dos mil doce (2012). Radicación número: 85001-23-31-000-2000-00202-01 (19730).

10 Consejo de Estado 14577 de 2003.

[5] https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Cartillaprocuraduriaestudiosprevios.pdf



PS. Ingrid Tatiana Mahecha Montaño
Abogada Área Contratación