

Bogotá D.C., 29/05/2019 Hora 21:23:32s

N° Radicado: 2201913000003698

Señor
Ciudadano
Ciudad

Radicación: Respuesta a consulta # 4201912000002531

Temas: Adición, prórroga, empresa industrial y comercial del Estado, principio de planeación.

Tipo de asunto consultado: Modificaciones de los contratos suscritos por empresas industriales y comerciales del Estado.

Estimado señor,

Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 12 de abril de 2019 en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 del Decreto 4170 de 2011.

■ **PRIMER PROBLEMA PLANTEADO**

“¿Una empresa industrial y comercial del Estado, que tiene régimen de contratación diferente a la Ley 80 de 1993, puede adicionar sus contratos por más de la mitad del valor inicial? ¿las prórrogas operan de la misma manera?”

■ **COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:**

Colombia Compra Eficiente no es competente para pronunciarse sobre la actividad contractual específica e individual de las Entidades Estatales. No obstante, le informamos que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al 50% y que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, se rigen por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a su actividad, por ello, al no estar regidas por el Estatuto General de Contratación Estatal de Contratación Pública no les aplican sus disposiciones, tal como la que establece restricciones para realizar adiciones contractuales.

Así, las adiciones y las prórrogas de los contratos realizados por empresas industriales y comerciales del Estado se realizarán de acuerdo con las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a su actividad, su Manual de Contratación y conforme a los principios de la función administrativa.

■ **LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:**

1. Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al



- 50%, estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia en el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de los principios de la función administrativa.
2. La Ley 1150 de 2007 establece que las Entidades Estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.
 3. En aplicación del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, los contratos no podrán adicionarse en más del 50% de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.
 4. Aunque la normativa civil y comercial no incorpora mayores restricciones para la modificación de los contratos –incluso de su objeto–, las Entidades del Estado tienen algunas restricciones en los Procesos de Contratación regulados por el derecho privado en atención a los objetivos del Sistema de Compra Pública y los principios de la función administrativa.
 5. En desarrollo de los principios de la función administrativa, principalmente igualdad, moralidad e imparcialidad, la Entidad no debe adicionar el contrato, si con esta decisión vulnerará los derechos de los partícipes del Sistema de Compra Pública o cuando con la adición se buscan objetivos diferentes al cumplimiento de los fines estatales. No obstante, la verificación del régimen a aplicar para la adición del contrato es responsabilidad de la Entidad.
 6. Ahora bien, la prórroga del contrato es una figura a través de la cual un contrato se extiende en el tiempo bajo las mismas condiciones pactadas inicialmente en el contrato prorrogado y a través de esta, no pueden modificarse otras condiciones del contrato.
 7. Respecto de las prórrogas, el Consejo de Estado ha precisado que para que proceda la prórroga de un contrato resulta imprescindible que el negocio jurídico sobre el cual recaiga se encuentre aún vigente, toda vez que es fáctica y jurídicamente imposible revivir, por vía de un acuerdo, aquello que ya ha terminado.
 8. Adicionalmente, toda adición o prórroga a los contratos estatales debe constar por escrito y para que proceda la adición o prórroga del contrato que implique valores o tiempo adicional debe existir la disponibilidad presupuestal correspondiente siempre y cuando esa prórroga represente un gasto en dinero a la Entidad Estatal, es decir, que exista una contraprestación equivalente en dinero a favor del contratista; y también debe respetarse el principio de anualidad realizando los trámites correspondientes en caso de que con la prórroga se requiera superar la vigencia fiscal, por no resultar ejecutable el contrato en ese



lapso.

■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Ley 80 de 1993, artículo 40.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado 27.926 Sentencia del 29 de mayo de 2013. C.P Mauricio Fajardo Gómez

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicado No 17434 sentencia de 11 de abril de 2012, C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

■ SEGUNDO PROBLEMA PLANTEADO

“¿Suscribir un contrato con un mismo proveedor para el mismo servicio y por diferentes periodos, (ej. 1mer periodo contrato del 6/08/2017 al 5/08/2018; 2do periodo 5/10/2018 al 6/11/2018 y 3er periodo 1/12/2018 al 6/08/2019), afecta el principio de planeación, es viable que se pueda realizar la contratación de esta manera, teniendo en cuenta que es una empresa industrial y comercial del Estado?”

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

Colombia Compra Eficiente no es competente para pronunciarse sobre la actividad contractual específica e individual de las Entidades Estatales, ni para determinar si en un Proceso de Contratación se vulneró o no el principio de planeación. No obstante, le informamos que si bien las empresas industriales y comerciales del Estado que cuentan con un régimen exceptuado del Estatuto General de Contratación Pública no están obligadas a aplicar lo dispuesto en dicha normativa, sí deben cumplir con el principio de planeación para las adquisiciones de bienes, obras o servicios, lo que implica entre otras cosas, identificar sus necesidades, estudiar el respectivo sector y establecer las mejores estrategias de compra que le permitan obtener valor por dinero.

Así mismo, las Entidades Estatales independientemente de su régimen de contratación, deben realizar una adecuada planeación tanto presupuestal como contractual teniendo en cuenta los principios del sistema presupuestal correspondientes a la anualidad, universalidad y unidad de caja.

■ LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. La Ley 1150 de 2007 en su artículo 13 señala que *“las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.”*
2. A su vez, la Ley 489 de 1998 señala que, *“Los actos que expidan las*



empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales.”

3. Respecto del principio de planeación, el Consejo de Estado en el expediente No 8031 se ha pronunciado expresando que *“la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores de derecho contractual del Estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado.”*
4. En este sentido, el Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.1.1.6.1. señala que las todas Entidades Estatales deben hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo.
5. Ahora bien, el Consejo de Estado en el expediente No. 01664 ha establecido que: *“El principio de la anualidad del presupuesto es un punto denominador común entre diferentes ordenamientos jurídicos, en razón del cual la estimación de ingresos y la autorización de gastos debe efectuarse en periodos de un año, de conformidad con el artículo 346 Superior. [...] [P]or regla general, las autoridades públicas no podrán adquirir, luego del 31 de diciembre de cada año, compromisos que afecten las apropiaciones presupuestales de la anualidad que se cierra; de igual forma, ello significa que, en principio, los organismos del Estado deberán abstenerse de comprometer vigencias presupuestales futuras, toda vez que los ingresos y gastos deberán ejecutarse en el año que corresponda. Ahora bien, el principio de anualidad -su alcance- se atenúa luego de que se lo relaciona con aquel de la planeación, pues éste exige el desarrollo de actividades que, en la mayoría de casos, superan el periodo de un año. La conjunción de esos referentes normativos ha implicado la aparición de las vigencias futuras, que permiten afectar presupuestos venideros a fin de materializar proyectos que no resultan ejecutables en ese lapso.”*

■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Ley 1150 de 2007, artículo 13

Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.1.6.1.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 31683 de 16 de julio de 2015. C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera

Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 8031 de 05 de junio de 2008. C.P: Mauricio Fajardo Gómez.





Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 01664 de mayo 31 de 2018. C.P: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,

Andrés Ricardo Mancipe González
Subdirector (E) de Gestión Contractual

Proyectó: Sergio Mateo Avila.
Revisó: María Catalina Salinas R./ Ximena Ríos



Tel. (+57 1)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co