



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Edgar González López

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación interna: 2263

Número Único: 11001-03-06-000-2015-00128-00

Referencia: Contratos de Incentivo Forestal celebrados antes de la vigencia de la Ley 1731 de 2014.

El señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural consulta a la Sala sobre las acciones que debe tomar la cartera que dirige, en caso de modificaciones en la ejecución de los contratos de incentivo forestal contemplados en la Ley 139 de 1994, derivadas de imprevistos ecológicos y ambientales, tales como “(...) *cambios respecto a la cantidad de hectáreas establecidas por especie, incluyendo otras especies o reemplazando unas por otras permitidas por las disposiciones legales, conservando el área total del proyecto y las externalidades positivas de la reforestación (...)*”, no consagrados al momento de la presentación del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal - PEMF -, pero sin que ello implique alteración en la cuantía del mismo.

I. ANTECEDENTES

En la solicitud de consulta el Ministerio señaló:

Mediante la Ley 139 de 1994, se creó el Certificado de Incentivo Forestal - CIF, para, como su nombre lo indica, incentivar la reforestación y aprovechar los beneficios ambientales y sociales que ella genera. En términos del artículo 1º de la citada normativa, su finalidad es promover la realización de inversiones directas en nuevas plantaciones forestales de carácter protector-productor, en terrenos de aptitud forestal.

Se trata entonces de un documento otorgado para el manejo y administración de los recursos naturales renovables y del medio ambiente, a través del cual, la persona beneficiaria tiene derecho a obtener por una sola vez y en las fechas, términos y condiciones determinadas, una suma de dinero autorizada para el efecto por FINAGRO, en contraprestación a su contribución con el plan nacional

de reforestación y a la vez a la generación de empleo y desarrollo de las áreas rurales del país.

Se anota que, antes de la vigencia de la Ley 1731 de 2014¹, los contratos de Certificado de Incentivo Forestal – CIF se realizaban con fundamento en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y en particular en la Ley 139 de 1994².

En cumplimiento del referido marco normativo, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural celebró, entre los años 2006 y 2012, varios contratos de Certificado de Incentivo Forestal - CIF, con vigencias entre 5 y 7 años.

Según los supuestos de hecho contenidos en la consulta, durante la ejecución de varios de estos contratos, por razones de tipo técnico, como por ejemplo, la no adaptación de las especies, el bajo porcentaje de germinación o las heladas - eventos que podrían considerarse imprevisibles al momento de celebrar el contrato-, se realizaron cambios: i) respecto de la cantidad de hectáreas establecidas por especie, ii) en otros casos remplazaron una especie por otra y iii) en otros redistribuyeron el número de hectáreas de una especie pero conservaron el área total del proyecto.

Dichos cambios se realizaron como respuesta a las situaciones de hecho de la plantación sin que mediara previo aviso al Ministerio y por consiguiente, sin que previamente se modificara el PEMF y/o el contrato estatal, razón por la cual se ordenó la suspensión de los respectivos pagos.

Frente a estos hechos, la Oficina Asesora Jurídica y el Área Misional Técnica - Dirección de Cadenas Agrícolas y Forestales del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, plantean posiciones divergentes relacionadas con la ejecución sustancial de los objetos contractuales.

De una parte, el Área Jurídica considera que se estaría incurriendo en un incumplimiento contractual, dado que el contratista realizó cambios en el objeto del contrato de manera unilateral. Afirma que aunque reconoce que en la ejecución de cualquier contrato existen situaciones imprevisibles e irresistibles, exógenas a las partes, que conducen a modificar las obligaciones contractuales, estas se enmarcan dentro de lo que la jurisprudencia y la doctrina denomina como la teoría

¹ *"Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de financiamiento para la reactivación del sector agropecuario, pesquero, acuícola, forestal y agroindustrial, y se dictan otras disposiciones relacionadas con el fortalecimiento de la Corporación Colombiana de Investigación Agropecuaria (Corpoica)".*

² La Ley 139 de 1994 fue reglamentada inicialmente por el Decreto 1824 de 1994, el cual fue sustituido por el Decreto 1071 de 2015.

de la imprevisión y el fenómeno del equilibrio económico del contrato, aspecto que no fue muy claro en los contratos a los que hace referencia.

Agrega que los contratistas no dieron previo aviso al Ministerio de las situaciones que se estaban presentando en las plantaciones y que en este sentido no se aplicó el principio de la buena fe, que exige a la Administración Pública y a los particulares, determinados comportamientos sustentados en el valor ético de la confianza, tendientes a actuaciones leales, justas y de permanente colaboración en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de las obligaciones.

No obstante lo anterior, a pesar del texto literal del clausulado, la Dirección de Cadenas Agrícolas y Forestales de la misma cartera ministerial, considera desde el punto de vista finalista y sustantivo que los cambios realizados en los objetos contractuales pueden generar las mismas externalidades positivas que se pretenden obtener por medio de la Ley 139 de 1994, lo cual en últimas, no afectaría el resultado esperado de la ejecución de los contratos, esto es, la externalidad positiva de la reforestación. Lo anterior, sin perjuicio de las particularidades de cada contrato.

Añade que este tipo de situaciones deberían ser objeto de solución, como incidentes propios que el Ministerio podría valorar en cada caso concreto, de acuerdo a la visita de seguimiento, según se afecte o no materialmente el contrato o el resultado del mismo. En estas circunstancias, estima que no se afecta su cuantía y el efecto positivo de la externalidad de la reforestación.

De acuerdo con lo expuesto, sería necesario determinar cuáles acciones debería realizar el Ministerio cuando las modificaciones en la ejecución, derivadas de los imprevistos ecológicos y ambientales, no produzcan daño al ecosistema o incluso, generen beneficios no previstos en los Planes de Establecimiento y Mantenimiento Forestal. Para esa Dirección, ciertas modificaciones podrían estar desprovistas de antijuridicidad y por tanto merecerían un tratamiento ajustado a los propósitos medioambientales de los contratos.

La consulta informa que el clausulado de los contratos no contiene una obligación específica que establezca el deber de informar eventos como estos en un plazo determinado, aunque sí prevé las obligaciones de información en los casos de pérdida de la plantación, y en concordancia con las normas aplicables, de cumplimiento estricto del PEMF. Agrega que algunos contratos determinan la obligación de no realizar modificaciones al PEMF, sin la previa autorización del Ministerio, en particular si altera “el área o especie a plantar”.

El Ministerio señala que se trata de más de 30 contratos y que el manejo de la situación puede involucrar a la entidad en un número similar de controversias contractuales.

Finalmente reitera, que en la actualidad el artículo 19 de la Ley 1731 de 2014 eliminó la celebración del contrato para el otorgamiento del incentivo forestal y lo sustituyó por la expedición de un acto administrativo:

“Artículo 19. Otorgamiento del Certificado de Incentivo Forestal. Para facilitar la administración financiera del Certificado de Incentivo Forestal entiéndase todos los efectos que las alusiones a la celebración de un contrato para el otorgamiento del Certificado de Incentivo Forestal (CIF), de que trata la Ley 139 de 1994, se referirán a un acto administrativo expedido por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, o la entidad que este delegue.”

En consecuencia, el señor Ministro formuló las siguientes

PREGUNTAS:

1. *“¿Cuando por razones imprevisibles al momento de la presentación del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal – PEMF y de la suscripción de un contrato de Certificado de Incentivo Forestal (tales como lo no adaptación de la especie pactadas literalmente en el contrato, bajo porcentaje de su germinación o de eventos de heladas), en la ejecución del contrato hayan sido realizados cambios respecto a la cantidad de hectáreas establecidas por especie, incluyendo otras especies o reemplazando unas por otras permitidas por las disposiciones legales, conservando el área total del proyecto y las externalidades positivas de la reforestación, sin alteración de la cuantía del contrato, ¿tal situación puede ser admisible para el Ministerio si no hubo previa información a este y modificación del PEMF y/o contrato?*
2. *En caso de no ser admisible, ¿debe iniciarse el procedimiento administrativo o judicial para la declaratoria de incumplimiento?*
3. *¿Las anteriores respuestas aplican tanto para el caso en que el número de hectáreas por especie se determinó en la cláusula de objeto contractual, como en aquellos en los cuales el objeto contractual solo define un área total del proyecto, pero en las cláusulas de obligaciones del contratista se discriminan las cuantías*

por especie?”

II. CONSIDERACIONES

1. Problemas jurídicos planteados

De acuerdo con los antecedentes y preguntas formuladas en la consulta, la Sala observa que los problemas jurídicos planteados por el organismo consultante, son los siguientes:

En primer lugar se debe determinar si, para la entidad pública contratante, pueden resultar admisibles los cambios realizados por los contratistas en los contratos mediante los cuales se formalizaba el otorgamiento del Certificado de Incentivo Forestal (CIF), que debían ejecutarse con estricta sujeción al PEMF, teniendo en cuenta que obedecieron a situaciones de hecho, y que conservan las mismas externalidades positivas inicialmente pactadas y previstas en la Ley 139 de 1994. Lo anterior, sin perjuicio de las particularidades de cada caso, como lo señala la entidad estatal.

En segundo lugar, se solicita aclarar si existe un incumplimiento contractual y, por ende, la necesidad de iniciar el correspondiente procedimiento administrativo o judicial.

En tercer lugar, se debe definir si la respuesta a estos problemas jurídicos son igualmente aplicables para el caso en que el número de hectáreas por especie se estipuló en la cláusula de objeto contractual, o cuando el objeto contractual solo definió un área total del proyecto, pero en las cláusulas de obligaciones del contratista se discriminan las cuantías por especie.

Con el fin de responder a los problemas jurídicos planteados en la consulta, esta Sala encuentra pertinente, revisar:

- Las normas relacionadas con el Certificado de Incentivo Forestal (CIF), en especial, la Ley 139 de 1994 y el Plan de Establecimiento y Manejo Forestal (PEMF).
- El régimen jurídico del contrato estatal consagrado por las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, y en el Decreto 1824 de 1994 vigente al momento en que se suscribieron los respectivos contratos.
- El caso concreto.

Desde el inicio, la Sala desea precisar que en la consulta se involucran dos momentos y situaciones jurídicas distintas: una, la relacionada con las circunstancias de ejecución del contrato que, al parecer, obligaban o hacían mas conveniente para el fin buscado una modificación con sujeción a la ley, de lo inicialmente convenido y otra, la forma en que se realizaron los cambios al contrato, por decisiones unilaterales del contratista, aun cuando el resultado en algunos casos pudo lograr la externalidad positiva a que alude el área técnica del Ministerio.

Se precisa que el concepto emitido se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en el contenido de la consulta.

2. El Certificado de Incentivo Forestal (CIF) y el Plan de Establecimiento y Manejo Forestal (PEMF)

2.1. Objeto y finalidad del Certificado de Incentivo Forestal (CIF)

De acuerdo con los antecedentes legislativos de la Ley 139 de 1994, el Certificado de Incentivo Forestal surge para ser otorgado a las personas naturales o jurídicas que realicen inversiones en nuevas plantaciones forestales en terrenos con esta aptitud de uso. Se trata de un instrumento a través del cual se otorga una bonificación correspondiente a las externalidades positivas generadas por la actividad forestal. En la exposición de motivos se dijo expresamente³:

"Dadas las externalidades positivas de la reforestación con beneficios ambientales y sociales apropiables por el conjunto de la población, el Gobierno Nacional considera conveniente el establecimiento de un incentivo transparente y directo a quienes implementen inversiones directas en nuevas plantaciones forestales.

El Certificado de Incentivo Forestal CIF es un aporte en dinero que cubre parte de los costos en siembra y manejo durante el periodo improductivo de la actividad. Los beneficiarios del sistema integral de descuentos y deducciones tributarias no tendrán acceso al incentivo para la misma área plantada.

El esfuerzo real se concentrará en la ampliación de la cobertura de beneficiarios efectivos del incentivo directo para plantaciones con especies exóticas, y en el reconocimiento de un incentivo superior para plantaciones de especies nativas que tengan mayor capacidad de protección y se destinen a la producción de maderas duras, que puedan sustituir en el largo plazo la oferta de los bosques naturales.

³ Cfr. Exposición de Motivos. Ley 139 de 1994. Gaceta del Congreso No. 66 del 15 de septiembre de 1992. Págs. 1 – 4.

Las características esenciales del Certificado de Incentivo Forestal propuesto son las siguientes:

- a) *Transparencia en la identificación del beneficiario. El incentivo será otorgado a las personas naturales o jurídicas que realicen inversiones directas en nuevas plantaciones con especies forestales en terrenos de potencial preferentemente forestal. La subvención debe reservarse a esta clase de suelos porque las externalidades de la reforestación se darán principalmente allí, mientras que en otros suelos su reforestación podría implicar la subutilización de recursos escasos.*
- b) *Claramente verificable. Con el propósito de garantizar la correcta utilización del incentivo y la perdurabilidad del recurso creado, todo beneficiario el incentivo deberá presentar un Plan de Establecimiento Forestal, PEMF. El Plan contempla aspectos técnicos tales como la siembra de especies apropiadas para el área, el empleo de prácticas adecuadas para el desarrollo y aprovechamiento de las plantaciones y la protección de suelos, y las actividades de resiembra del área beneficiaria del CIF luego de la corta final.*
- c) *Simplicidad en su administración y tramitación.*
- d) *Facilidad y control. El CIF no puede estar asociado al diseño de controles adicionales para la verificación de la destinación del incentivo.*
- e) *Justificable desde el punto de vista económico y atractivo al inversionista por su rentabilidad. Para la definición del monto óptimo del incentivo, se tendrán en cuenta las externalidades positivas de la reforestación, medidas en términos ambientales; el monto teórico actual del incentivo tributario y la rentabilidad mínima exigida por los inversionistas. El incentivo no podrá exceder el valor de las externalidades no apropiables directamente por el reforestador individual.*

(...)

6. DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO DE LEY.

El proyecto consta de once artículos. El primero de "Creación" del Certificado de Incentivo Forestal – CIF, establece las características principales del CIF y define los beneficios de ser un incentivo directo. Aquí se establecen los requisitos previstos a cumplir por parte de los beneficiarios potenciales, a saber: la celebración de un contrato con la entidad competente para la administración y manejo de los recursos naturales renovables y del ambiente, y el cumplimiento de un Plan de Establecimiento y Manejo Forestal – PEMF." (Subrayas de la Sala).

Con fundamento en las anteriores consideraciones, se aprobó la Ley 139 de 1994, la cual en su artículo 1º, crea el Certificado de Incentivo Forestal en cumplimiento de los deberes asignados al Estado en los artículos 79 y 80 de la Constitución: un "reconocimiento del Estado a las externalidades positivas de la reforestación en tanto los beneficios ambientales y sociales generados son apropiables por el conjunto de la población"⁴.

⁴ Cfr. Ley 139 de 1994. Artículo 1º.

Señaló el mismo artículo que su fin es el de *“promover la realización de inversiones directas en nuevas plantaciones forestales de carácter protector-productor en terrenos de aptitud forestal”*. Agregó que podrán acceder a éste beneficio *“las personas naturales o jurídicas de carácter privado, entidades descentralizadas municipales o distritales cuyo objeto sea la prestación de servicios públicos de acueducto y alcantarillado y entidades territoriales, que mediante contrato celebrado para el efecto con las entidades competentes para la administración y manejo de los recursos naturales y renovables y del ambiente, se comprometan a cumplir un Plan de Establecimiento y Manejo Forestal”*, en los términos y condiciones señalados en la misma ley.

La política de cultivos forestales con fines comerciales, de especies introducidas o autóctonas, quedó en cabeza del Ministerio de Agricultura con base en la Política Nacional Ambiental y de Recursos Naturales Renovables que establezca la autoridad ambiental (Art. 2).

Así, el artículo 3º de la Ley en comento, definió la naturaleza del Certificado de Incentivo Forestal como un *“documento otorgado por la entidad competente para el manejo y administración de los recursos naturales renovables y del medio ambiente, que da derecho a la persona beneficiaria a obtener directamente al momento de su presentación, por una sola vez y en las fechas, términos y condiciones que específicamente se determinen, las sumas de dinero que se fijen conforme al artículo siguiente⁵, por parte de la entidad*

⁵ **Artículo 4º. Cuantía.** El Certificado de Incentivo Forestal tendrá una cuantía hasta:

a) El setenta y cinco por ciento (75%) de los costos totales netos de establecimiento de plantaciones con especies autóctonas, o al cincuenta por ciento (50%) de los correspondientes a plantaciones con especies introducidas, siempre y cuando se trate de plantaciones con densidades superiores a 1.000 árboles por hectárea. Cuando la densidad sea inferior a esta cifra, sin que sea menor a cincuenta árboles por hectárea, el valor se determinará proporcional por árbol;

b) El cincuenta por ciento (50%) de los costos totales netos de mantenimiento en que se incurra desde el segundo año hasta el quinto año después de efectuada la plantación, cualquiera que sea el tipo de especie;

c) El setenta y cinco por ciento (75%) de los costos totales en que se incurra durante los primeros cinco años correspondientes al mantenimiento de las áreas de bosque natural que se encuentren dentro de un plan de establecimiento y manejo forestal.

Parágrafo 1º. Para los fines de este artículo, el Ministerio de Agricultura determinará cuales especies forestales se consideran autóctonas o introducidas, y señalará el 31 de octubre de cada año el valor promedio nacional de los costos totales netos de establecimiento y mantenimiento de las mismas y fijará el incentivo por árbol, para lo cual podrá tener en cuenta diferencias de carácter regional, así como la asesoría por parte de las empresas y agremiaciones del sector forestal nacional. Cuando el Ministerio no señale tales valores en la fecha indicada, regirán los establecidos para el año inmediatamente anterior, incrementados en un porcentaje equivalente al incremento del índice de precios al productor durante el respectivo período anual.

bancaria que haya sido autorizada para el efecto por FINAGRO. El Certificado es personal y no negociable.”

Los recursos que se asignen para atender el otorgamiento de los certificados de incentivo forestal son administrados por FINAGRO, entidad a la que igualmente le corresponderá expedir en cada caso la autorización para el otorgamiento del certificado *“mediante acto en el cual se determinarán las cuantías, términos y condiciones respectivas para hacer efectivo el reembolso de las sumas suministradas en caso de incumplimiento total o parcial del contrato celebrado con la entidad competente para la administración y manejo de los recursos naturales renovables y del medio ambiente”* (Art. 6).

Finalmente, el otorgamiento del Certificado de Incentivo Forestal genera unos efectos para los beneficiarios, al tenor de lo señalado en el artículo 8º de la Ley 139 en cita:

“Artículo 8º. Efectos del otorgamiento de certificados. El otorgamiento de certificados de incentivo forestal produce para los beneficiarios los siguientes efectos:

- a) No tendrán derecho a los incentivos o exenciones tributarios que para la actividad forestal prevea la ley;*
- b) Solo podrán solicitar nuevamente el Certificado de Incentivo Forestal para realizar plantaciones en el mismo suelo, transcurridos 20 años después del otorgamiento de dicho certificado; salvo que por fuerza mayor o caso fortuito, debidamente comprobado por la entidad competente para la administración y manejo de los recursos naturales renovables y del medio ambiente, se haya perdido la plantación que fue objeto de certificado;*
- c) Por constituir un reconocimiento por parte del Estado de los beneficios ambientales que origina la reforestación, los ingresos por certificados de incentivo forestal no constituyen renta gravable.”*

2.2. El Plan de Establecimiento y Manejo Forestal (PEMF)

El Plan de Establecimiento y Manejo Forestal hace parte de las obligaciones incluidas en el contrato, y corresponde al instrumento idóneo para desarrollar el objeto de la creación del CIF, esto es, el reconocimiento de las externalidades positivas de la reforestación. Por otra parte, el Decreto 1824 de 1994 estipula que la modificación del Plan solo podrá realizarse previa solicitud del reforestador a la entidad contratante y aprobada también por escrito por la

Parágrafo 2º. Para efectos de la presente Ley, aquellas especies introducidas que tengan probada su capacidad de poblar y conservar suelos y de regular aguas podrán ser clasificadas como autóctonas.”

entidad encargada de la administración de los recursos naturales renovables y del medio ambiente:

Los artículos 20 y 21 del mencionado Decreto 1824 de 1994, establecen el contenido de los Planes de Establecimiento y Manejo Forestal:

***Artículo 20.** Contenido de los Planes de Establecimiento y Manejo Forestal. El Plan de Establecimiento y Manejo Forestal contendrá, como mínimo, la siguiente información:*

a) Individualización del inmueble sobre el cual se va a adelantar el proyecto, indicando su ubicación, su alinderación y extensión;

b) Cuando el peticionario obre como arrendatario, deberá aportar el contrato de arrendamiento correspondiente;

c) Uso anterior del terreno, comprobando que los terrenos en los cuales se harán nuevas plantaciones, no están cubiertos con bosques naturales o vegetación nativa que cumpla funciones protectoras, ni lo han estado en los últimos 5 años bajo las anteriores modalidades de uso;

d) Condiciones bio-físicas del predio, haciendo mención de las características generales de la región, morfología y calidad de los suelos, condiciones meteorológicas e hídricas, uso actual del predio, aspectos faunísticos y botánicos de interés y zonas de bosque natural;

e) Características del proyecto, detallando el programa de cultivo y desarrollo de la plantación, especies forestales a utilizar, forma y condiciones de laboreo, sistemas de mantenimiento, protección y recuperación de la plantación. También deberá establecerse el programa de aprovechamiento del bosque, plan de cosecha y de reposición del recurso.

f) Cronograma de actividades de siembra, mantenimiento y aprovechamiento del bosque y fechas previstas para el reconocimiento de los valores del CIF;

g) Programación financiera, con el cálculo de los costos que demande el proyecto, fuentes de financiación, si las hubiese y programa de flujo de fondos.

***Parágrafo.** El Plan de Establecimiento y Manejo Forestal sólo podrá ser modificado previa solicitud escrita del reforestador, aprobada también por escrito por la entidad encargada del manejo y administración de los recursos naturales renovables y del medio ambiente. (Subrayas de la Sala).*

***Artículo 21.** Prueba de estado de los suelos donde se desarrollará el proyecto. Para acreditar que los suelos en los que se harán las nuevas plantaciones no*

se encuentran ni lo han estado en los últimos cinco (5) años, con bosques naturales, se deberán presentar fotografías aéreas del área donde se encuentre ubicado el proyecto.

En caso de que se demuestre la inexistencia de fotografías aéreas en el área donde se ubicará el proyecto de reforestación, se solicitará a la entidad encargada del manejo y administración de los recursos naturales renovables y del medio ambiente, inspección ocular la cual correrá por cuenta del interesado."

Las especificaciones de los Planes de Establecimiento y Manejo Forestal son de contenido técnico, salvo el parágrafo del artículo 20 relacionado con el procedimiento para la modificación del referido Plan.

2.3.Estado de la cuestión

En síntesis, el Certificado de Incentivo Forestal es el reconocimiento del Estado a las externalidades positivas de la reforestación en tanto los beneficios ambientales y sociales generados son apropiables por el conjunto de la población, con el fin de promover la realización de inversiones directas en nuevas plantaciones forestales de carácter protector-productor en terrenos de aptitud forestal. Para su expedición es necesaria: (i) la aprobación de un Plan de Establecimiento y Manejo Forestal, (ii) la demostración de que las plantaciones se realizarán en suelos de aptitud forestal, (iii) acreditar que los suelos en que se harán las nuevas plantaciones no se encuentran, ni lo han estado en los últimos cinco años, con bosques naturales, (iv) presentar los documentos que comprueben que el beneficiario del incentivo es propietario o arrendatario del suelo en el cual se va a efectuar la plantación, (v) la autorización expedida por FINAGRO, a solicitud de la entidad competente para la administración y manejo de los recursos naturales renovables y del medio ambiente, para el otorgamiento del correspondiente Certificado de Incentivo Forestal, y (vi) la celebración de un contrato entre el beneficiario del Certificado de Incentivo Forestal y la entidad competente para la administración y manejo de los recursos naturales renovables y del medio ambiente, en el cual, además de las obligaciones de cumplimiento del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal, se pactarán las multas y otras sanciones pecuniarias que se podrán imponer al beneficiario en caso de incumplimiento parcial o total de sus obligaciones contractuales y las garantías que se consideren indispensables, sin perjuicio de las demás cláusulas obligatorias o facultativas previstas en las normas vigentes sobre contratación estatal.

El contrato era al mismo tiempo un requisito para la obtención del CIF con todos los beneficios que ello implica, y un instrumento que formalizaba las

obligaciones del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal, pues a su vez, el Plan debía estar aprobado por la entidad competente para la administración y manejo de los recursos naturales renovables y del medio ambiente.

Además, como lo señala el párrafo del artículo 20 del Decreto 1824 de 1994, el Plan solo puede ser modificado por solicitud escrita del reforestador y aprobada también por escrito por la entidad estatal competente.

3. El régimen jurídico del contrato estatal

3.1. El requisito del contrato estatal para la obtención del CIF y su sujeción estricta al PEMF

Entre los requisitos para otorgar el Certificado de Incentivo Forestal, era necesaria la celebración de un contrato estatal como una de las condiciones mencionadas en el artículo 5º de la Ley 139 de 1994, así:

“Artículo 5º. Condiciones para el otorgamiento. Son condiciones para el otorgamiento de certificados de incentivo forestal, las siguientes:

1. La aprobación de un Plan de Establecimiento y Manejo Forestal, por parte de la entidad competente para la administración y manejo de los recursos naturales renovables y del medio ambiente.

2. La demostración de que las plantaciones se realizarán en suelos de aptitud forestal, entendiéndose por tales las áreas que determine para el efecto la entidad competente para la administración y manejo de los recursos naturales renovables y del medio ambiente, quien podrá tomar como base el mapa indicativo de zonificación de áreas forestales elaborado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, IGAC.

3. Acreditar que los suelos en que se harán las nuevas plantaciones no se encuentran, ni lo han estado en los últimos cinco años, con bosques naturales, de acuerdo con los sistemas probatorios que defina el reglamento.

4. Presentar los documentos que comprueben que el beneficiario del incentivo es propietario o arrendatario del suelo en el cual se va a efectuar la plantación. Cuando se trate de un arrendatario, el contrato respectivo debe incluir como objeto del mismo, el desarrollo del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal que debe someterse a aprobación, y su término deberá ser igual al necesario para el cumplimiento del Plan. Una vez otorgado el Certificado de Incentivo Forestal, el término del contrato de arrendamiento no podrá rescindirse por la persona o personas que sucedan, a cualquier título, al propietario que lo haya celebrado.

5. *Autorización expedida por FINAGRO, a solicitud de la entidad competente para la administración y manejo de los recursos naturales renovables y del medio ambiente, para el otorgamiento del correspondiente Certificado de Incentivo Forestal, en la cual se deberá establecer la cuantía y demás condiciones del mismo.*

6. *Celebración de un contrato entre el beneficiario del Certificado de Incentivo Forestal y la entidad competente para la administración y manejo de los recursos naturales renovables y del medio ambiente, en el cual, además de las obligaciones de cumplimiento del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal, se pactarán las multas y otras sanciones pecuniarias que se podrán imponer al beneficiario en caso de incumplimiento parcial o total de sus obligaciones contractuales y las garantías que se consideren indispensables, sin perjuicio de las demás cláusulas obligatorias o facultativas previstas en el Decreto 222 de 1983 o en las disposiciones legales que los sustituyan, modifiquen o reformen. Se pactará en el contrato que, como consecuencia del incumplimiento del mismo declarada por la entidad respectiva, se podrá exigir el reembolso total o parcial, según sea el caso, de las sumas recibidas con fundamento en el Certificado otorgado.*

Parágrafo. *La evaluación, verificación de campo, seguimiento y control del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal y del contrato, corresponderá a la respectiva entidad competente para la administración y manejo de los recursos naturales renovables y del medio ambiente, la cual podrá delegar total o parcialmente tales funciones en otras entidades públicas o privadas.* (Subrayas de la Sala)

A su vez, el Decreto 1824 de 1994 reglamentó el contenido del contrato así:

“Artículo 23. *Contenido del contrato. El contrato contendrá, además de las estipulaciones generales de los contratos administrativos, las siguientes:*

1º. *La mención de si el titular del proyecto es propietario o arrendatario del predio.*

2º. *El compromiso de adelantar el proyecto de reforestación en los términos y condiciones aprobados en el PEMF y la indivisibilidad de las obligaciones.*

3º. *La estipulación expresa de perder el derecho al incentivo forestal en caso del incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones contractuales fijando los plazos de devolución de los valores recibidos, corregidos en su poder adquisitivo según el Índice de aumento de precios al consumidor y con el reconocimiento del interés mensual equivalente al que reconocen las entidades financieras por los depósitos a término -DTF- más cinco puntos.*

4º. *El monto de las multas y de la cláusula penal pecuniaria por el incumplimiento y la forma de hacer efectivos los recaudos de las sumas adeudadas a la entidad.*

Parágrafo. No podrá exonerarse de las estipulaciones de que trata este artículo a ninguna entidad de derecho público que pretenda beneficiarse del incentivo forestal por sus proyectos de reforestación". (Subrayas de la Sala).

Por su parte, el artículo 22 del Decreto en cita reitera que el Plan hace parte de las obligaciones del contrato para obtener el Certificado de Incentivo Forestal:

"Artículo 22. El contrato de ejecución del proyecto de reforestación. Los beneficiarios del incentivo forestal celebrarán un contrato con la entidad encargada del manejo y administración de los recursos naturales renovables y del medio ambiente, por el cual se obliguen a adelantar el proyecto de reforestación con estricta sujeción al PEMF. (Subrayas de la Sala).

Las obligaciones emanadas del contrato son indivisibles, en los términos del Título X del Libro 4º del Código Civil."

Del ordenamiento jurídico citado pueden extraerse las siguientes conclusiones relacionadas con el tema consultado:

De acuerdo con las normas citadas, el contrato era uno de los requisitos que exigía la ley para otorgar el Certificado de Incentivo Forestal y se celebraba entre el beneficiario del Certificado de Incentivo Forestal y la entidad que administra y maneja los recursos naturales renovables y del medio ambiente.

Por lo tanto, las obligaciones del contratista y las cláusulas del contrato tienen su origen inicial en la Ley 139 de 1994, en la Ley 80 de 1993 y en las demás cláusulas del contrato estatal.

En las condiciones contractuales aplicables y obligatorias para las partes, se encuentran las consagradas en el ordenamiento jurídico citado independientemente de si fueron estipuladas en cada contrato, las cuales, por lo tanto, son de obligatoria observancia.

El régimen del contrato estatal para la obtención del CIF es reiterativo en señalar que el contratista debe cumplir las obligaciones del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal, el cual hace parte de las obligaciones del contrato, como requisito necesario para obtener el CIF. Además, el artículo 22 del Decreto Reglamentario, consagra que la ejecución del contrato para el proyecto de reforestación debe adelantarse "con estricta sujeción al PEMF".

En forma expresa el Decreto 1824 de 1994 estipula que el PEMF solo podrá ser modificado previa solicitud escrita del reforestador y aprobación por escrito por la entidad estatal. Finalmente se señala la importante labor de supervisión

que le corresponde a esta entidad para la evaluación, verificación de campo, seguimiento y control del Plan, con el objetivo de asegurar el fin del contrato.

Respecto de la modificación del contrato estatal, ante la ausencia de norma legal especial, resulta aplicable el régimen general del Estatuto de Contratación pues, además, se consagra expresamente que estos contratos estaban regulados por la Ley 80 de 1993 y normas posteriores.

Por tal razón, la Sala estudiará el poder de dirección general del contrato que debe ejercer la entidad estatal, y entre sus instrumentos de dirección, los relacionados con la supervisión e interventoría del contrato. Asimismo el régimen legal aplicable a las modificaciones contractuales.

La Sala no encuentra que en el presente caso, conforme a los supuestos de hecho presentados, se presente la institución relacionada con la ecuación financiera del contrato, pues no se observan los requisitos señalados por la ley y por la doctrina⁶.

3.2. La dirección general del contrato a cargo de la entidad estatal

El artículo 14 de la Ley 80 de 1993, consagra el mandato de dirección general del contrato por parte de la entidad estatal, encaminada a cumplir su finalidad, esto es, la satisfacción de la necesidad de servicio público que motivó su celebración. Por ello, las entidades estatales:

“1º. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos

⁶ Si bien se alude, en algunos contratos, a la existencia de circunstancias no previstas, que llevaron, al parecer, a algunos de los contratistas a modificar su objeto o sus obligaciones, no se observa la existencia del álea anormal económico y extraordinario, que no hubiera podido ser razonablemente previsto por las partes (alternativas de especies o alteración de la cantidad inicial de hectáreas) y que hubieran causado una excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación del contrato, hasta el punto de causar el desequilibrio de su ecuación financiera. Según los supuestos de hecho, se presentaron situaciones que determinaron o hicieron más conveniente sustituir una especie por otra, efectuar cambios en la cantidad de hectáreas establecidas por especie y redistribuir el número de hectáreas por especie. Por ende, la sola existencia de razones de utilidad, o aun de necesidad, para modificar el objeto y las obligaciones pactadas, por circunstancias no previstas, que pudieron y debieron preverse, no permiten afirmar la existencia de un desequilibrio económico del contrato.

convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado”.

La dirección general del contrato comprende la facultad y el deber de ejercer el control y vigilancia de su ejecución, y de realizar las actuaciones preventivas necesarias para que se cumpla su finalidad y objeto. Para ello, las entidades estatales podrán ejercer las facultades excepcionales consagradas en la Ley, o acordar con el contratista las modificaciones que resulten necesarias.

La justificación de este poder radica en el hecho de que la Administración no puede legalmente desentenderse de su ejecución y, por ende, su competencia es irrenunciable y obligatoriamente ejercida, mediante instrucciones, acuerdos o sanciones. A la entidad estatal le interesa primordialmente el fin último del contrato, y asegurar su cumplimiento.⁷ Así, debe asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación del servicio público a su cargo, con el fin de evitar su paralización y su afectación grave, lo cual la obliga a controlar y vigilar su ejecución y, si es el caso, a introducir las modificaciones necesarias que demande el servicio.

La dirección general del contrato a cargo de la entidad estatal comprende el ejercicio de sus facultades excepcionales para orientarlo al cumplimiento de su finalidad y, en este marco, el contratista cumple un deber de colaboración en el cometido de la función social.⁸

Entre las facultades excepcionales de la entidad se encuentra la de modificación unilateral. Sin embargo el ejercicio de este *ius variandi* está supeditado al exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a cargo de la entidad contratante. Por lo tanto, razones de conveniencia o de simple utilidad no pueden ser el sustento para realizar estas modificaciones, pues no están consagradas en la ley para el ejercicio de este poder unilateral.

⁷ Cfr. García de Enterría y Fernández. Curso de Derecho Administrativo 1. Decimo Sexta Edición. Civitas. Thompson Reuters. Págs. 785-791.

⁸ **Artículo 3º.-** *De los Fines de la Contratación Estatal.* Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

Sería contrario al ordenamiento legal atribuir esta dirección al contratista, o dejar a su arbitrio las decisiones sobre el mejor cumplimiento del contrato, y sobre las modificaciones, con independencia del resultado final. El régimen especial de los contratos estatales consultados muestra que esa dirección se encuentra en cabeza de la entidad estatal, y que cualquier modificación al PEMF y al contrato debía ser aprobado previamente y por escrito.

Por otra parte, este poder de dirección se ejerce desde la etapa precontractual, con la elaboración del pliego de condiciones o, como en el presente caso, con el contenido mínimo de la solicitud y declaración de elegibilidad⁹, para establecer las reglas que determinarán el contenido del contrato y su ejecución, que resultan vinculantes y obligatorias para las partes.

Asimismo, desconocería que el pliego de condiciones o su documento equivalente para la elegibilidad del particular (regulado en el decreto), y el contrato, fruto de aquel (y su contenido obligatorio consagrado en el Decreto 1824 de 1994)¹⁰, son ley para las partes, quienes no pueden alterarlos o modificarlos, pues prolongan sus efectos y carácter vinculante durante la ejecución del contrato, hasta el punto de que prevalecen sobre este último.¹¹

De este modo, puede afirmarse que la regla general es la no modificación del contrato, y la vía excepcional su modificación, sometida a límites legales.

Por lo tanto, una modificación necesaria del contrato, surgida por iniciativa del contratista, del interventor o del supervisor, debe ser aprobada por la entidad que ejerce su dirección general, y cumplir, en forma previa, las mismas formalidades de solemnidad del contrato principal.¹²

Si bien el objeto del contrato debe corresponder a la prestación requerida por la Administración para cumplir la finalidad de interés general, el contrato no se limita a la cláusula de objeto, sino que comprende también las demás

⁹ Decreto 1824 de 1994, artículos 9 y 10. Solicitud de elegibilidad y formulario de solicitud. En esta última norma se consagra que la solicitud debe contener como mínimo, entre otros requisitos, el área del proyecto y especies a utilizar. Con fundamento en esta solicitud y en su procedencia la entidad comunica al peticionario la elegibilidad de su proyecto, según el artículo 15.

¹⁰ El artículo 22 del Decreto 1824 de 1994, que consagra las normas especiales aplicables a estos contratos estatales, señala que el PEMF hace parte de las obligaciones del contrato y que los contratistas beneficiarios del incentivo forestal celebrarán un contrato por el cual se obligan a adelantar el proyecto con estricta sujeción al PEMF. Asimismo la solicitud informa que no podían modificarse las condiciones pactadas sin autorización previa de la entidad (pág. 3).

¹¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de marzo de 2010. Exp. 15.666 y Sección Tercera. Sentencia del 19 de enero de 2004. Exp. 10.779.

¹² Cfr. Artículo 41, Ley 80 de 1993.

estipulaciones convenidas por las partes o surgidas del régimen legal aplicable y, por ende, su obligatoriedad se predica del cumplimiento de todas las obligaciones pactadas.

Ante estas circunstancias, es deber de la entidad estatal y de su interventoría o supervisión, ejercer el control y vigilancia que le ordena la ley, y, en caso dado, cumplir las formalidades necesarias para adecuar el contrato al fin buscado.

Lo anterior no significa la intangibilidad del contrato estatal, pues su finalidad de interés general debe prevalecer y permitir la mutabilidad de su contenido.

Esa es una de las razones que justifican el poder de dirección general, y en especial, de modificación unilateral en los términos del artículo 16 de la Ley 80 de 1993, o la posibilidad de modificación de mutuo acuerdo.

3.3. La interventoría y la supervisión del contrato estatal.

Corresponde a la entidad cumplir su función de vigilancia y control de la ejecución del contrato¹³, mediante interventoría externa o supervisión interna, según lo determine la Ley. Así lo dispone expresamente el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 citada:

“Artículo 83. Supervisión e interventoría contractual. *Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.*

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados.

Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen” (...)

(Subrayas de la Sala)

La vigilancia de la entidad sobre la ejecución del contrato debe ser permanente, oportuna, eficaz, y puede ser ejercida por la misma entidad cuando no se necesiten conocimientos especializados en la materia.

¹³ Ley 80 de 1993. Artículo 14, en consonancia con el artículo 3°

Las facultades y deberes de los supervisores e interventores, según el artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, son:

“Artículo 84. Facultades y deberes de los supervisores y los interventores. La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.

Parágrafo 1°. El numeral 34 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 quedará así:

No exigir, el supervisor o el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad. También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento.

Parágrafo 2°. Adiciónese la Ley 80 de 1993, artículo 8°, numeral 1, con el siguiente literal:

k) El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.

Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente.” (Subrayas de la Sala).

La Ley establece una obligación esencial de responsabilidad del interventor o supervisor, relacionada con el deber de información respecto del contrato principal, especialmente frente a tres situaciones: i) los incumplimientos del contrato, ii) las circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, y iii) aquellas que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, hasta el punto que su pretermisión se tipifica como falta gravísima y como causal de inhabilidad para contratar. Además se genera una responsabilidad solidaria del interventor con el contratista por los perjuicios causados a la entidad ante la omisión de la información sobre el incumplimiento del contrato vigilado o principal¹⁴.

¹⁴ Cfr. Ley 1474 de 2011. Artículo 34. Parágrafo 3o.

Como se observa, el interventor o supervisor tiene el deber legal –y soporta las graves consecuencias legales de su omisión-, de informar con la debida anticipación a la entidad estatal de aquellas circunstancias que afecten la ejecución del contrato, de tal manera que no deberían presentarse situaciones en las cuales el contratista lo ejecute en sentido diverso o desatendiendo el tenor literal del contrato, modifique unilateralmente la prestación pactada, y la entidad estatal solo sea informada de esta situación, frente a hechos cumplidos, no autorizados previamente, ni legalizados.

La función de interventoría y de supervisión comprende la de vigilar que el contratista ejecute la prestación en los términos pactados, y cuando no sea posible, por circunstancias imprevisibles o sobrevinientes que pongan en riesgo su finalidad, informar a la entidad y proponer las medidas que conjuren estas situaciones.

La función esencial de la interventoría o de la supervisión tiene entre sus objetivos precaver que el contratista pueda a su arbitrio realizar modificaciones unilaterales a lo pactado en el contrato, puesto que es función de la interventoría o de la supervisión, según el caso, informar y presentar, en forma previa, soluciones para modificarlo oportunamente y para evitar que se presenten cambios no autorizados. Tampoco es viable jurídicamente en el ordenamiento nacional realizar modificaciones de hecho que no estén amparadas previamente en un contrato, así exista acuerdo verbal entre las partes, dados los requisitos establecidos por el Estatuto Contractual para la existencia y perfeccionamiento de un contrato estatal, principal o accesorio, regulado por la Ley 80 de 1993¹⁵.

No resulta acorde a derecho que el contratista pueda a su arbitrio realizar modificaciones unilaterales a lo pactado en el contrato, y es función de la interventoría o de la supervisión, según el caso, informar y presentar en forma previa, soluciones para modificarlo oportunamente y para evitar que se presenten cambios de hecho a lo pactado.

3.4. La modificación de los contratos estatales.

Más allá de la cláusula excepcional de modificación unilateral y los límites cuantitativos para el contrato adicional¹⁶, 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

¹⁵ Ley 80 de 1993. Artículo 41.

¹⁶ Cfr. Ley 80 de 1993. Artículo 40 párrafo y Ley 1474 de 2011. Artículo 85.

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.

Para el efecto, la Sala procede a sistematizar y clasificar los requisitos y límites jurídicos que debe tener en cuenta la entidad estatal cuando pretenda alterar el pacto inicial.

3.4.1. La modificación del contrato estatal, según su origen.

La modificación del contrato puede surgir por el ejercicio del poder unilateral de la Administración, o por acuerdo entre las partes.

a) El “*ius variandi*” de la Administración.

Entre los medios que puede utilizar la entidad estatal para el cumplimiento del objeto contractual, se encuentra su prerrogativa para introducir modificaciones a lo pactado, dentro del marco de su facultad de dirección general del contrato.

El artículo 16 de la Ley 80 faculta a las entidades contratantes a modificar los contratos, de común acuerdo o de forma unilateral, cuando sea necesario para lograr su finalidad y en aras de la realización de los fines del Estado.

Con razón se señala que “... *la inmutabilidad del contrato no es una inmutabilidad del contenido, sino del fin, que prima en todo caso sobre aquel.*”¹⁷

Este poder de modificación unilateral del contrato afecta uno de los presupuestos básicos de la institución contractual, el *pacta sunt servanda*, y la regla de que el contrato es ley para las partes, sustentado en los fines buscados por el contrato estatal.

A propósito de esta facultad, la Sala, en Concepto del 13 de agosto de 2009, Exp.: 1952, señaló:

¹⁷ Cfr. García de Enterría y Fernández. Op.cit., pág. 791.

*“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** (...), cuando sea necesario para el cumplimiento del objeto y de los fines generales del Estado.
(...)”*

*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).*

La previsión legal limita esta modificación a situaciones excepcionales, *“...con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo.”*

Parte de la doctrina se orientó inicialmente a señalar una libertad casi absoluta en el ejercicio de esta prerrogativa, y límites como tal, estaban más referidos a los derechos del contratista y a la conservación del equilibrio financiero del contrato, hasta el punto de reconocerle la facultad de renuncia o de desistimiento del contrato.

b) La modificación del contrato por acuerdo entre las partes.

La modificación del contrato por mutuo acuerdo puede tener origen: i) como consecuencia del procedimiento administrativo de modificación unilateral consagrado en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, con los supuestos de hecho y requisitos allí consagrados; o ii) por el acuerdo entre las partes, sin sujeción a este procedimiento.

Una interpretación textual e individualizada de la norma conduciría a afirmar que más allá de la limitación cuantitativa para el contrato adicional, no existiría restricción a la autonomía de las partes.

La Sala no considera que sea la conclusión correcta y acorde al conjunto normativo y a sus principios, pues la modificación de los contratos no corresponde a una facultad discrecional e ilimitada y, por el contrario, se encuentra sometida a límites emanados del contenido y análisis sistemático del ordenamiento jurídico.

3.4.2. Límites para la modificación del contrato estatal.

Los contratos podrían ser modificados no solo en cuanto a su valor, sino en sus demás estipulaciones: la forma en que se va a ejecutar, materiales más idóneos que emplear, alterando las especificaciones técnicas previstas para la prestación, la forma de pago, su duración, y aún su naturaleza. Lo anterior, pone en cuestión si una vez perfeccionado el contrato, la Administración o las partes tendrían plena libertad de configuración para alterar lo pactado, o si está sometido a límites o restricciones¹⁸ que obligarían a revisar los criterios esbozados por las fuentes del derecho.

En una primera etapa, parte de la doctrina había propugnado por señalar la imposibilidad de establecer límites a este poder singular contenido en el "*ius variandi*", y por ende, a la obligación del contratista de aceptar y cumplir la modificación.

Al fin y al cabo, no se justificaría que se ejecutara una prestación de obra, bien o servicio, ineficaz o totalmente contraria a la necesidad insatisfecha de la Administración, salvo limitaciones de índole formal, o surgidas de la facultad de desistimiento del contratista.

El fundamento de esta interpretación se consideraba consonante con el fin de interés público del contrato, y no tendría límites en su facultad de modificación¹⁹, siempre y cuando atendiera al cumplimiento de su objetivo. Las restricciones estaban relacionadas con la conservación de la equivalencia económica de los derechos del contratista, dentro de los límites legales.

En una segunda etapa, se reitera la importancia de la facultad de adecuar el contrato a nuevas necesidades del servicio, pero armonizada con la necesidad de respetar los principios de la contratación y del proceso de selección.

¹⁸ El Estatuto de Contratación no menciona los contratos modificatorios y solo alude a la limitación del contrato adicional.

¹⁹ Cfr. García de Enterría y Fernández. Op. cit., pág. 787-788. En el mismo sentido, Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 13 de agosto de 2009. Rad. 1952.

a) La preservación de los principios de igualdad, transparencia y libertad de concurrencia durante la fase de ejecución del contrato.

La jurisprudencia y la doctrina, nacional y extranjera, han señalado la existencia de restricciones de orden jurídico a la posibilidad de modificar los contratos, dentro del marco del principio de legalidad de las actuaciones de la Administración, y orientada principalmente a preservar los principios de origen legal, de libertad de concurrencia, de transparencia y de igualdad.

En este orden de ideas, parece surgir una tensión entre las facultades otorgadas a la Administración para orientar el contrato al fin de interés público -inherente al servicio público a su cargo-, y los derechos de los licitadores o interesados en un proceso de selección para que se respete el contenido inicial, propio del principio de igualdad y del derecho a la competencia²⁰. Si este fuera el planteamiento, no habría duda que debería prevalecer el primero. Al fin y al cabo, el derecho a la competencia es el medio más idóneo, -y no un fin en sí mismo-, para garantizar el bienestar de la comunidad.

No obstante, las dos finalidades y derechos en realidad atienden al mismo objetivo: obtener en régimen de concurrencia y de igualdad, las mejores condiciones de costo, calidad e idoneidad de la prestación requerida. De esta forma, la Administración al celebrar sus contratos, y los particulares al colaborar con ella, y cumplir una función social que implica obligaciones, satisfacen la continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

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.

Desde la otra perspectiva, otorgar una libertad absoluta en la modificación de los contratos, no permite asegurar que lo adjudicado, y posteriormente alterado, consulte la mejor opción para el servicio público, en especial si dicha modificación no estuvo sometida a competencia y concurrencia múltiple, y tampoco a un control estricto de legalidad, ante la ausencia de una legislación expresa sobre la materia.

²⁰ La referencia a los conceptos de licitación o licitadores, comprende los demás procesos de selección objetiva. Cfr. Ley 1150 de 2007. Art. 1.

Además se pretende evitar que en forma indebida se rentabilice el contrato para el contratista que ha ofrecido precios bajos, o abolir prácticas corruptas para modificar el contrato en términos que pueden no ser comparables con lo inicialmente pactado, y como una burla a los principios de la contratación y de la función administrativa²¹. La Sala llama la atención sobre el abuso y proceder ilegal en la modificación de los contratos estatales, en el sentido de que se adopten las medidas necesarias para erradicar estas prácticas administrativas en nuestro país.

La aplicación de los principios de transparencia, de libertad de concurrencia y de igualdad, consagrados en el Estatuto Contractual, y las reglas sustanciales del pliego de condiciones, que permitieron elegir la mejor oferta, previo cumplimiento de los requisitos habilitantes y de ponderación, deben ser de estricta observancia por la Administración y por el contratista, y sus efectos trascienden y se aplican durante la ejecución del contrato y en su liquidación, como garantía de inalterabilidad de lo pactado y de acatamiento a la legalidad de las reglas aplicadas en la actuación previa.

La importancia de respetar estos principios en la ejecución del contrato hace imperativo indagar bajo qué postulados podría presentarse su vulneración, o cuándo resultaría procedente su modificación.

La Sala procede a clasificar las limitaciones legales que han sido expuestas por la doctrina para modificar un contrato estatal derivadas de una interpretación sistemática de las reglas y principios del Estatuto y de la función administrativa. Para el efecto, se referirá a los límites de orden temporal, formal y material.

Como advertencia previa, esta Sala considera que la regla general que debe cumplir la entidad estatal corresponde a la inalterabilidad del contrato y, por ende, su modificación tendrá carácter de excepcional y será de interpretación restrictiva.

²¹ En el primer *Informe de lucha contra la corrupción de la UE. Bruselas, 3.2.2014 COM (2014) 38 final*, citado por Isabel Gallego Córcoles en *La Modificación de los Contratos en la Cuarta Generación de Directivas sobre Contratación Pública*. Cfr. Isabel Gallego Córcoles. X Congreso AEPDA en www.aepda.es. Pág. 3., se afirma que un 69% de las empresas españolas manifestaron que una de las prácticas corruptas más extendidas en los procedimientos de contratación pública son las modificaciones de las condiciones contractuales después de la celebración del contrato. En el análisis de las Directivas de 2014 de la Unión Europea y de las sentencias del Tribunal de Justicia, se seguirán, entre otras, las pautas de este documento.

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 Sección Tercera del Consejo de Estado, a propósito de la necesidad de pacto expreso para prolongar el plazo, señaló:

“... se pone de presente la necesidad de pacto expreso para prolongar el plazo de ejecución, sin que en ningún momento ello pueda suplirse por la conducta de las partes, con mayor razón del comportamiento unilateral de una de ellas”²²

Por consiguiente, en cuanto a la “*ratione temporis*” para celebrar un contrato adicional, en aplicación a este criterio, solo sería viable jurídicamente mientras se encuentre vigente el contrato principal, entendido por la Sección Tercera como la vigencia del plazo para la ejecución del contrato.²³

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

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 Estado.²⁴

ii) Límites de orden formal.**- La solemnidad del contrato de modificación:**

²² Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 31 de julio de 2014. Exp. 21184.

²³ Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre de 2008. Exp. 17031.

²⁴ Cfr. 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.

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 modificación de los contratos, bien sea para adicionar obras, bienes o servicios, prorrogar el plazo o alterar la forma de su ejecución, debe constar por escrito y haber sido suscrita por las partes, para que puedan alcanzar eficacia, existencia y validez.

Así lo ha señalado la Sección Tercera del Consejo de Estado:

“De conformidad con las normas transcritas (artículos 39 y 41 Ley 80), respecto de los contratos estatales no es posible afirmar que con el simple consentimiento de las partes puedan ser perfeccionados, de lo cual se colige, de manera directa, que la modificación de los mismos, consistente en adición de obras, valor y período para la ejecución, también debe constar por escrito para que puedan alcanzar eficacia, existencia y validez. Esto último, en cuanto que la modificación respecto de un acuerdo que consta por escrito debe surtir el mismo proceso que se dio para su constitución, dado que el acuerdo modificatorio está tomando el lugar del acuerdo originario y la solemnidad que se predica legalmente del segundo ha de ser exigida para el reconocimiento de eficacia, existencia y validez del primero. El artículo 1602 del Código Civil, claramente consagra esta regla bajo la definición de que: “[T]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.” En este caso, el consentimiento mutuo para adicionar esa ley particular que es el contrato debe corresponder a las condiciones legales

²⁵ Cfr. 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 esta 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.

*que se exigían para la creación del vínculo jurídico originario.*²⁶ (Subrayas de la Sala).

Respecto de la modificación del plazo del contrato, en el mismo sentido, la Sección Tercera se ha pronunciado sobre la necesidad de suscribir en forma previa un contrato adicional, como un imperativo legal concordante con los principios de responsabilidad, economía y planeación que rigen la actividad contractual de las entidades públicas de cualquier orden, y que se justifica por razones de seguridad jurídica presupuestal.²⁷

En consonancia con lo anterior, esta Sala advierte la imposibilidad legal de reconocer por la vía contractual situaciones de hecho surgidas del mal denominado “contrato realidad”, pues el requisito del contrato escrito está consagrado en la Ley 80 de 1993, para el contrato principal y para sus modificatorios.

Si las modificaciones del contrato no cumplen con los requisitos de ley, las obligaciones contraídas en el negocio jurídico deben atenerse a los términos pactados, y ninguna de las partes tendrá la potestad de su modificación unilateral sin el previo contrato escrito, o de exigir, con fundamento en el contrato, prestaciones o reconocimientos económicos adicionales, mas allá de lo acordado y estipulado.

Al respecto la Sección Tercera, señaló:

“La Sala comienza por precisar que las obligaciones contraídas en un negocio jurídico, las partes quedan forzadas a cumplir lo pactado en los términos en que fueron establecidos, y que nadie está forzado a ejecutar una prestación distinta, de la misma manera que no es posible exigir más de lo acordado, ni entregar menos de lo pactado, porque esto se convierte en ley para las partes.

Lo anterior no tiene por qué variarse con la interpretación que una parte haga de sus obligaciones –salvo el ejercicio de los poderes exorbitantes de modificación unilateral o de interpretación unilateral, cuando proceda-, en aquellos casos en que considera que lo acordado es insuficiente para dar cumplimiento a sus obligaciones. No cabe duda que para hacerlo se necesita llegar a un nuevo acuerdo de voluntades, que autorice exigir de la otra parte el cumplimiento de nuevas prestaciones.”²⁸

²⁶ Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 18 de febrero del 2010. Exp. 15596.

²⁷ Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre del 2008. Exp. 17031.

²⁸ Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 20 de marzo de 2013. Radicación 25000-23-26-000-1999-02479-01(24089).

En estos términos, a ninguna parte le es permitido adicionar o suprimir el alcance de las obligaciones –se insiste, salvo el ejercicio de los poderes exorbitantes de modificación unilateral o de interpretación unilateral-, so pretexto de ejecutar las suyas, e imponer a la otra la carga de recibir un pago menor o la de hacer uno mayor, según el caso, porque desconocería el acuerdo de voluntades que comprometía al otro a actuar en un sentido distinto²⁹.” (Subrayas de la Sala).

Por lo tanto, las eventuales reclamaciones contractuales que pueda presentar un particular sobre prestaciones realizadas, sin la previa modificación del mismo, están llamadas al fracaso, pues la Administración no puede reconocer situaciones de hecho u obligaciones dinerarias con cargo a un contrato que estipula obligaciones distintas³⁰.

- 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.

Por ello, la Administración tendrá la carga de la prueba sobre la existencia de la necesidad de interés público sobreviniente que impidió incorporar el cambio en el proyecto inicial, y finalmente, la no vulneración de los principios del proceso de selección.³¹

²⁹ Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 19 de octubre de 2011. Radicación número: 25000-23-26-000-1992-07954-01(18082).

³⁰ Corresponderá a la entidad estatal, en cada caso analizar las diferentes situaciones, si ellas surgen bajo el principio constitucional de buena fe en las actuaciones de su colaborador, y la procedencia de alternativas distintas al reconocimiento contractual. Al respecto, Cfr. Sentencia SU del 19 de noviembre de 2012. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 24.897.

³¹ Cfr. Muñoz Machado Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo IV. Iustel. 2011. Pág. 400-407.

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

³² Ley 1474 del 2011. Artículo 85.

³³ La norma anterior correspondía al artículo 56 del Decreto Ley 222 de 1983.

³⁴ Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 31 de Enero del 2011. Exp. 17767.

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

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,

³⁵ Sobre 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.

³⁶ Cfr. 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.

³⁷ Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de Junio del 2012. Exp. 23966.

³⁸ Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de Febrero del 2013. Exp. 25802.

aquello a lo cual 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

³⁹ Cfr. 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 (Accidentalia 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, *Negoziio 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 compromisoria, 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

⁴² Cfr. Cabello, Rodríguez María Luisa. Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público. Bosch. Tomo II. 2009. Obra colectiva. Directores. Parejo Alfonso 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.

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.⁴⁴

En el régimen de contratos del Sector Público del Derecho Español, en el que resulta admisible la modificación del objeto del contrato, se advierte que la modificación, *"...no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria"*⁴⁵. Esta alteración esencial, se presenta, entre otros casos, cuando se varía sustancialmente la función y características esenciales de la prestación contratada.

En el mismo sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado los límites materiales para la modificación del pliego de condiciones, aplicable a la ejecución del contrato, en especial, el objeto, los criterios de selección entendidos como los de habilitación y de ponderación.

Se trata de preservar los derechos de quienes concurren a un proceso precontractual y de respetar los principios que lo orientan y que no permiten desconocer las bases de lo inicialmente solicitado y contratado.

Al respecto, señaló:

"En relación con este aspecto no puede perderse de vista que en cuanto el pliego de condiciones contiene y establece el procedimiento de

⁴³ Cfr. Directivas 2014/24/UE y 2014/23/UE.

⁴⁴ Documento del Consejo de 11266/12 de 14 de junio de 2012.

⁴⁵ Cfr. Ley 30 del 2007. Ley de Contratos del Sector Público, modificada por la Ley 2 del 2011 LES, en especial los artículos 92 bis; 92 ter; 92 quáter; 92 quinquies; 202; 217, para la modificación de los contratos de obras y 272, para la modificación del contrato de suministro.

selección, esto es el marco que regula todos y cada uno de sus elementos, no resultaría jurídicamente procedente la modificación de sus aspectos sustanciales, tales como, a manera de ejemplo su objeto o los criterios de selección o la ponderación precisa y detallada de aquellos, en la medida en que todos esos aspectos constituyen puntos cardinales, básicos, que fungen como factores característicos de determinado procedimiento en virtud de los cuales los interesados acuden libremente a participar en el mismo y a depositar sus expectativas en las resultas de la limpia competencia que envuelve, de tal modo que un cambio intempestivo e injustificado de aquellas circunstancias que en un inicio lo hicieron llamativo, sin duda puede convertirse en un obstáculo indebido que impide de forma caprichosa y arbitraria la libre participación de los interesados, variación que no puede ser prohijada ni por el legislador, ni por las instancias judiciales.(...) Lo expuesto cabe igualmente predicarlo de la previsión normativa contemplada en el artículo 89 del Estatuto Anticorrupción, dentro del cual, si bien se consagró con precisión un límite temporal para realizar las modificaciones a las pliegos de condiciones y/o términos de referencia, nada dijo en relación con los linderos de tipo de material o de contenido a los que en esta oportunidad se refiere la Sala. Por contera, las conclusiones aquí extraídas en cuanto a la inviabilidad de modificar de manera sustancial dichos documentos a la luz de los postulados de la Ley 80, sin duda están llamadas a incorporarse en los procedimientos de selección adelantados bajo la vigencia de la Ley 1474 de 2011⁴⁶ (Subrayas de la Sala).

En el mismo sentido:

“En ese sentido se tiene que en atención a los primeros, esto es los límites materiales, es evidente que las entidades contratantes no podrán alterar aspectos sustanciales o esenciales del pliego de condiciones (como por ejemplo: el objeto, los criterios de selección, la ponderación de los criterios de escogencia, entre otros).”⁴⁷ (Subrayas de la Sala).

Las sentencias anteriores reiteran los límites para modificar los criterios de evaluación de la propuesta y el objeto y estaría incurso en esta prohibición la modificación de una condición sustancial del proceso de selección⁴⁸.

La modificación de la condición sustancial del contrato dependerá si se ha afectado la posibilidad de presentarse una mejor oferta por los otros

⁴⁶ Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 16 de septiembre de 2013. Exp. 3571. En el mismo sentido. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Exp. 16305; Sentencia del 30 de abril de 2012. Exp. 21571.

⁴⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Exp. 16.305. En el mismo sentido: Sección Tercera. Sentencia del 30 de abril de 2012. Exp. 21.571.

interesados, hasta tal punto que de haberse conocido la modificación, se hubiera ampliado la oferta de licitantes o quienes concurren hubieran presentado ofertas sustancialmente distintas a las formuladas, y hubieran tenido la opción de haber presentado una mejor propuesta.

Estos criterios se han planteado respecto de contratos regulados por la Ley 80 de 1993, pero resultan igualmente procedentes para los contratos estatales con regímenes especiales, teniendo en cuenta la obligatoriedad de aplicar los principios de la función administrativa y de la función fiscal previstos en los artículos 209 y 267 de la Carta, según lo ordena el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

En síntesis, el Consejo de Estado ha señalado la prohibición para la Administración de modificar las condiciones sustanciales del contrato estatal y de su pliego de condiciones, incluido el objeto y los criterios habilitantes y de ponderación aplicados en el proceso de selección.

Corresponderá determinar la noción de “*condiciones sustanciales del contrato*”, que debe definirse en función de cada caso en concreto, según la naturaleza del contrato y las obligaciones estipuladas. A partir de este supuesto, algunos elementos pueden precisar este concepto jurídico indeterminado.

3.4.3. El contenido de la prohibición de modificar las condiciones sustanciales del contrato. Excepciones.

La jurisprudencia y la función consultiva se han referido en términos generales al impedimento para alterar las condiciones sustanciales del contrato, y a los elementos de juicio que permiten precisarlo.

En el mismo sentido, la doctrina europea ha tratado de identificar los eventos en los cuales podría predicarse una modificación de las condiciones sustanciales del contrato. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha analizado las modificaciones de un contrato del sector público y la prohibición general cuando se introducen cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones de las partes. Las nuevas Directivas sobre Contratación Pública se han referido igualmente a las mismas, dentro del marco de las modificaciones objetivas.^{49 50}

⁴⁹ Cfr. Directiva 2014/24 UE. Vid. Igualmente Directiva 2014/23.

⁵⁰ En especial, STJUE de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, C-496/99 y de 19 de junio de 2008, *Pressetext*, C-454/06, en gran parte recogidas por las Directivas 2014/24/UE y 2014/23/UE. En el primer caso, se modificó la forma de pago pactada en especie por otros productos; en el segundo

En el evento de efectuarse una alteración sustancial de la función y característica esencial de la prestación, se presentaría una novación de la obligación, y la necesidad de resolver o terminar el contrato, y proceder a una nueva contratación.

Si bien el régimen legal y los procesos de selección de esta legislación muestran algunas diferencias con el ordenamiento nacional⁵¹, lo cual obligaría a su análisis y recepción condicionada, o por lo menos, restringida, lo cierto es que los principios que lo orientan (transparencia e igualdad) y el objetivo de interés general de la contratación pública, resultan consonantes con nuestro régimen, por lo cual pueden ser objeto de análisis y recibo, en cuanto se refieren a los límites para la modificación de los contratos, pues además de ser coincidentes con lo expuesto por la doctrina nacional, tienen el mismo objetivo de respetar los principios del proceso de selección^{52 53}.

a) Algunas modificaciones que afectarían las condiciones sustanciales del contrato.

Entre las prohibiciones y límites para modificar un contrato estatal, se han considerado⁵⁴: la modificación unilateral del sistema general de la licitación y de sus condiciones esenciales⁵⁵; el precio^{56/57}; la modalidad de pago⁵⁸;

caso, se refirió a la modificación de las condiciones de solvencia o de los criterios determinantes para la selección del oferente (precio y plazo de ejecución, entre otros). En este tema, se seguirá el análisis contenido en Isabel Gallego Córcoles. Op. cit.

⁵¹ Entre otros, el procedimiento negociado sin publicidad.

⁵² Los objetivos del fortalecimiento del mercado común de la Unión Europea, no resultan coincidentes con los objetivos y finalidades del Estatuto de Contratación Nacional, y aún su análisis y normatividad, tendiente a garantizar la efectiva competencia aplicable en el territorio de los países miembros, es distinta de nuestra legislación. No obstante, lo atinente a los principios de igualdad y transparencia, que orientan el proceso de selección y aplican también en la fase de ejecución del contrato, guardan plena correlación, así como lo atinente a la libertad de concurrencia, inherente al derecho de la competencia.

⁵³ Buena parte de estas consideraciones han sido recogidas en las sentencias y pronunciamientos del Consejo de Estado.

⁵⁴ Se sigue en este tema a Gallego Córcoles, Isabel. Op. Cit.

⁵⁵ La prohibición para la entidad de alterar el sistema general de la licitación modificando unilateralmente y en forma posterior una de sus condiciones esenciales

⁵⁶ La alteración superior al límite porcentual del precio del contrato señalado por la ley implica una modificación a una condición esencial. STJUE del 13 de enero de 2005. C-84/03

⁵⁷ No cabe duda que el precio y la modalidad de pago de los productos que debían suministrarse es una condición importante del proceso de selección y del contrato, que los oferentes desconocieron al momento de formular su oferta. No obstante, la disminución de la retribución del contratista no afecta negativamente la competencia y no constituiría una modificación esencial del

condiciones sustancialmente diferentes como los requisitos de solvencia o los criterios de selección⁵⁹; el plazo; el favorecimiento económico del adjudicatario⁶⁰; la sustitución del contratista⁶¹; la ampliación del objeto en gran medida⁶² y su duración y prórrogas⁶³:

Como se observa, las modificaciones efectuadas sobre los elementos esenciales que conformaron el negocio jurídico, corresponderían a una modificación de una condición sustancial del contrato, y determinarían la necesidad de un nuevo contrato, salvo circunstancias excepcionales.

b) El criterio para determinar la afectación de una condición sustancial del contrato.

contrato, como pueden ser los descuentos realizados en la etapa de ejecución. Cfr. Gallego Córcoles, Isabel. Op. Cit. Pág. 10-11

⁵⁸Por ende, el aumento del precio o una nueva modalidad de pago de los productos que debían suministrarse, siempre que no esté justificado, vulneran el principio de igualdad de los interesados u oferentes, al carecer de las mismas oportunidades para formular los términos de su oferta. De igual manera, contradicen el principio de transparencia y la garantía de no existir favoritismo o arbitrariedad de la entidad contratante. Se trataría de una alteración a una condición sustancial del contrato. Cfr. STJUE del 13 de enero de 2005.

⁵⁹La imposibilidad de introducir características sustancialmente diferentes a las del contrato inicial. De esta forma, las condiciones de solvencia del oferente o los criterios determinantes para seleccionar al adjudicatario, o el cambio del precio y plazo exigido, se encuentran en esta restricción. Cfr. STJUE del 19 de junio de 2008. Pressetext.

⁶⁰Se presentaría una modificación sustancial cuando se cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial y sin justificación legal.

⁶¹En el evento de la novación subjetiva, cuando se sustituye al contratista. En este caso, la cesión del contrato incorpora limitaciones al momento de analizar si la entidad contratante la autoriza, pues se trata de un operador económico que no ha competido y comporta el riesgo de la elusión normativa y de producir el efecto de falsear la competencia en el mercado. Cfr. STJUE del 16 de febrero de 2012 y STJUE del 19 de junio de 2008. Salvo que se trate de una opción o de una facultad de revisión, prevista en el contrato principal, o de la sucesión total o parcial del contratista inicial, surgida como consecuencia de una reestructuración empresarial o de la asunción por el poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal, en beneficio de los subcontratistas, siempre que esté previsto en la legislación nacional. Directiva 2014/24/UE, Artículos 71 y 72.

⁶²La ampliación del objeto contractual "en gran medida" constituye una modificación sustancial del contrato.

⁶³De igual forma, las modificaciones a la duración del contrato, pues el plazo corresponde a una condición importante del proceso de selección, especialmente en aquellos en que la prórroga aumenta la retribución económica inicial, como sucede con la concesión. Sin embargo, no toda modificación se considera una vulneración de una condición esencial del contrato, sino solo aquellas que fortalecen o favorecen la posición jurídica del adjudicatario, distorsionando la competencia. El otorgamiento de prórrogas no previstas en la documentación contractual supone una modificación esencial del contrato. Cfr. STJUE. Sentencia del 13 de septiembre de 2007. C-260/04

Aunque la respuesta dependerá en cada caso de la naturaleza y contenido específico del contrato y de su prestación, existirá modificación de un contenido sustancial del contrato cuando, habiendo figurado en el procedimiento inicial, hubiera permitido la participación de otros interesados aparte de los inicialmente admitidos, o seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada⁶⁴.

A juicio de esta Sala, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado con claridad los elementos que deben tenerse en cuenta para determinar si se modifica una condición sustancial del contrato: las entidades contratantes no podrán alterar aspectos sustanciales o esenciales del pliego de condiciones o del documento precontractual, entre otros, los criterios de habilitación y de ponderación de las ofertas y el objeto de la prestación. Ello es así, porque de hacerlo en los procesos precontractual o de ejecución del contrato, se desvirtuaría la selección objetiva, y el concepto de oferta más favorable.

Con el mismo criterio uniforme, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha señalado la improcedencia de convocar, seleccionar y contratar bajo unos términos y después, durante la ejecución del contrato, modificar dichas condiciones, pues se causa perjuicio a los demás aspirantes que, probablemente de haberlas conocido, hubieran presentado propuestas en mejores condiciones que la firma elegida. Se recuerdan en este concepto los límites del poder modificatorio surgidos del principio de legalidad administrativa.⁶⁵

c) La modificación de una condición sustancial del contrato. Las causas excepcionales.

Los límites a la modificación de los contratos tienen como objetivo el respeto del derecho a la competencia y la libertad de concurrencia y su corolario de igualdad, para obtener la oferta más favorable. Se atiende a los principios de transparencia y moralidad para evitar favorecimientos indebidos a un participante, y al cumplimiento del deber de planeación de la

⁶⁴ Cfr. STJUE. Sentencia de 19 de junio de 2008. C-454/06. Al respecto, Isabel Gallego Córcoles. Op. cit. Pág. 6. Asimismo en España, Ley 2 de 2011, LES, que modifica la Ley 30 de 2007. Ley de Contratos del Sector Público. Art. 92 quáter. Numeral 3. Literal e), el cual establece como una alteración de una condición esencial de la licitación y adjudicación: "*e) en cualesquiera otros casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de modificación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas*".

⁶⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de diciembre de 1998. Exp. 1157.

entidad, en cumplimiento asimismo de los principios de eficiencia y eficacia del medio contractual.

Sin embargo, la Administración puede encontrar situaciones excepcionales durante la ejecución del contrato, imposibles de prever para las partes con toda la diligencia requerida, no imputables a ellas, que determinen la necesidad de modificar el contrato inicial como única solución para satisfacer el interés público.

Sería completamente injustificado frente a la existencia de circunstancias imposibles de prever, sacralizar el texto del contrato olvidando que su inmutabilidad se predica no tanto de su contenido sino del fin que prevalece. Como se ha expuesto, la Administración no puede desentenderse de la dirección del contrato y de que su ejecución no corresponda a la necesidad que lo motivó.

Así, frente a circunstancias excepcionales la Administración podría usar su poder de modificación unilateral o realizar las modificaciones de mutuo acuerdo, con el cumplimiento de los requisitos de ley. Se trataría de la excepción a la regla general de intangibilidad del contrato.

La doctrina y algunos pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado, aportan los elementos necesarios que permiten orientar a la Administración sobre esta vía excepcional y sus requisitos:

- No podría aceptarse un poder ilimitado o absoluto de modificación, aun frente a circunstancias excepcionales. Por ello la modificación no podrá afectar el núcleo esencial del objeto, o la naturaleza global del contrato⁶⁶.

Con independencia de las razones y circunstancias imprevisibles que puedan presentarse, no es posible que el contrato mute o se transforme en un contrato sustancialmente distinto.

Si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios pactados por otros diferentes, o se modifica el tipo de contratación⁶⁷, o el núcleo esencial del

⁶⁶ El concepto de naturaleza global del contrato, utilizado en las Directivas de 2014, y en la doctrina del TJUE no es por sí mismo indicador de su contenido, y aún de las diferencias, con las condiciones sustanciales o esenciales del contrato. Podría decirse, en una aproximación coloquial, que el concepto apunta a lo más esencial de lo sustancial, que en ningún caso puede ser modificado. De todas maneras no resulta fácil la distinción de estos conceptos.

⁶⁷ Directiva 2014/24/UE considerando 109 y Directiva 2014/23/UE considerando 76.

objeto, se presentaría una novación del negocio jurídico, y su necesaria terminación por imposibilidad jurídica de cumplir su objeto.⁶⁸

En el mismo sentido, el Consejo de Estado ha señalado la inmodificabilidad de las cláusulas relativas a la clase y objeto del contrato, las cuales deben ser mantenidas durante toda su ejecución, so pena de desconocer los principios constitucionales de moralidad, imparcialidad, igualdad y transparencia⁶⁹:

“En consecuencia, concluye la Sala que en el marco de la contratación estatal no resulta posible para las partes de un contrato modificar su objeto o su clase porque ello vulneraría los principios de moralidad, imparcialidad, transparencia, igualdad, planeación y selección objetiva, además de que desconocería las condiciones previstas en el pliego de condiciones y constituiría una transgresión a los derechos y obligaciones de los contratantes, porque no es sólo el interés del Estado lo que protege el pliego, sino también los derechos y garantías de los interesados y oferentes, quienes realizan estudios y gastos en la confección de sus propuestas, por lo cual resultarían defraudados y perjudicados si luego la entidad estatal unilateralmente o con la anuencia del contratista pudiera dejar de lado sus disposiciones, condiciones y/o exigencias.”

No hay norma alguna que habilite a la Administración Pública para modificar el objeto y clase del contrato, si se tienen en cuenta los precisos límites de la potestad de modificación unilateral⁷⁰, y con mayor razón cuando se trate de una modificación de común acuerdo. Una actuación en ese sentido comportaría la violación de los derechos de los interesados que hubieran podido presentar una oferta distinta.⁷¹

“En este orden de ideas, si no resulta posible mediante una potestad excepcional modificar el contrato en aspectos diversos a los contemplados

⁶⁸ La modificación de un contrato de adquisición de bienes por otro de arrendamiento; la contratación de una remodelación de obra por una nueva construcción; la construcción de un hospital en un sitio determinado, por la construcción de un centro educativo.

⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección A. Exp. 27926

⁷⁰ Ley 80 de 1993. Art. 16. La modificación se efectuará "... mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios".

⁷¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección A. Exp. 27926: "...se provocaría un desequilibrio hacia los oferentes que no resultaron favorecidos con la adjudicación, precisamente porque si hubieran existido condiciones diferentes se habrían presentado propuestas igualmente diferentes a las que finalmente se evaluaron y no se escogieron por la entidad pública contratante."

en la norma anterior, menos aún puede hacerlo la entidad pública de común acuerdo con el contratista, porque ello vulneraría las condiciones establecidas en el pliego de condiciones, puesto que, como se indicó, sus previsiones y exigencias pasan a formar parte del contrato estatal.”

Con criterio similar la Corte Constitucional ha considerado que no es posible la modificación del objeto, en tanto constituye un elemento de su esencia, y se requeriría un nuevo contrato, lo cual no impide que pueda ser complementado mediante la adición de actividades necesarias para su adecuada realización.⁷²

-Las causas que justificarían la modificación del contrato deben obedecer al acaecimiento de situaciones o circunstancias imposibles de prever, con una diligencia debida, que hagan imperiosa o necesaria la modificación de algunas estipulaciones del contrato, como única manera de conjurarlas.⁷³

Debe tratarse de la existencia de circunstancias surgidas de un riesgo imprevisible, no necesariamente de una situación no prevista, que pueda razonablemente considerarse en un futuro mediano,⁷⁴ / ⁷⁵ o que debieron ser previstas en la etapa de planeación del contrato⁷⁶.

Ello supone la existencia de circunstancias posteriores, externas a las partes y no agravadas por su acción u omisión, puestas de manifiesto o imposibles de advertir en la etapa precontractual, que, además, muestren la imposibilidad de cumplir lo pactado inicialmente, o su falta de idoneidad. Estas circunstancias pueden obedecer a razones de tipo geológico, medioambiental o de otra índole, que no pudieron ser razonablemente previstas.

⁷² Corte Constitucional. Sentencia del 25 de abril de 2012. C-300/2012.

⁷³ La existencia de circunstancias imprevistas, o de riesgo imprevisible, externas a las partes, puestas de manifiesto con posterioridad o sobrevinientes al proceso precontractual, aun aplicando toda la diligencia requerida, y la buena práctica profesional en el proceso de planeación del contrato y de los estudios previos.

⁷⁴ El conocimiento de la expedición una futura regulación que altere el objeto de la prestación y el contenido del pliego de condiciones o del contrato, no constituye una circunstancia imposible de prever, bajo un concepto de razonabilidad y planeación.

⁷⁵ Algunas de las causas de la modificación pueden haber sido previstas en el pliego de condiciones o en el contrato, según el caso, con las condiciones y alcance en que podrían ejecutarse y con el detalle suficiente que permita su valoración por los oferentes, sin que puedan alterarse las condiciones esenciales de proceso de selección.

⁷⁶ La falta de estudios de suelos, o de los análisis y requisitos necesarios y las posteriores dificultades técnicas y mayores costos de la prestación como consecuencia de esta omisión en los estudios previos, no servirían de título suficiente para justificar una circunstancia imprevisible.

Pueden presentarse situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, modificaciones de marcos normativos, de urbanismo, arqueológicos, del medio ambiente o de seguridad, imposibles de prever, o nuevas necesidades o circunstancias posteriores que exijan la ampliación de lo pactado⁷⁷ sin que además, puedan separarse de la prestación principal, o de su utilización o de aprovechamiento independiente. En estos casos, existiría el sustento legal para la modificación del contrato.

En estos casos, cualquiera de los otros oferentes hubiera tenido el mismo derecho a la modificación del contrato y no se presentaría la vulneración de sus derechos, ni de los principios o por lo menos, no con la entidad suficiente que permita desatender el fin último del contrato⁷⁸, previo un análisis de la finalidad perseguida, del medio legítimo y del medio adecuado que la justifique⁷⁹.

Aunque se haya señalado la prevalencia del pliego de condiciones respecto del contrato, ello no obsta para que puedan presentarse razones que justifiquen alterar lo pactado, por la existencia de hechos o actos sobrevinientes, no imputables a las partes y que no vulneren los principios de la licitación, ni los derechos de las partes:

Así lo ha señalado el Consejo de Estado⁸⁰:

"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: oferente 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..."

Sobre la posibilidad de efectuar modificaciones al contrato:

⁷⁷ En un contrato de obra, para la construcción de una vía, el descubrimiento en la excavación de obras arqueológicas desconocidas, obligaría a modificar el diseño inicial, con los estudios previos y justificación, mediante el perfeccionamiento de un contrato modificadorio

⁷⁸ Ante la existencia de una situación excepcional que haga imposible ejecutar el contrato, en las condiciones señaladas, deberá efectuarse una ponderación entre el principio de concurrencia y la consecución del interés público.

⁷⁹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-499 del 5 de agosto de 2015.

⁸⁰ Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2004. Exp. 10779.

“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 a favor de la entidad y el adjudicatario.”

La modificación del contrato debe hacer referencia a los cambios realizados sobre lo pactado y vigente, lo cual presupone que el contrato no los ha contemplado ni determinado pues en este caso, no existiría modificación sino desarrollo de las cláusulas contractuales.^{81 82}

-La existencia de una necesidad de servicio público que justifique la modificación, hasta el punto de conjurar la nueva necesidad.

La acreditación de estas circunstancias estará a cargo de la entidad estatal, justificada en los estudios previos y en la debida motivación del contrato modificatorio, bajo el entendido que no son causadas por simple conveniencia o para su utilización abusiva con el fin de mejorar los precios contenidos en la oferta del contratista, y solo hasta el punto de conjurar la situación extraordinaria.

-El cumplimiento del límite cuantitativo consagrado en la ley para los contratos adicionales.

Estos límites se encuentran consagrados en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, y para el contrato de consultoría cuyo objeto sea la interventoría, en el artículo 85 de la Ley 1474 de 2011.

⁸¹ Como sucede en el contrato de obra a precio unitario, sobre la mayor o menor cantidad de obra que resulte a la terminación del contrato, sin alterar el objeto y lo inicialmente pactado. Cfr. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 18 de julio del 2002. Rad. 1439. Según este concepto: “Sólo se está procediendo conforme a lo previsto, esto es, aplicando el procedimiento de precios unitarios a las cantidades de obra ejecutadas (...). 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.”. Más adelante: “En estas circunstancias, lo procedente es, simplemente efectuar por la administración misma, sin intervención del contratista, un movimiento presupuestal para cubrir ese mayor costo de ejecución del contrato.”

⁸² La simple estipulación sobre futuras modificaciones contractuales no puede suponer una habilitación para realizarlas. Cfr. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 25 de febrero de 2011. Rad. 1966.

-Debe tratarse de prestaciones necesarias e inseparables técnica o económicamente del contrato inicial, que no permitan su uso o aprovechamiento independiente.

La modificación de las condiciones de la prestación o del contrato debe presuponer que no pueda ser materia de un nuevo proceso de selección, o de su contratación con un tercero, en razón a que, por su naturaleza, resulte inseparable técnica o económicamente de la prestación pactada en el contrato inicial.⁸³

En este caso, razones de compatibilidad o de dificultades técnicas de uso y mantenimiento, o derivadas de la imposibilidad física o económica de separar la prestación inicial, con las ampliaciones o alteraciones surgidas por circunstancias imprevisibles, justificarían la modificación.

Finalmente, es necesario aclarar que nada impediría a la Administración, en su libertad de configuración, contemplar, en forma expresa en el contrato, las alternativas de cumplimiento de diferentes especificaciones técnicas relacionadas con la prestación asumida por el contratista, que puedan ser determinables durante la etapa de seguimiento y ejecución del contrato, que no afecten las estipulaciones pactadas, de manera que se logre el mismo resultado de externalidad positiva esperado por la Administración. Si no se contempla esta flexibilidad propia de contratos de tracto sucesivo⁸⁴, es menester cumplir los requisitos legales para la modificación del contrato⁸⁵.

4. Caso concreto

En el caso bajo estudio se pregunta si *“cuando por razones imprevisibles al momento de la presentación del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal – PEMF y de la suscripción de un contrato de Certificado de Incentivo Forestal*

⁸³ Cfr. España. Ley 30 de 2007 de Contratos del Sector Público, modificada por la Ley 2 de 2011 LES. Art. 92 bis.: “La modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de “... incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente”

⁸⁴ En algunos contratos remitidos con la consulta se encuentra una duración de siete (7) años, y una cláusula de liquidación del contrato.

⁸⁵ En las consideraciones de la consulta se plantea que a estas situaciones, sobre varias especies que podrían ser viables, podrían ser objeto de valoración y aceptación en las visitas de seguimiento sobre la ejecución del contrato, sin afectar su cuantía, y manteniendo el efecto positivo de la externalidad de la reforestación. La respuesta dependerá de la forma y contenido del contrato inicial, dada la libertad de configuración y de estructuración otorgada a la entidad estatal.

(tales como lo no adaptación de la especies pactadas literalmente en el contrato, bajo porcentaje de su germinación o de eventos de heladas), en la ejecución del contrato hayan sido realizados cambios respecto a la cantidad de hectáreas establecidas por especie, incluyendo otras especies o reemplazando unas por otras permitidas por las disposiciones legales, conservando el área total del proyecto y las externalidades positivas de la reforestación, sin alteración de la cuantía del contrato, ¿tal situación puede ser admisible para el Ministerio si no hubo previa información a este y modificación del PEMF y/o contrato?"

También afirma el Ministerio que: (i) dentro del clausulado en general se pactó "...la obligación del contratista de establecer y mantener una o varias especies forestales específicas en una cantidad de hectáreas señaladas expresamente. La sumatoria de hectáreas arrojaba la totalidad del proyecto", todo ello en atención al proyecto de reforestación incluido en el Plan de Establecimiento y Mantenimiento Forestal. (ii) que por parte del contratista, sin dar aviso a la entidad estatal, se modificaron las condiciones del contrato a causa de una serie de eventos que impidieron la previsión de la totalidad de contingencias, las cuales, de no ser atendidas y remediadas oportunamente hubieran desencadenado una afectación grave en la ejecución del mismo. (iii) que así las cosas, existió un cambio en el número de hectáreas establecidas por especie, lo que implicó el reemplazo de una por otra, sin que resultara alterado el área total del proyecto, pero que finalmente no causaron ningún perjuicio al ecosistema, sino que por el contrario se desarrollaron para generar las externalidades positivas.⁸⁶

Si bien el proceso de contratación no estuvo precedido de un pliego de condiciones, las normas especiales regularon el proceso precontractual y el contenido del contrato, en especial el Decreto 1824 de 1994:

En esta norma se estipuló como requisito la "solicitud de elegibilidad", presentada por el oferente, y el contenido mínimo del formulario de solicitud de elegibilidad a diligenciar por el interesado, el cual debía contemplar: "Área del proyecto y especies a utilizar".⁸⁷

El ordenamiento jurídico aplicable y el mismo contrato señalaban que el PEMF solo podía ser modificado previa aprobación por escrito de la entidad estatal⁸⁸. Que el PEMF hacía parte de las obligaciones del contrato para obtener el CIF⁸⁹, y

⁸⁶ Entiéndanse por tales, entre otras, el control de erosión de suelo y mejoramiento de su calidad, la protección de la calidad de aguas y cauces naturales, las mejoras en el hábitat y protección de la biodiversidad, las mejoras en la calidad del aire y las mejoras estéticas del paisaje.

⁸⁷ Decreto 1824 de 1994. Art. 9 y 10, numeral 5o.

⁸⁸ Decreto 1824. Art. 20. Parágrafo

⁸⁹ Ibid. Art. 22

en forma indubitable se ordena que el proyecto de reforestación debe adelantarse "con estricta sujeción al PEMF".

No obstante, según el contenido de la consulta, los contratistas realizaron en forma unilateral e inconsulta modificaciones a las obligaciones contenidas en el contrato, en especial a la prestación pactada, sustituyendo unas especies por otras, modificando la cantidad de hectáreas establecidas por especie, o redistribuyendo el número de hectáreas de una especie, sin la autorización previa del Ministerio, y sin que se modificara previamente el PEMF y/o el contrato. Se menciona que este proceder en general, no afectó la externalidad positiva buscada con el medio contractual.

Para la Sala, este proceder resulta contrario a las normas del Estatuto de Contratación, que requerían la solemnidad del contrato modificatorio, y en abierta contravención a lo previsto en el Decreto 1824 de 1994 para realizar el proyecto de reforestación con estricta sujeción al PEMF.

Si bien en algunos contratos pudieron haberse logrado las externalidades positivas de la reforestación, y no se afectó el resultado,⁹⁰ lo cierto es que la Administración no puede abdicar de su mandato legal de dirección general del contrato, al dejar al arbitrio del contratista y a su decisión unilateral la ejecución del objeto, y la modificación de la prestación, sin cumplir su función de control y vigilancia en forma directa o mediante su supervisor o interventor.

Con este comportamiento, se estarían desconociendo los límites de orden temporal, formal y material para la modificación del contrato, surgidas del ordenamiento jurídico, como se expuso, y no resulta viable admitir situaciones de hecho como las planteadas en la consulta.

De esta manera se desconoció lo pactado, pues es claro que las partes debieron cumplir el contenido integral del contrato, o en su defecto, realizar las modificaciones al mismo y al PEMF, con el cumplimiento de los requisitos legales. Asimismo debió realizar los estudios previos que justificaran el cambio de la estipulación inicial.

Esta afirmación es igualmente válida con independencia de que no haya sido alterado el valor pactado, pues el vínculo y obligatoriedad del contrato no se limita a su objeto, sino a todo su contenido obligacional.

Si la Administración consideraba viable prever distintas alternativas en cuanto a las especies forestales idóneas para reforestación, o los demás cambios

⁹⁰ Según el contenido de la consulta, "...sin perjuicio de las eventualidades de cada caso"

presentados, que no afectaban el valor del contrato y sus demás cláusulas, así debió pactarlo, máxime si los problemas de adaptación de las especies eran de una probable ocurrencia.

No se observa en los hechos descritos la razón por la cual no se estudió la viabilidad del contrato modificatorio, y el motivo que impidió su perfeccionamiento. Simplemente se menciona que al ejecutar la prestación surgieron situaciones que justificaban cambios en el pacto inicial, lo cual debió implicar su análisis previo y la suscripción del contrato modificatorio.

Ahora bien, respecto de las eventuales reclamaciones y controversias contractuales, la Sala no observa que quien procedió en forma unilateral al apartamiento del acuerdo que lo obligaba, y asumió su propio riesgo, pueda sustentar su derecho en la conducta antijurídica respecto de lo pactado en el contrato y en el Decreto 1824 de 1994, porque además lo estipulado en el contrato no resulta armónico con lo ejecutado por el contratista.

En estas circunstancias, con las formalidades establecidas en el procedimiento consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011,⁹¹ o con la norma que estuviere vigente, que garantice el debido proceso y el derecho de defensa, le corresponderá a la entidad evidenciar si existió incumplimiento de las obligaciones del contratista, los hechos que la soportan, las causales de justificación o de exoneración y demás que surjan en este procedimiento.

Para ello deberá tener en cuenta las especiales situaciones de cada contrato, si se cumplió el resultado final de la prestación ejecutada o la cesación de la situación de incumplimiento, en los términos consagrados en esta norma.

En especial, la Administración deberá tener en cuenta el principio de buena fe en el cumplimiento de las prestaciones o del resultado esperado, pues como lo ha señalado la Sección Tercera del Consejo de Estado, este principio se incorpora en los contratos estatales en virtud del precepto constitucional, y lo integra dentro de su clausulado, como generadora de obligaciones,⁹² lo cual dependerá de la situación de cada contrato.

Además, y según el clausulado del contrato aportado al expediente, las partes deben proceder a su liquidación con el contenido señalado en el artículo 217 del

⁹¹ Procedimiento general para imponer multas, sanciones y declaraciones de incumplimiento, salvo norma especial.

⁹² Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencias del 29 de septiembre de 2011. Exp. 20740. En este fallo se analiza el caso concreto respecto de si la actuación del contratista fue leal y correcta. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Exp. 15469.

Decreto 19 de 2012, el cual modifica el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, como un corte de cuentas para saber quién debe a quién y cuánto.

Finalmente, las consideraciones anteriores resultan aplicables al contenido de todas las obligaciones pactadas, no solo a la cláusula del objeto contractual, pues la vinculación que surge del contrato, como ley para las partes, no es susceptible de escindirse o limitarse a algunas cláusulas. No obstante, aún en situaciones excepcionales que obliguen a realizar cambios a las condiciones sustanciales inicialmente pactadas, no sería viable legalmente modificar el núcleo esencial del objeto, la clase del contrato o su naturaleza global.

IV. LA SALA RESPONDE:

1. *¿Cuando por razones imprevisibles al momento de la presentación del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal – PEMF y de la suscripción de un contrato de Certificado de Incentivo Forestal (tales como lo no adaptación de la especie pactadas literalmente en el contrato, bajo porcentaje de su germinación o de eventos de heladas), en la ejecución del contrato hayan sido realizados cambios respecto a la cantidad de hectáreas establecidas por especie, incluyendo otras especies o reemplazando unas por otras permitidas por las disposiciones legales, conservando el área total del proyecto y las externalidades positivas de la reforestación, sin alteración de la cuantía del contrato, ¿tal situación puede ser admisible para el Ministerio si no hubo previa información a este y modificación del PEMF y/o contrato?*

Para la Sala, la situación descrita en la consulta respecto de cambios unilaterales realizados por un contratista, sin la previa anuencia de la entidad estatal, y sin el perfeccionamiento del contrato modificadorio, contraviene los límites legales que se deben tener en cuenta cuando se pretenda alterar el pacto inicial, y por lo tanto no resultan admisibles a la luz del ordenamiento jurídico, independientemente del resultado obtenido, según las consideraciones expuestas.

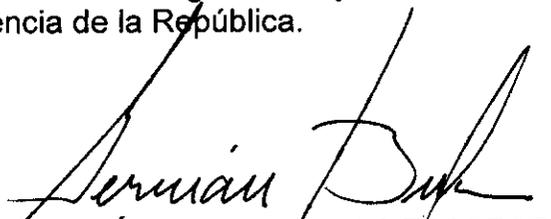
2. *En caso de no ser admisible, ¿debe iniciarse el procedimiento administrativo o judicial para la declaratoria de incumplimiento?*

La Administración deberá realizar la ponderación de los hechos sucedidos y del contenido de cada uno de los treinta (30) contratos referidos en la consulta, para determinar, previa garantía de los derechos de contradicción y de defensa del administrado, si pueden constituir un incumplimiento a las obligaciones pactadas, de conformidad con lo consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, si para esa fecha la norma era aplicable, o la norma especial que estuviera vigente⁹³, en los términos expuestos en los considerandos.

3. *¿Las anteriores respuestas aplican tanto para el caso en que el número de hectáreas por especie se determinó en la cláusula de objeto contractual, como en aquellos en los cuales el objeto contractual solo define un área total del proyecto, pero en las cláusulas de obligaciones del contratista se discriminan las cuantías por especie?*

Las anteriores consideraciones aplican para el contenido de todas las obligaciones pactadas en el contrato, el cual es ley para las partes y por ende, de obligatorio acatamiento. Se aclara que en ningún caso es posible modificar la clase, y el núcleo esencial del objeto pactado o su naturaleza global, en los términos señalados en las consideraciones expuestas en este concepto.

Remítase al señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.


GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
 Presidente de la Sala


EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
 Consejero de Estado


ÁLVARO NAMÉN VARGAS
 Consejero de Estado


LUCÍA MAZUERA ROMERO
 Secretaria de la Sala

⁹³ La consulta no informa la fecha de celebración y ejecución de los contratos estatales.