

2017IE0078799



CGR – OJ- - 197 - 2017
80112 -

Bogotá D.C.,

Señor:
JULIO ANDRÉS OSSA SANTAMARÍA
Contralor Delegado para la Participación Ciudadana
Contraloría General de la República.
Av. El Dorado Cra 69 No 44-35
Bogotá D.C.

Asunto: Concepto jurídico. CONTRATACIÓN ESTATAL.-
MODIFICACIÓN DEL OBJETO CONTRACTUAL.-
IMPROCEDENCIA.

Respetado doctor Ossa:

Esta oficina ha recibido su solicitud de consulta radicada con el número 2017IE0068492 del 26 de agosto de 2017, por medio de la cual solicita concepto jurídico respecto del siguiente interrogante:

“¿Puede FONADE realizar una interventoría en una zona Geográfica diferente a la establecida en el objeto contractual?”

I. ALCANCE DEL CONCEPTO.

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución ni tienen el carácter de fuente normativa y solo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la CGR, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas "sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la



Contraloría General¹, así como las formuladas por las contralorías territoriales "respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General², y las presentadas por la ciudadanía respecto de "las consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la Republica"³.

En este orden de ideas, mediante su expedición se busca "orientar a las dependencias de la Contraloría General de la Republica en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal⁴ y "asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando estos lo soliciten"⁵.

Finalmente se aclara que no todos nuestros conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la Republica, porque de conformidad con el artículo 43, numeral 16⁶ del Decreto Ley 267/00, esta calidad solo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas con la(s) dependencia(s) implicada(s).

No obstante lo anterior, y con el propósito de brindar elementos de juicio que contribuyan a ilustrar el tema puesto a consideración, pasa este Despacho a formular algunas consideraciones jurídicas de manera general y abstracta sobre el particular.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

Como se expuso en el acápite precedente, esta Oficina no se pronuncia sobre problemas específicos, ni actuaciones particulares, menos aún aquellos reservados al ámbito de la gestión contractual de otras entidades públicas. Así, su consulta no puede ser atendida en los términos en que usted la formula.

No obstante lo anterior, y con el ánimo de ofrecerle ilustración general sobre la regulación legal de los contratos estatales y el carácter delimitante del objeto contractual, esta Oficina procede a efectuar las siguientes consideraciones:

1. Del régimen jurídico de contratación de las entidades estatales.

¹ Art. 43, numeral 4 del Decreto Ley 267 de 2000.

² Art. 43, numeral 5 del Decreto Ley 267 de 2000.

³ Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁴ Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁵ Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁶ Art. 43. OFICINA JURÍDICA. Son funciones de la Oficina Jurídica: (...) 16. Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la Republica en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.



El numeral 1º del artículo 2º de la Ley 80 de 1993, señala que se denominan entidades estatales las siguientes:

- "a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.*
- b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos."*

Acto seguido, el artículo 13 de la Ley en comento se encarga de establecer la normatividad aplicable a los contratos estatales, de la siguiente manera:

"Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se registrarán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley."

De acuerdo con lo expuesto en las normas citadas, los contratos que celebren las entidades estatales se registrarán por las materias reguladas particularmente en la Ley 80 de 1993 y, de manera supletoria, por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes.

El legislador ha consagrado distintas excepciones para la regla general antes descrita, entre las que resultan pertinentes, para atender el objeto del presente documento las siguientes:

- a). La consagrada en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, que establece los contratos que celebren las empresas industriales del Estado, las sociedades de economía mixta en la que el Estado tenga participación superior al 50%, sus filiales y las sociedades entre entidades públicas con participación del Estado superior al 50% no estarán sometidas al Estatuto de Contratación Estatal, hoy contenido en la Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, cuando se encuentran en

competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales.

b. La consagrada en el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007, según el cual los contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, "no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades".

Las excepciones antes descritas ponen de presente que existen algunas entidades estatales, cuyo régimen de contratación no es el contenido en el Estatuto General de Contratación, sino el previsto en las disposiciones legales y reglamentarias que rigen las actividades industriales y comerciales pertinentes, o el que rige la actividad financiera; de crédito o las demás actividades enunciadas en los artículos 14 y 15 de la Ley 1150 de 2007, disposiciones que están contenidas en el régimen de derecho privado.

En cualquier caso, se resalta que, por expreso mandato del artículo 14 de la ley 1150 de 2007, las entidades exceptuadas de aplicar el régimen previsto en el Estatuto de Contratación Estatal, se obligan, en todos los casos, a acatar, en virtud de lo dispuesto en los artículo 209 y 267 de la Constitución Política, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal; así como a celebrar sus contratos con plena observancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

A manera de ejemplo, bien vale la pena traer a escena el caso del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE–, el cual por ser una empresa industrial y comercial del Estado con carácter financiero, está cobijado por las excepciones contenidas en los artículos 14 y 15 de la Ley 1150 de 2007.

2. La posibilidad de modificar el objeto de un contrato estatal:

Con fundamento en las precisiones efectuadas, en relación con la existencia de un régimen general de contratación y algunos regímenes de excepción, que abstraen a ciertas entidades públicas de dicho régimen general, se analizará cuál es el alcance vinculante del objeto de un contrato estatal y cuál la posibilidad de modificarlo, según el régimen de contratación aplicable.

Conforme a lo previsto en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, los contratos estatales se celebran, por regla general, previa realización de los procesos de selección de pública participación, previstos en dicha Ley y en la Ley 80 de 1993, esto es la licitación pública, el concurso de méritos, la selección abreviada y la mínima cuantía. Solo excepcionalmente, las entidades sometidas al Estatuto

General de Contratación pueden celebrar contratos mediante el mecanismo de la contratación directa, con estricto sometimiento a las causales taxativas y restrictivas, consagradas en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

La jurisprudencia se ha pronunciado de manera reiterada sobre la imposibilidad de que una entidad estatal modifique el objeto de los contratos que ha celebrado, al margen de que se hayan suscrito previo proceso de selección o mediante contratación directa. Sobre los argumentos que sustentan esa conclusión, resultan particularmente ilustrativas las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia C-300 de 2012, al analizar el alcance de las modificaciones contractuales en los contratos celebrados por entidades públicas, que se traen a colación, por considerarse pertinentes:

"Por regla general, los contratos estatales pueden ser modificados cuando sea necesario para lograr su finalidad y en aras de la realización de los fines del Estado, a los cuales sirve el contrato.

La modificación de los contratos estatales es especialmente importante en aquellos por naturaleza incompletos, es decir, (i) los afectados por asimetrías de información que impiden la previsión de todas las contingencias que pueden afectar su ejecución, y (ii) en el marco de los cuales, por esa misma razón, es difícil prever ex ante los remedios necesarios para afrontar tales contingencias, como ocurre por lo general con los contratos de largo plazo.

Es preciso resaltar que la modificación del contrato no puede ser de tal entidad que altere su esencia y lo convierta en otro tipo de negocio jurídico, puesto que ya no estaríamos en el escenario de la modificación sino ante la celebración de un nuevo contrato. En efecto, de acuerdo con el artículo 1501 del Código Civil, los contratos tienen elementos de su esencia, de su naturaleza y accidentales.

(...) "Con todo, la posición del Consejo de Estado, tanto antes como después de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, ha sido la de que cualquier modificación del objeto del contrato implica la celebración de un nuevo contrato, no de uno adicional, que opera solamente cuando la modificación se refiere al valor y al plazo del contrato originalmente celebrado. En otras palabras, solamente habrá contrato adicional cuando se agrega algo nuevo al alcance físico inicial del contrato, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual y no cuando simplemente se realiza un ajuste del valor o del plazo inicial del contrato" (cursiva fuera del texto).

"La Sala estima que esta discusión debe ser resuelta a favor de la primera posición, esto es: la reforma del objeto del contrato, en tanto elemento de su esencia, debe tener lugar en un nuevo contrato;

permitir lo contrario conllevaría autorizar su sustitución sin el cumplimiento de las formalidades propias del contrato estatal y en perjuicio de los principios que persiguen tales reglas. Esto no significa que el objeto no pueda ser complementado, siempre y cuando se trate de la adición de actividades necesarias para su adecuada realización. Es este sentido debe entenderse el citado concepto del 18 de julio de 2002 sobre el contrato de obra. Ciertamente, en el caso de ese contrato en particular, es posible la inclusión de mayores cantidades de obra sin que ello siempre signifique la transformación del objeto. Esto lleva a la Corte a recordar el objeto de un contrato debe analizarse en cada caso, a la luz de la normativa que rige cada tipo de negocio y de las cláusulas pactadas y los demás documentos que hacen parte del contrato”.

En el mismo sentido, y tal como lo advierte la propia Corte Constitucional pueden verse las siguientes sentencias proferidas por el Consejo de Estado en las fechas y expedientes que se indican a continuación: 6 de agosto de 1987, expediente 3886, Sección Tercera; del 31 de octubre de 1995, expediente 1438, Sección Quinta y del 20 de mayo de 2004, expediente 3314, también de la Sección Quinta. En estas decisiones, es posible apreciar claramente la existencia de una línea jurisprudencial uniforme, fijada por la más alta Corporación de lo Contencioso Administrativo, según la cual, el objeto de los contratos estatales no puede modificarse, pues tal modificación supone la celebración de un nuevo contrato.

Sobre lo expresado es pertinente aclarar que tal como lo reconoció la Corte Constitucional en la sentencia C-300 de 2012, citada con anterioridad, la imposibilidad de modificar el objeto de un contrato estatal debe ser entendida de forma sustancial, es decir que tal modificación no procede cuando se intenta variar la esencia del negocio celebrado, pero que, en situaciones particulares la Administración bien puede dar alcance o complementar el objeto de un contrato, siempre que dicha modificación no desvirtúe la esencia del negocio jurídico ya celebrado.

Ahora bien, el análisis efectuado con anterioridad resulta completamente aplicable a los contratos estatales celebrados por entidades que no son destinatarias del régimen de contratación previsto en el Estatuto General de Contratación, en virtud de las excepciones consagradas en los artículos 14 y 15 de la Ley 1150 de 2007, en tanto que, si bien, el régimen que se aplica a sus contratos es el previsto en las normas que regulan la respectiva actividad de la entidad, muchas de las cuales son normas de derecho privado, tales entidades están vinculadas de forma positiva a la totalidad de los principios que rigen la contratación estatal y la función administrativa, porque así lo previó expresamente el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007.

Así, por virtud de tal disposición, aunque en el derecho privado resulta prevalente el principio de la autonomía de la voluntad, lo cierto es que las entidades

exceptuadas del Estatuto General de la Contratación no pueden aplicarlo en las mismas condiciones en que lo haría un particular, sino que, el ejercicio de su autonomía está claramente delimitado por el contenido y alcance de los principios de la contratación estatal y por aquellos que rigen la función administrativa y los que rigen la gestión fiscal.

Lo anterior, además, resulta lógico y razonable si se tiene en cuenta que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993: *"Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad."*, lo cual evidencia que los contratos celebrados por Entidades Públicas con régimen de contratación excepcional también tienen el carácter de contratos estatales y, por ende, titulares de una especial naturaleza que, a su vez exige, un especial proceder de las partes contratantes.

Lo anterior explica que Colombia Compra Eficiente en su guía denominada *"Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de contratación"* recomiende que los procesos de contratación de las entidades estatales de régimen especial tengan las mismas etapas de las demás entidades estatales, es decir, que tengan una etapa en la que planeen las compras que van a realizar, otra en la que se lleve a cabo la selección del contratista, otra correspondiente a la suscripción y legalización del contrato y por último una etapa que corresponda a la ejecución y terminación del proceso de contratación, todas las cuales podrían verse afectadas o desconocidas en el evento en que, al modificar el objeto de un contrato, se introduzca en una relación contractual ya existente un aspecto que altere la esencia del contrato, hecho que, además, sería una clara evidencia de la vulneración del principio de transparencia y de libre concurrencia, que deben estar presentes en todo tipo de contratos estatales.

De esta manera, debe entenderse que la facultad de modificar el alcance del objeto de un contrato celebrado bajo el régimen excepcional de las Entidades Estatales, cuenta con la misma restricción que se predica de los contratos celebrados al amparo del régimen previsto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.

Las consideraciones efectuadas con anterioridad, en relación con los contratos estatales, cualquiera que sea el régimen legal al que se encuentran sometidos, son completamente aplicables a las relaciones contractuales que se establecen a través de los llamados convenios o contratos marco, en los que se fija el objeto conforme al cual las dos partes de un contrato suscribirán varios contratos derivados que contendrán a su vez objetos particulares, todos los cuales deben estar comprendidos en el objeto del primero, objeto que no podría modificarse sustancialmente, como ya se ha explicado.

III. CONCLUSIONES.

Con fundamento en las consideraciones expresadas se concluye que:

1. No es posible modificar el objeto de un contrato celebrado por una entidad estatal de tal manera que pueda llegar al caso de mutar la naturaleza de lo contratado y/o modificar cualquier elemento de su esencia, no obstante, esto no implica que no pueda hacerse modificaciones que amplíen o den un alcance al objeto del contrato sin que se desvirtúe la esencia del negocio jurídico que se pretenda celebrar.
2. Dicha restricción se aplica en su integridad a los contratos o convenios marco, sus anexos o derivados, en los cuales no podrían incluirse actividades ajenas al objeto del convenio o contrato inicial.
3. El objeto contractual delimita las acciones que se pueden ejecutar válidamente al amparo de un contrato determinado, y en ese sentido, el contenido obligacional de los contratos estatales debe estar estrictamente comprendido en el objeto del respectivo negocio jurídico. Quiere decir lo anterior que no es posible realizar al amparo de un contrato estatal actividades que se encuentren fuera de dicho objeto, el cual, como se ha expuesto, no puede ser modificado.

En los términos anteriores, rindo el concepto solicitado.

Cordialmente,



IVÁN DARÍO GUAUQUE TORRES
Director Oficina Jurídica.

Proyectó. Catalina Flórez Salazar-Contratista Oficina Jurídica
Revisó. Pedro Pablo Padilla-Coordinador Grupo Conceptos
Aprobó., Iván Darío Guauque Torres, Director de la of. Jurídica.

Archivo: TRD 80112-033 – Conceptos Jurídicos. Conceptos Jurídicos.

i “Esta ha sido la posición del Consejo de Estado según se desprende de lo considerado en las consultas números 1812 del 2 de diciembre de 1982, 1563 del 30 de julio de 1981, 350 del 15 de marzo de 1990, 601 del 17 de mayo de 1994 y 1439 del 18 de julio de 2002 de la Sala de Consulta y Servicio Civil. Y en las sentencias del 6 de agosto de 1987, expediente 3886, Sección Tercera; del 31 de octubre de 1995, expediente 1438, Sección Quinta y del 20 de mayo de 2004, expediente 3314, también de la Sección Quinta.”