



Parques Nacionales Naturales de Colombia
Oficina Asesora Jurídica



Bogotá, D.C.

MEMORANDO
20161300001893

FECHA: 2016-05-24

PARA: **DIANA CASTELLANOS MENDEZ**
Directora Territorial Amazonía

DE: **MARCELA JIMENEZ LARRARTE**
Jefe Oficina Asesora Jurídica

FUENTES FORMALES: Decreto Ley 150 de 1976 / Decreto Ley 222 de 1983/ Ley 80 de 1993.

ASUNTO: Respuesta Memorando 20155000003313- Concepto: Responsabilidad frente al trámite y suscripción de adiciones/ el fraccionamiento frente al actual estatuto de contratación. / Fraccionamiento del contrato no está prohibido expresamente en la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia y la doctrina han sido claras en que la prohibición está implícita / - Violación de los principios de contratación estatal.

Respetada Dra. Diana:

En atención a lo solicitado en el Memorando del asunto y conforme las funciones asignadas a esta Oficina Jurídica en el Decreto 3572 de 2011, procedemos a dar respuesta a su consulta relacionada con la la figura del Fraccionamiento de Contrato, frente a las adiciones de contratos de suministro de combustible suscritos bajo la modalidad de selección abreviada.

PROBLEMA JURIDICO.

Conforme la consulta contenida en el Memorando del asunto, nos permitimos plantear el siguiente problema jurídico:

¿Es posible adicionar los contratos adjudicados bajo la modalidad de Selección Abreviada, sin incurrir en fraccionamiento de contratos?





Parques Nacionales Naturales de Colombia
Oficina Asesora Jurídica



MARCO LEGAL DEL REGIMEN CONTRACTUAL COLOMBIANO.

La contratación estatal tiene como fin, “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”¹ y para el efecto, el estatuto contractual contempló que las entidades estatales están supeditadas al cumplimiento de los principios de **transparencia, economía y responsabilidad** y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo².

Estos principios se refieren a aspectos como que la selección de los contratistas debe edificarse sobre las bases de la igualdad respecto de todos los interesados; la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; la garantía del derecho de contradicción, publicidad y en todo caso, todo lo relacionado con garantizar la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración, así como que los trámites que se adelanten, atiendan a la austeridad de tiempo, medios y gastos.

De conformidad con lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007³, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos, la “*Selección Abreviada*” corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía, o la destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual. Esta modalidad aplica para los eventos en que el valor total estimado del contrato requerido, es igual a la menor cuantía determinada en función del presupuesto anual de la respectiva entidad.

En este orden de ideas, la suscripción de un contrato debe estar precedido por regla general, por un proceso de licitación pública o concurso de méritos, y excepcionalmente se contempla la contratación directa, a efectos de garantizar precisamente el derecho a la igualdad entre los oferentes y en todo caso, evitar el favorecimiento indebido o establecer factores irregulares de escogencia.

Sobre el tema de la adición, el Estatuto de Contratación Estatal en su artículo 40⁴ señala el contenido de los contratos estatales estableciendo en su párrafo único, una restricción acerca de la adición a su valor inicial la cual no puede

¹ Art. 3 ley 80 de 1993: **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.

² Art. 23 ley 80 de 1993.

³ Ley 1150 de 2007. **ARTÍCULO 2o. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN.** La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa

⁴ **ARTÍCULO 40. DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL.** Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

(...) **PARÁGRAFO.** En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.

Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.





Parques Nacionales Naturales de Colombia
Oficina Asesora Jurídica



ser superior al 50% de éste y en cuanto a las demás condiciones del contrato dispone que “*podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena Administración.*”

Entendemos por adición al contrato, la circunstancia que se da cuando es necesario incrementar el valor pactado inicialmente o el término de ejecución. En materia del objeto, es preciso señalar que éste es un elemento de su esencia, de modo que cualquier variación, adición o complementación del objeto, en realidad representa el establecimiento de un nuevo objeto y, por tanto, de un **nuevo contrato** estatal, lo que significa que las adiciones contractuales, si bien son posibles, no pueden versar sobre el objeto. Según esta posición del Consejo de Estado⁵, las adiciones y prórrogas únicamente pueden versar sobre el plazo y el precio del contrato⁶.

Recogiendo la doctrina del Consejo de Estado se considera como condiciones de procedibilidad de la Adición, las siguientes:

1. Las obras, bienes o servicios objeto de la adición deben contar con una disponibilidad presupuestal previa y suficiente.
2. El valor no debe superar el límite máximo del 50% del valor inicial del contrato expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de la excepción contenida en el artículo 85 de la Ley 1474 de 2011 prevista para los contratos de interventoría.
3. Las obras, bienes o servicios a adicionar deben tener relación con el objeto del contrato inicialmente celebrado.
4. Las obras, bienes o servicios nuevos deben ser indispensables para que el objeto del contrato que se va a adicionar cumpla la finalidad que motivó su celebración.

Cualquiera que sea la modalidad de contratación, la entidad debe, dentro de la etapa precontractual, agotar todos los pasos necesarios para preparar la documentación de estudios previos, diseños y presupuestos de obra, estudios de mercado, cotizaciones, y en general, todo aquello que le permita adelantar un proceso ajustado a la necesidad de satisfacer la prestación de un bien, obra o servicio, y dentro del marco de la planificación presupuestal.

Dicho de otra manera, el contrato principal debe cubrir en cuanto sea posible, todos los aspectos indispensables para atender las necesidades de la entidad, de modo que se recurra a la figura de la adición, cuando realmente se presente una situación excepcional, que no pudo ser contemplada o prevista desde la etapa precontractual.

En cuanto al tema del fraccionamiento, el artículo 44 del Decreto Ley 150 de 1976, disponía que en ningún caso podrán fraccionarse los contratos. Se considera que se presenta esta circunstancia, cuando se suscriben dos o más contratos entre las mismas partes, dentro de un período de tres (3) meses, con un mismo objeto.

⁵ Ver por ejemplo Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 17 de mayo de 1994, rad. 601, C.P. Jaime Betancur Cuartas; Sección Quinta, sentencia del 26 de enero de 2006, rad. 15001-23-31-000-2003-02985-02 (3761), C.P. Darío Quiñones Pinilla.

⁶ Sentencia C-300 de 2012





Parques Nacionales Naturales de Colombia
Oficina Asesora Jurídica



Esta norma fue modificada por el Artículo 56 del Decreto 222 de 1983, que estableció la prohibición de fraccionamiento cualquiera que fuera la cuantía, entendiéndose que se concretaba esta figura cuando se suscribían dos o más contratos, entre las mismas partes, con el mismo objeto, dentro de un término de seis (6) meses.

A su vez esta disposición fue derogada por el artículo 81 de la Ley 80 de 1993, y en ella nada se contempló expresamente sobre el fraccionamiento de contratos como se venía desarrollando.

El Honorable Consejo de Estado⁷ se ha pronunciado sobre el fraccionamiento de contratos, como un **desconocimiento** a los principios que rigen la contratación Pública:

“(…)Cuando la contratación directa se realiza burlando el proceso licitatorio a través del fraccionamiento del contrato, es decir, buscando que ninguno de los contratos resultantes de dividir un mismo objeto supere el monto de la cuantía requerida para la licitación, se están desconociendo los principios que inspiran la contratación pública.

Al respecto, aunque la conducta de fraccionar los contratos no está prohibida expresamente en la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia y la doctrina han sido claras en que la prohibición está implícita si tenemos en cuenta los aspectos esenciales de los principios y reglas que informan el estatuto contractual.

En efecto, se ha considerado que “Si bien dicha figura no aparece dentro del estatuto actual en los mismos términos de los estatutos anteriores, ello obedece a la estructura misma de la ley 80, puesto que se pretendió terminar con la exagerada reglamentación y rigorismo y en cambio se determinaron pautas, reglas y principios, de los que se infiere la prohibición del fraccionamiento, y que se traduce en distintas disposiciones como la regla contenida en el numeral 8º del artículo 24, según la cual las autoridades no actuarán con desviación o abuso del poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley, y al propio tiempo les prohíbe eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en dicho estatuto”. (…)

Para esa Corporación, los principios de la contratación estatal se violan cuando se celebran directamente varios contratos, cada uno de menor cuantía y todos con el mismo objeto, si sumadas sus cuantías resulta ser que se contrató un objeto único, por cuantía superior, que por lo mismo debió ser materia de licitación o concurso.

RESPUESTA AL CASO CONCRETO.

Visto lo anterior, en principio podemos decir que no se incurre en fraccionamiento de contratos cuando éste se adiciona en el plazo o el valor inicialmente pactado; no obstante, al acudir a la interpretación de los principios que rigen la contratación estatal, es claro que cualquier adición no puede contrariar o desconocer estos postulados o principios.

⁷ Consejo De Estado - Sala De Lo Contencioso Administrativo. Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ. Sentencia del 31 de enero de 2011. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767)





Parques Nacionales Naturales de Colombia
Oficina Asesora Jurídica



Cuando las entidades públicas, con el objeto de eludir la regla general de la licitación pública (como modalidad de selección de contratistas por excelencia), y teniendo el recurso suficiente para adelantar el proceso bajo este mecanismo, divide injustificadamente el valor o el objeto para adelantar un proceso de mínima cuantía o contratación directa, con la intención de adicionarlo posteriormente, es evidente que se comete fraccionamiento de contratos, conducta reprochable si tenemos en cuenta que los procesos contractuales obedecen al principio de planificación desde el punto de vista administrativo, operativo y de recursos financieros.

Caso contrario es que se presente una situación excepcional en la que sea absolutamente necesario garantizar la continuidad de un servicio o actividad o que por razones de limitaciones financieras, no se haya podido extender el contrato en un tiempo mayor del esperado y se requiera una adición posterior. En todo caso, se reitera que los procesos contractuales deben ceñirse a los principios anteriormente anotados para evitar traumatismos en el cumplimiento de la misión institucional.

Cordialmente,

TRAMITADO VIA ORFEO

MARCELA JIMENEZ LARRARTE

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: MAGDA GISELA HERRERA JIMÉNEZ- OAJ

