



Bogotá D.C., 23 de Marzo de 2023



Señor

**Fredy Rodríguez Naranjo**

Fredy.rodriguez.naranjo@gmail.com

**Concepto C – 030 de 2023****Temas:**

DECRETO 1860 DE 2021 – Normas reglamentarias – Mínima cuantía / PRINCIPIOS DE LA CONTRATACION ESTATAL – Principio de Economía – deber de planeación / FRACCIONAMIENTO DEL CONTRATO – Prohibición – Demostración – Desviación o abuso del poder – Modalidades de selección – Desconocimiento – Principio de selección objetiva / ADICIÓN – Contrato estatal – Concepto – Posibilidad / ADICIÓN – Prohibición – Monto – Cálculo – Parágrafo artículo 40 – Ley 80 de 1993

**Radicación:**

Respuesta a consulta P20230208001098

Estimado señor Rodríguez Naranjo:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública– Colombia Compra Eficiente responde su consulta remitida el 08 de febrero de 2023.

**1. Problema planteado**

En relación con el estado de emergencia económico, social y ambiental por COVID-19 y los Riesgos Contractuales, usted formula las siguientes preguntas:

«¿Cuándo se celebra un contrato invocando la modalidad de selección mínima cuantía puede adicionarse hasta en un 50% de su valor inicial aun superando el monto de la cuantía que determinó la modalidad de selección aplicada?»

Por ejemplo, la mínima cuantía de la Entidad es hasta \$100.000.000, se celebra el contrato por \$90.000.000 y luego se adiciona en 45.000.000,





¿esto contravendría la modalidad de selección aplicada o constituiría un fraccionamiento aun existiendo una causa justificada para la adición que se realiza.?». [SIC]

## 2. Consideraciones

En ejercicio de las competencias establecidas en el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a esta Agencia como una autoridad para solucionar problemas jurídicos concretos de todos los partícipes de la contratación estatal ni para asesorar Procesos de Contratación.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública<sup>1</sup>. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a cada entidad y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

En atención a lo anterior, la Subdirección de Gestión Contractual, dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal, para tal efecto se analizarán los siguientes temas: i) Modalidad de selección de mínima cuantía. Regulación y características del procedimiento; ii) Principios de la contratación estatal enfocados en la escogencia de la modalidad de selección, iii) Del fraccionamiento del contrato y; iv) Adición del contrato.

<sup>1</sup> La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5° de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8° del artículo 11 *ibidem* señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general».





La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– se refirió a la definición y los límites de la adición del contrato estatal en los conceptos C-062 del 25 de marzo de 2020, C-063 del 10 de marzo de 2021, C-277 del 21 de junio de 2021, C-411 del 17 de agosto de 2021, C-579 del 9 de noviembre de 2021, C-092 del 22 de marzo de 2022, C-152 del 1 de abril de 2022, C-784 del 21 de noviembre de 2022 y C-816 del 28 de noviembre de 2022<sup>2</sup>. Las tesis expuestas en dichos conceptos se exponen y, en lo pertinente, se complementa a continuación.

## 2.1. Modalidad de selección de mínima cuantía. Regulación y características del procedimiento

En esta modalidad de selección contractual, la entidad estatal realiza una convocatoria pública para recibir ofertas de bienes o servicios cuyo valor no excede el diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la entidad, el factor determinante para llevar a cabo tal procedimiento es la cuantía –calculada como presupuesto oficial a partir del estudio del sector–, independientemente de su objeto<sup>3</sup>.

Fue creada por el artículo 274 de la Ley 1450 de 2011, por medio del cual se adiciono el numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, el cual posteriormente ha sido modificada por el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, y por el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 – Ley de Emprendimiento –, a través de la normativa enunciada se regula el Proceso de Contratación de mínima cuantía, disponiendo que el factor determinante para adelantarla es el valor del presupuesto oficial con independencia de su objeto. Por lo demás, como en este procedimiento el contrato se perfecciona con la aceptación de la oferta, se considera un sucedáneo de los denominados «contratos sin formalidades plenas»<sup>4</sup>.

En esencia, el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 conserva a grandes rasgos el procedimiento previsto en el derogado artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, el cual define los

<sup>2</sup> Estos conceptos pueden ser consultados en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos#>

<sup>3</sup> Esto lo ratifica el artículo 2.2.1.2.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015

<sup>4</sup> Al respecto, la jurisprudencia explica que «[...] los contratos sin formalidades plenas no están previstos por la legislación nacional, pues [...] el párrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993 fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Ahora se les denomina contratos de mínima cuantía y se encuentran regulados por los artículos 2 de la Ley 1150 de 2007 y 94 de la Ley 1474 de 2011 [...]; no obstante la denominación que reciban, realmente los contratos de mínima cuantía están desprovistos de algunas formalidades, como la instrumentación por escrito del acto contractual y ello hace que el tratamiento sea muy similar al que reciben los denominados contratos sin formalidades plenas; sin embargo, es de anotar que en el proceso de formación del consentimiento en los contratos de mínima cuantía, quien presenta la oferta es quien tiene la expectativa de contratar con la entidad estatal y ésta, a su turno, es la que acepta, de manera expresa e incondicional, la oferta presentada por el particular, sin que en estos casos pueda darse el perfeccionamiento del contrato por el consentimiento tácito de los intervinientes, contrario a lo que sucedía en los contratos sin formalidades plenas» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 3 de octubre de 2012. Exp. 26.140. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera).





aspectos generales del procedimiento contractual<sup>5</sup>. No obstante, aludiendo expresamente al desarrollo reglamentario, el párrafo primero introduce el siguiente cambio: «Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones a MiPymes o establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.»

Esta modificación es importante, pues antes de la Ley de Emprendimiento era imposible limitar a Mipyme los procesos de selección de mínima cuantía, especialmente, cuando el artículo 94 la Ley 1474 de 2011 disponía que no era aplicable la Ley 816 de 2003, «Por medio de la cual se apoya a la industria nacional a través de la contratación pública», ni el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, relacionado con la promoción del desarrollo en la contratación pública. A partir de la expedición del párrafo 2 del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, «La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. En particular no se aplicará lo previsto en la Ley 816 de 2003». Es decir, al no prohibir la aplicación del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, la norma –además de reiterar la importancia de su reglamentación posterior– permite las convocatorias limitadas a Mipymes en esta modalidad de selección. Como se observa, el párrafo 1 del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 dispone que el reglamento es importante para regular: i) las «particularidades del procedimiento de selección» y ii) la posibilidad de realizar estas adquisiciones a Mipymes o establecimientos que correspondan a la definición de «gran almacén».

Con fundamento en lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, «Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin de reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones», reglamentación que entró a operar a partir del 24 de marzo de 2022.

Entre los aspectos reglamentados por el mencionado decreto se encuentra el procedimiento de mínima cuantía. Así las cosas, el artículo 2 modifica la Subsección 5 de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, que se

<sup>5</sup> Ambas normas disponen lo siguiente: «5) Contratación mínima cuantía. La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas:

- »a) Se publicará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas;
- »b) El término previsto en la invitación para presentar la oferta no podrá ser inferior a un día hábil;
- »c) La entidad seleccionará, mediante comunicación de aceptación de la oferta, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas;
- »d) La comunicación de aceptación junto con la oferta constituye para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal».





titula «Mínima Cuantía», por lo que reglamenta esta modalidad de selección con fundamento en lo establecido en el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020. Teniendo en cuenta lo anterior, la nueva Subsección 5 a que se hizo referencia contiene los siguientes artículos: i) 2.2.1.2.1.5.1. que se ocupa de desarrollar el contenido de los estudios previos para la contratación de mínima cuantía; ii) 2.2.1.2.1.5.2. que contiene el procedimiento general de la mínima cuantía, señalando el contenido mínimo de la «invitación» y las distintas etapas y reglas que estructuran esta modalidad de selección, incluyendo la forma en que procederán las convocatorias limitadas a Mipyme, de acuerdo con el mandato del párrafo 1 del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020; iii) 2.2.1.2.1.5.3. que regula un procedimiento especial para las adquisiciones en grandes almacenes cuando se trate de mínima cuantía; iv) 2.2.1.2.1.5.4. el cual establece la posibilidad de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente defina las reglas para la utilización de instrumentos de agregación de demanda en la Tienda Virtual del Estado Colombiano para adquisiciones hasta el monto de la mínima cuantía con Mipyme y con grandes almacenes y; v) 2.2.1.2.1.5.5. el cual establece que la entidad estatal es libre de exigir o no garantías en el proceso de selección de mínima cuantía y en la adquisición de «grandes almacenes».

De esta manera, el artículo 2 del Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, que modifica los artículos del Decreto 1082 de 2015 expuestos en el párrafo anterior, constituye la reglamentación del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, al desarrollar las reglas aplicables a esta modalidad de selección. Como se indicó anteriormente, estas disposiciones rigen para los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición.

La mínima cuantía es un procedimiento de selección «exceptivo»<sup>6</sup>, porque es una excepción adicional a la regla general constituida por la licitación pública. Aunque ambas modalidades implican un llamado general a presentar ofertas, efectuado por la entidad estatal interesada en contratar, la mínima cuantía es distinta de la licitación en otros aspectos, como su conducencia y su procedimiento: lo primero, porque solo procede por razón de una cuantía específica<sup>7</sup>, y lo segundo, porque sus requisitos, etapas y términos son especiales.

<sup>6</sup> DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 463.

<sup>7</sup> La contratación de mínima cuantía es aquella que no excede el 10% de la menor cuantía, o sea, que no supera el 10% de los topes definidos en el artículo 2, numeral 2, literal b) de la Ley 1150 de 2007, que dispone: «Se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas expresados en salarios mínimos legales mensuales.

»Para las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 1.000 salarios mínimos legales mensuales.

»Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 850.000 salarios mínimos legales mensuales e inferiores a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 850 salarios mínimos legales mensuales.





En efecto, a partir de las modificaciones reguladas en el Decreto 1860 de 2021 los requisitos de la mínima cuantía pueden sintetizarse así:

i) La entidad estatal debe realizar los estudios previos en los que señale cuál es la necesidad que pretende satisfacer, el objeto del contrato, sus condiciones técnicas, el valor estimado, el plazo de ejecución y el certificado de disponibilidad presupuestal.

ii) Luego de surtir los trámites previos, la entidad debe publicar en el SECOP una invitación señalando el objeto, las condiciones técnicas y el valor estimado del contrato, expresando además las razones que justifican el cálculo de la cuantía. Asimismo, deberá señalar la forma en la cual se acreditará la capacidad jurídica y la experiencia mínima, en caso de que esta se exija, así como el cumplimiento de las condiciones técnicas exigidas, incluyendo las obligaciones del futuro contrato.

iii) La entidad podrá exigir una capacidad financiera mínima cuando no hace el pago contra entrega a satisfacción de los bienes, obras o servicios. En estos casos, la entidad deberá indicar la forma en la que hará la verificación correspondiente en la invitación. Cabe anotar que este aspecto se encontraba regulado desde la disposición anterior y no hay ninguna modificación en su aplicación en el procedimiento de mínima cuantía reglamentado en el Decreto 1860 de 2021.

Es pertinente resaltar que en el evento en que la entidad determine la necesidad de exigir capacidad financiera en un proceso de mínima cuantía, no podrá requerir la presentación del RUP para realizar dicha verificación. En efecto, de conformidad con el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 el Registro Único de Proponentes – en adelante RUP – no es exigible en algunos procedimientos de contratación, como en la contratación directa, la mínima cuantía, la prestación de servicios de salud, enajenación de bienes del Estado, la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria ofrecidos en bolsas de productos, los contratos de concesión y los contratos que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, que tengan por objeto el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales<sup>8</sup>.

---

»Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 400.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 850.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 650 salarios mínimos legales mensuales.

»Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 120.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 400.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 450 salarios mínimos legales mensuales.

»Las que tengan un presupuesto anual inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 280 salarios mínimos legales mensuales».

<sup>8</sup> «Artículo 6. De la verificación de las condiciones de los proponentes. Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades





Por ello, las entidades estatales deben verificar directamente el cumplimiento de los requisitos habilitantes, como establece en inciso segundo del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007. Las indicadas excepciones a la obligación general de inscribirse en el RUP para celebrar contratos con las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – en adelante EGCAP–, son de interpretación estricta. Esto también se fundamenta en el artículo 2.2.1.1.1.5.1 del Decreto 1082 de 2015, al prescribir que la inscripción en el RUP es imperativa para los sujetos mencionados en el primer inciso del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, salvo las excepciones previstas de forma taxativa en la ley<sup>9</sup>.

En tal sentido, la evaluación de la capacidad financiera, así como el requisito de experiencia en los procesos de selección de mínima cuantía, cuando estas condiciones se requieran, se realizará en los términos establecidos en la invitación, pues las entidades estatales cuentan con discrecionalidad para regular este aspecto, de acuerdo con lo explicado, sin que sea posible exigir la presentación del RUP.

iv) La invitación se debe publicar por un término no inferior a un (1) día hábil, para que los interesados se informen de su contenido y formulen observaciones o comentarios. En este plazo se podrán presentar las solicitudes para limitar la convocatoria a Mipyme colombianas. Este último aspecto materializa la posibilidad de limitar las convocatorias a Mipyme en estos procesos de selección, conforme lo establece el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020.

v) Las observaciones que realicen los interesados deben responderse por la entidad estatal a más tardar antes del inicio del plazo para presentar las ofertas.

vi) En la invitación se deberá incluir un cronograma que tenga en cuenta los términos mínimos establecidos en el artículo 2.2.1.2.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015, así como: a) el término dentro del cual la entidad responderá las observaciones; b) el término hasta el cual podrá expedir adendas para modificar la invitación, el cual, en todo caso, tendrá como límite un día hábil antes a la fecha y hora prevista para la presentación de ofertas de que trata el último plazo de

estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

»No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes. [...]»

<sup>9</sup> «Artículo 2.2.1.1.1.5.1. Inscripción, renovación, actualización y cancelación del RUP. Las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras, con domicilio en Colombia, interesadas en participar en Procesos de Contratación convocados por las Entidades Estatales, deben estar inscritas en el RUP, salvo las excepciones previstas de forma taxativa en la ley».





este numeral, sin perjuicio que con posterioridad a este momento pueda expedir adendas para modificar el cronograma del proceso, en todo caso, las adendas se publicarán en el horario establecido en el artículo 2.2.1.1.2.2.1. del Decreto 1082 de 2015; c) el momento en que publicará un aviso en el SECOP precisando si el proceso efectivamente se limitó a Mipyme o si podrá participar cualquier otro interesado; d) finalmente, se dispondrá un término adicional dentro del cual los proponentes podrán presentar sus ofertas, el cual será de mínimo un (1) día hábil luego de publicado el aviso en que se informe si el proceso se limita o no a Mipyme.

vii) Presentadas las propuestas, la entidad estatal debe revisar las ofertas económicas y verificar que la del menor precio cumpla con los requisitos de participación. Si no los satisface, debe revisar la oferta económica en el segundo mejor precio y así sucesivamente. Esto significa que en la mínima cuantía el precio es el único factor de calificación o asignación de puntaje<sup>10</sup>.

Respecto de los requisitos de participación, las entidades deberán otorgar la oportunidad para subsanar las ofertas en los términos del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, para lo cual establecerán un término preclusivo en la invitación para recibir los documentos subsanables, frente a cada uno de los requerimientos. En caso de que no se establezca este término, los proponentes podrán subsanar sus ofertas hasta antes de que finalice el traslado del informe de evaluación.

viii) El informe de evaluación se debe publicar durante mínimo un (1) día hábil.

ix) La entidad debe aceptar la oferta de menor precio, siempre que cumpla con las condiciones establecidas en la invitación a participar en procesos de mínima cuantía. En la aceptación de la oferta, la entidad debe informar al contratista el nombre del supervisor o interventor del contrato. En tal sentido, el contrato se perfecciona con la comunicación de aceptación de la oferta que envía la entidad estatal al proponente que presentó la oferta económica de menor precio, no requiriéndose, entonces, de la suscripción de una minuta.

x) De existir empate, la entidad aplicará los criterios de que trata el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, conforme a los medios de acreditación del artículo 2.2.1.2.4.2.17. del Decreto 1082 de 2015 o las normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan. Esta disposición se ajusta a la nueva regulación de criterios de desempate establecida en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020.

En esta medida, el procedimiento de selección de mínima cuantía está regulado en el artículo 2, numeral 5, de la Ley 1150 de 2007 y en el Libro 2, Parte 2, Título 1, Capítulo 2, Sección 1, Subsección 5 del Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 1860 de 2021, con la

<sup>10</sup> Como lo indica la doctrina, en la mínima cuantía «El precio es el factor de selección del proponente. Es decir, la *entidad estatal* debe adjudicar el *proceso de contratación* al oferente que cumpla con todas las condiciones exigidas por la *entidad estatal* en los *documentos del proceso* (estudios previos e invitación a participar), y que ofrezca el menor valor. No hay lugar a puntajes para evaluar las ofertas sobre las características del objeto a contratar, su calidad o condiciones» (DÁVILA, Op.cit., p. 515).







particularidad de que el trámite solo sigue las reglas señaladas, razón por la cual no es posible aplicar disposiciones diferentes a las allí previstas.

## 2.2. Principios de la contratación estatal enfocados en la escogencia de la modalidad de selección

El artículo 23 de la Ley 80 de 1993 dispone: “Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a 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 administrativo”.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley 1150 del 2007, ordena que, en el procedimiento aplicable a cada una de las modalidades de selección de contratistas, “deberá observarse los principios de transparencia, economía, responsabilidad”.

Así pues, los principios que rigen la actividad contractual de las entidades estatales están orientados a preservar la objetividad en la selección del contratista, para garantizar el interés general y la realización de los fines del Estado y, a la vez, hacer eficaz la participación, en igualdad de condiciones, de quienes reúnan los requisitos que sean exigidos en los documentos del proceso de contratación.

El principio de transparencia «dispone que la selección de los contratistas debe “edificarse sobre las bases de i) la igualdad y respecto a todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de las reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierto; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración»<sup>11</sup>.

En otras palabras, con el principio de transparencia, se propende por garantizar la imparcialidad, igualdad, moralidad y selección objetiva en las contrataciones adelantadas en el marco del EGCAP, para lo cual entre otras cosas se implementan procedimientos de selección debidamente reglados y prescritos en cuanto a las condiciones propias en los que procede cada uno de ellos en el marco de las compras públicas.

Por otra parte, el principio de economía contenido en la ley 80 de 1993, hace referencia a la eficiencia, eficacia y celeridad con las que se deben desarrollar los procesos de contratación

<sup>11</sup> Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sentencia del 29 de abril de 2015, expediente 29201 con ponencia de Olga Melida Valle de De La Hoz.





estatal, por lo cual en virtud de este principio se insta a que las entidades estatales adelanten sus procesos cumpliendo con los procedimientos y etapas que sean estrictamente necesarios para la escogencia de la propuesta que satisfaga sus necesidades, buscando con ello la optimización de costos y tiempos relacionados con las compras públicas.

En materia de contratación pública, como una manifestación del principio de economía, surge el deber de planeación, el cual «tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden.»<sup>12</sup>

Con respecto al principio de responsabilidad al que refiere el artículo 23 de la ley 80 de 1993, es preciso indicar que, con base a este principio, «los servidores públicos que intervienen en la actividad contractual responderán civil, penal y disciplinariamente, razón por la cual están obligados a cumplir los fines de la contratación, vigilando la correcta ejecución de lo contratado y velando por la protección de los derechos de la entidad y del contratista; responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas; verbigracia, cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo [...]»<sup>13</sup>

### 2.3. Del Fraccionamiento del Contrato

Sobre el fraccionamiento del contrato procede citar lo expuesto por el Consejo de Estado<sup>14</sup>, quien sobre el particular precisó:

<sup>12</sup> Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sentencia del 28 de mayo de 2012, expediente 21489 con ponencia de Ruth Stella Correa Palacio

<sup>13</sup> Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sentencia del 28 de mayo de 2012, expediente 21489 con ponencia de Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>14</sup> Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sentencia del 29 de abril de 2015, expediente 29201 con ponencia de Olga Melida Valle de De La Hoz





«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 8° 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.» (Negrilla fuera de texto)

En esa misma línea, pero en la Sentencia del 31 de enero de 2011 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, expediente 17767 con ponencia de Olga Melida Valle de De La Hoz, se señaló:

«La Corte Suprema de Justicia ha precisado que el fraccionamiento indebido de contratos tiene lugar, “en los eventos en los cuales la administración para eludir el procedimiento de licitación pública, divide disimuladamente el objeto del contrato con el ánimo de favorecer a los contratistas. En su demostración, deben confluír las circunstancias siguientes: i) Que sea posible pregonar la unidad de objeto en relación con el contrato cuya legalidad se cuestiona y, de ser así, ii) **determinar cuáles fueron las circunstancias que condujeron a la administración a celebrar varios contratos, pues solo de esta manera se puede inferir si el actuar se cimentó en criterios razonables de interés público, o si por contraste, los motivos fueron simulados y orientados a soslayar las normas de la contratación pública.**» (Negrilla fuera de texto)

Sobre lo anterior, conviene resaltar que en opinión de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – el fraccionamiento del contrato es una figura jurídica que no puede materializarse cuando se escoge el colaborador de la Administración mediante





contratación directa, pues ninguna de las causales asociadas a esta modalidad de selección<sup>15</sup> dependen del valor, precio o presupuesto del proyecto, como si sucede en el caso de la Mínima cuantía.

Vale la pena destacar que se desconocen los principios que rigen la contratación estatal cuando “se celebran 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 (...) Pero, ¿cuándo se trata de un mismo objeto? La ley no lo dice, pero un objeto es el mismo cuando es naturalmente uno. Dicho, en otros términos, se fracciona un contrato cuando se quebranta y se divide la unidad natural de su objeto”<sup>16</sup>.

Finalmente, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que, por desconocer los principios que inspiran la contratación estatal, el fraccionamiento del contrato impone al juez la obligación de declarar su nulidad absoluta en los términos de los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993.

## 2.4. Adición del Contrato.

Como es sabido, uno de los elementos más comunes en los contratos estatales es el *precio* también conocido como valor. Aunque no todo contrato lo incluye –pues también existen negocios gratuitos– lo usual es que los contratos estatales se perfeccionen como onerosos y, la mayoría de las veces, como conmutativos. Adicionalmente, el precio suele ser el elemento más importante para el contratista, porque equivale a la remuneración que la entidad contratante le pagará por la ejecución del objeto contractual.

Desde la etapa de planeación, en la fase precontractual, las entidades estatales deben calcular el presupuesto oficial, mediante la realización del análisis del sector –que incluye el estudio del mercado– y definir la metodología con la cual estructurarán el precio del contrato. Dicho de otro modo, hace parte de los estudios previos la definición del esquema que la entidad usará para estipular el precio. Tal metodología generalmente depende del tipo de contrato, pues hay algunas modalidades más comunes en los de obra pública; otras más utilizadas en los de prestación de servicios y otras más indicadas para los de concesión, por mencionar algunos ejemplos<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Previstas en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

<sup>16</sup> Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sentencia del 3 de octubre de 2000, expedientes AC-10529 y AC-10968 con ponencia de Darío Quiñónez Pinilla.





No hay, pues, una sola metodología para pactar el precio y, en gran medida, la manera de hacerlo ha obedecido a la costumbre mercantil y a la influencia de disciplinas técnicas, como la ingeniería o la administración de empresas, en la contratación estatal. Dentro de tales esquemas de establecimiento del precio pueden citarse, entre otros: i) los precios unitarios – calculados de acuerdo con las unidades que comprometen el objeto del contrato–, ii) el precio global –que equivale al monto total, sin discriminar unidades–, y iii) la administración delegada de recursos –en la que se distinguen los costos de inversión de los honorarios del administrador–.

Por ejemplo, en los contratos cuyo precio se estructura a partir del sistema de precios unitarios, ha hecho parte de la práctica de los negocios que el contratante le solicite al potencial contratista que separe en su propuesta los costos directos –es decir, los que están directamente implicados en la ejecución del objeto–, de los costos indirectos –que equivalen a los rubros que no tiene que ver de manera inmediata con la ejecución de las actividades contractuales, pero que integran también el precio, bien porque constituyen erogaciones administrativas o contingentes para el contratista o bien porque se dirigen a salvaguardar su ganancia–. En tal sentido, mientras que los costos directos se evidencian en el análisis de precios unitarios –APU–, como la sumatoria de los valores de los *ítems* según su unidad de medida, los costos indirectos se suelen abreviar en las variables que integran el acrónimo AIU –Administración, Imprevistos y Utilidad–, que se calcula como un porcentaje aplicado a los costos indirectos<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> «La manera como las ofertas presentan el precio varía demasiado, incluso por razón de la costumbre que se impone en determinados negocios. Por ejemplo, tratándose de la compraventa, del suministro o la prestación de servicios profesionales –entre otros contratos, que de hecho son la mayoría– el valor que se ofrece no se desglosa para revelar al destinatario su estructura de costos. El proponente se limita a establecer una cifra por la que está dispuesto a asumir ciertas obligaciones, pero el comprador desconoce cómo se compone internamente, es decir, no sabe –ni usualmente le interesa conocerlo– qué parte del valor corresponde a gastos de mano de obra, de transporte, de energía, cuál es la utilidad esperada, entre otros conceptos. En estos casos se limita a conocer con claridad absoluta cuánto le costará el bien o el servicio, porque es lo que pagará.

»Sin embargo, en otros negocios, como la obra pública, la concesión y la consultoría, el Estado está acostumbrado a que se desglosen intensamente los costos, exigiendo no sólo el precio total sino una distinción entre los *costos directos* y los *costos indirectos*. Los primeros son los gastos imprescindibles para ejecutar la obra, entre los que se encuentra: la adquisición de materiales, insumos y suministros, la inversión en equipos, el pago de la mano de obra de las cuadrillas de trabajadores obreros y otros gastos afines –representados en los *ítems* que componen el contrato–. Los *costos indirectos* aluden a los gastos que también son necesarios para la obra, pero que no hacen parte de los elementos mismos con los que se construye, es decir, se trata de los costos de administración de la obra, los imprevistos que se presentan durante su ejecución y la utilidad esperada» (MARÍN CORTÉS, Fabián. El precio. Serie: Las cláusulas del contrato estatal. Medellín: Librería Jurídica Sánchez y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–, 2012. pp. 63-64).

<sup>18</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 14 de octubre de 2011. Exp. 20811, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.





En ese orden de ideas, tanto las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como las excluidas de este –es decir, las que tienen un régimen especial– gozan de autonomía para configurar el precio y para establecer el sistema de pago más apropiado para satisfacer los fines de la contratación, respetando los límites previstos en el ordenamiento. Para las entidades que se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tal autonomía está reconocida en los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, la ejecución de los contratos estatales está sujeta a los cambios propios del paso del tiempo. Así, durante la etapa de planeación, las entidades públicas estiman y determinan las prestaciones que demanda la satisfacción de la necesidad de interés colectivo que se pretende satisfacer. No obstante, durante la ejecución del contrato, las partes identifican alguna de las siguientes situaciones: i) la necesidad de mayores cantidades de bienes o actividades a los inicialmente previstos, a lo que se conoce como «mayores cantidades de obra», «obras adicionales» o adición de «ítems contractuales»; y ii) la necesidad de ampliar las prestaciones contractuales, mediante la ejecución de nuevos ítems o actividades, no incluidos en el contrato inicial, para lo que en la práctica las entidades ejecutan «obras extras» o «amplían el alcance» del contrato mediante la celebración de un «contrato adicional».

No obstante, estos términos –algunos de ellos usualmente empleados en contratos de obra– son nociones doctrinarias que se utilizan en la práctica por las entidades estatales, que actualmente no tienen un fundamento particular en el ordenamiento jurídico, el cual no le asigna efectos específicos a cada uno de ellos. Lo importante es que frente a cualquier incremento del valor inicial del contrato, que es lo que implica una *adición*, por cualquiera de los dos supuestos señalados previamente, e independiente del nombre que se le dé al acuerdo, aplica el límite previsto en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993: «Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales». De manera que aunque es posible celebrar todos los tipos de acuerdos indicados, siempre se debe observar esta última disposición<sup>19</sup>.

Dicha norma, además de consagrar una prohibición trae implícita una autorización, consistente en la posibilidad de adicionar los contratos estatales, siempre que no se supere el tope establecido. Ahora bien, teniendo en cuenta que el peticionario indaga sobre la forma de efectuar el cálculo del límite cuantitativo de la adición, basta con remitirse a lo dispuesto en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 «Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales

<sup>19</sup> Lo anterior, sin perjuicio de lo prescrito por la Ley 1474 de 2011, que en su artículo 85, en relación con los contratos de interventoría, excepciona la aplicación de la restricción analizada, de manera que podrán adicionarse sin importar su monto: «Artículo 85. Continuidad de la interventoría. Los contratos de interventoría podrán prorrogarse por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato objeto de vigilancia. En tal caso el valor podrá ajustarse en atención a las obligaciones del objeto de interventoría, sin que resulte aplicable lo dispuesto en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993».





mensuales».

En consecuencia, al momento de hacer la adición se debe tener en cuenta que el cálculo del límite debe hacerse en salarios mínimos para efectos de que el cálculo del tope sea preciso, de manera que para adicionar un contrato deber dividirse el valor inicial por el salario mínimo vigente al momento de la suscripción del contrato, y luego dividirlo por 2; el resultado obtenido constituirá el número del SMMLV por los cuales podrá adicionarse el contrato. En ese sentido, para evitar equivocaciones, lo ideal es que cada que se efectúe una adición, se estime su valor en salarios mínimos, que se calcularán con base en el vigente al momento de la adición, de manera que se descuenten estos de los salarios mínimos que restan por adicionar, ya que las modificaciones podrían hacerse en diferentes años, porque si el contrato se ejecuta sin existir variación en el valor del salario mínimo la operación sería la misma si se toma el monto en pesos.

El razonamiento anterior se soporta en la forma como la Ley 80 de 1993 estableció el tope para las adiciones, acudiendo a una forma de actualización del valor, de acuerdo con los incrementos que tenga el salario mínimo, lo que resulta especialmente relevante en contratos de larga duración.

### 3. Respuestas

«¿Cuándo se celebra un contrato invocando la modalidad de selección mínima cuantía puede adicionarse hasta en un 50% de su valor inicial aun superando el monto de la cuantía que determinó la modalidad de selección aplicada?»

Por ejemplo, la mínima cuantía de la Entidad es hasta \$100.000.000, se celebra el contrato por \$90.000.000 y luego se adiciona en 45.000.000,

¿esto contravendría la modalidad de selección aplicada o constituiría un fraccionamiento aun existiendo una causa justificada para la adición que se realiza.?».

De acuerdo a lo expuesto en las consideraciones del presente concepto, no existe restricción legal en referencia a la adición de contratos más allá de la contenida en el artículo 40 de la ley 80 de 1993, en el sentido que la restricción establecida por el legislador en materia de adiciones a los contratos estatales es que esta no supere el 50% del valor inicial mismo, expresado dicho valor en términos de SMMLV.

Así las cosas, son dos criterios diferentes el valor inicial del contrato y el de cuantía del proceso, pues el primero surge como el costo que se deberá sufragar por la obtención de un bien o servicio, mientras que el segundo criterio, surge con referencia o guía respecto del presupuesto de la entidad y de la compra a realizar con el fin de determinar el método de selección contractual a través del cual se deba realizar la escogencia de un proveedor; en consecuencia la única





limitante a observar respecto del valor de una adición es que la misma no supere el tope del 50% del valor inicial del contrato, criterio establecido en la ley.

Ahora bien, frente a la segunda parte de su consulta, en el sentido de determinar si al momento de realizar la adición del contrato se supera el tope de la mínima cuantía, se contraviene la modalidad de selección a través de la cual se dio origen al contrato o se constituye un fraccionamiento, es preciso enfocar la respuesta en la aplicación de los principios de la contratación estatal que fueron explicados en los considerandos de este documento. En virtud de los principios, las entidades estatales deben realizar un juicioso estudio de planeación identificando sus necesidades y los medios para satisfacerlas, partiendo de ellos y del deber de planeación que cada entidad debe construir sus documentos previos y estudios para adelantar la contratación encaminados al conocimiento del mercado y de sus partícipes, al igual que a elementos técnicos, financiero y jurídicos que rodean su necesidad, para poder así determinar su necesidad de forma clara y detallada.

Lo anterior con el fin de indicar que es una responsabilidad de las entidades, *ex ante*, al adelantamiento de un proceso de selección, determinar que con las condiciones que se establezcan para adelantar la contratación se satisfaga el 100% de su necesidad, caso tal que la adición de un contrato se vislumbre como una medida excepcional de la administración para poder satisfacer la necesidad frente a criterios que no se pudieron prever al momento de establecer la misma.

Dicho de otra forma, se podría estar frente a un fraccionamiento y/o escogencia errónea de la modalidad de selección, cuando por falencia en la estructuración del proceso la entidad constituye una conducta contraria a los principios de la contratación estatal, subestimando el valor del presupuesto del proceso de selección, para optar por la selección de Mínima Cuantía, a sabiendas, que el valor real de la necesidad a satisfacer es superior al de la mínima cuantía – lo que implica iniciar un proceso de selección diferente, ya sea por licitación pública, selección abreviada, etc.-, lo anterior con el fin único de luego de celebrar el contrato adicionarlo y por vía de esta práctica evadir los requerimientos mayores que tienen las otras modalidades de selección frente al de mínima cuantía.

Esta respuesta tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,







Original Firmado  
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

**Nohelia del Carmen Zawady Palacio**  
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Juan David Cárdenas Cabeza  
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Alejandro Sarmiento Cantillo  
Gestor T1 – 15 de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio  
Subdirectora de Gestión Contractual



DEPARTAMENTO  
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



[www.colombiacompra.gov.co](http://www.colombiacompra.gov.co)