ADVICE &
SERVICE
ONG

Adser.ong@gmail.com
adviceandservice.org
+57 313 347 61 70

ADVICE AND SERVICE ONG

PROPUESTA

APOYO, ORGANIZACIÓN, ACTUALIZACIÓN Y ACOMPAÑAMIENTO CON FINES DE FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL EN LA RECLAMACIÓN DE SALDOS A FAVOR Y NORMALIZACIÓN DE CARTERA, DIFERENTES A FONPET, DEL CÁLCULO ACTUARIAL SECTOR EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE EL CERRITO - VALLE DEL CAUCA.

ADVICE & SERVICE ONG
Adser.ong@gmail.com
adviceandservice.org
+57 313 347 61 70

El Cerrito – Valle del Cauca, 6 de enero de 2026

Señores (as):
MUNICIPIO DE EL CERRITO
Departamento de Valle del Cauca

Motivo: *Propuesta para la Prestación de Servicios de Apoyo a la gestión*

Cordialmente remito para su análisis y evaluación un resumen ejecutivo del proyecto estratégico de "Actualización, depuración y revisión del cálculo actuarial pasivo sector EDUCACIÓN" a fin de adelantar la gestión de saldos a favor, diferentes a FONPET, permitiendo la recuperación de recursos importantes de libre destinación para el Municipio de EL CERRITO VALLE DEL CAUCA, producto del cálculo actuarial (corte 2023 actualizado financieramente a diciembre de 2024) oficializado por la FIDUPREVISORA S.A. en calidad de administradora del FOMAG.

OBJETO CONTRACTUAL: APOYO, ORGANIZACIÓN, ACTUALIZACIÓN Y ACOMPAÑAMIENTO CON FINES DE FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL EN LA RECLAMACIÓN DE SALDOS A FAVOR Y NORMALIZACIÓN DE CARTERA, DIFERENTES A FONPET, DEL CÁLCULO ACTUARIAL SECTOR EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE EL CERRITO – VALLE DEL CAUCA.

Valor depuración = Comisión de éxito sin pago fijo alguno.

Actividad	Suma aproximada a recaudar	Porcentaje Comisión	Valor Propuesta sin impuestos
Actualización, depuración y revisión del cálculo actuarial pasivo sector EDUCACIÓN	$1.000.000.000 a $2.000.000.000 aproximado	10%	10% MÁS IVA

ADVICE & SERVICE ONG
Adser.ong@gmail.com
adviceandservice.org
+57 313 347 61 70

Plazo = 8 MESES empezando desde enero de 2026, no obstante, el mismo se terminará por cualquiera de las siguientes causales: por vencimiento del plazo pactado o por entrega anticipada de los bienes y servicios contratados, la que se presente primero, según las fases.

Contamos con la experiencia y software necesarios para realizar el cruce de base de datos con la FIDUPREVISORA S.A. en calidad de administradora de FOMAG, realizar la revisión, actualización y depuración del cálculo actuarial oficial en el sector educación y, en consecuencia, realizar toda la gestión de cobro de la devolución de saldos a favor del Municipio de El Cerrito.Valle del Cauca.

NO SON RECURSOS FONPET

Lo recursos FONPET (excedentes, pago bonos y cuotas partes, pago nómina pensionados) son realizados y administrados por la Dirección General de Regulación Económica en la Seguridad Social DRESS del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y para el caso particular NO SON LOS MISMOS RECURSOS sino son recursos producto de rezago y saldo a favor.

Los recursos para gestionar son producto de SALDOS de la revisión, actualización y depuración del cálculo actuarial administrado por la FIDUPREVISORA S.A. en calidad de administradora del FOMAG, diferentes a los recursos FONPET descritos anteriormente.

Adjuntamos:

1. *Documentos ONG – RUP*
2. *Experiencia ONG*
3. *Conceptos y soportes modalidad de contratación*
4. *Conceptos y soportes modalidad de pago – comisión de éxito*
5. *Análisis del sector – comisión de éxito*

Con nuestra experiencia, contamos con la justificación legal y económica (estudios previos).

La ONG a través de la prensa nacional denunció el cambio repentino de la metodología para determinar el cálculo actuarial del pasivo pensional sector SALUD y CENTRAL o PROPÓSITO GENERAL, realizado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público: INFOBAE y REVISTA SEMANA a la fecha esperamos la entrega de la ficha técnica del cálculo actuarial que duplicó el pasivo pensional sector salud y propósito general

ACTIVIDADES POR DESARROLLAR

1. Apoyar en la revisión legal y técnica de los parámetros que se encuentran incluidos en el pasivo a cargo del Municipio en sector educación, para la depuración y reclamación de saldos a favor.

2. Apoyar en la revisión legal y técnica de obligaciones que se encuentren incluidas en el pasivo pensional como cuotas partes, para la depuración y reclamación de saldos a favor.
3. Apoyar en la revisión legal y técnica de los aportes que amortizan el pasivo y su aplicación, para la depuración y reclamación de saldos a favor.
4. Realizar mesa técnica de trabajo con la Fiduprevisora S.A. frente al cálculo actuarial de la entidad y el pasivo corriente, para la depuración y reclamación de saldos a favor.
5. Revisión y conciliación del saldo a favor, derivado del resultado del cálculo actuarial realizado por el contratista del Corte 2023 actualizado financieramente a diciembre de 2024.
6. Representar jurídicamente a la entidad con el fin de realizar el cobro efectivo del saldo a favor de la entidad.
7. Realizar los trámites y procedimientos necesarios para observar el cálculo actuarial ante la ENTIDAD COMPETENTE y obtener la depuración y actualización del cálculo a fin de obtener recursos a favor de la entidad de libre destinación.
8. Revisión, depuración y verificación de las bases de datos que sustentan el pasivo corriente, con el fin de identificar y garantizar que todas las objeciones presentadas se han aplicado también al pasivo corriente y sus bases de datos.

EXPERIENCIA DEPARTAMENTOS

- **Resultados obtenidos contratos 2023 con los Departamentos de Atlántico y Sucre**

Departamento Atlántico:

- ✓ Depuramos más de 261 mil millones (55%) del pasivo
- ✓ Logro de Excedentes en Salud y sector Central

Departamento Sucre:

- ✓ Depuramos más de 120 mil millones del pasivo sector educación
- ✓ Logro de Excedentes en Salud y sector Central

- **Resultados obtenidos contrato 2025 con el Departamentos del Chocó**

  - ✓ Devolución de saldos a favor por más de 15 mil millones de libre destinación, de los cuales se sanearon deudas con el Ministerio de Educación.

- **Resultados obtenidos contrato 2025 con el Cerrito Valle del Cauca**

  - ✓ Devolución de saldos a favor por más de 3.4 mil millones de libre destinación

ADVICE &
SERVICE
ONG

Adser.ong@gmail.com
adviceandservice.org
+57 313 347 61 70

NOTA I: *Contamos con la experiencia y software necesarios para realizar el cruce de base de datos con la FIDUPREVISORA S.A. en calidad de administradora de FOMAG, realizar la revisión, actualización y depuración del cálculo actuarial oficial en el sector educación y, en consecuencia, realizar toda la gestión de cobro de la devolución de saldos a favor del Municipio de El Cerrito Valle del Cauca.*

Atentamente,

Wendy J. Mondragon P.
C.C. No. 1.032.420.786
R. Legal ADSER ONG.
NIT. 900.774.761-2

MUNICIPIO DE EL CERRITO VALLE ALCALDIA MUNICIPAL NIT. 800-100-533-5	GESTION JURIDICA GESTION CONTRACTUAL DESPACHO DEL ALCALDE	Código: TS-GJ-GC-02
		Versión: 0
	CONSTANCIA DE CONTRATISTA	Fecha: 01/04/2019
		Página 1 de 1

248-1.1-011

LA SUSCRITA SECRETARIA JURÍDICA Y DE CONTRATACIÓN, A PETICION DE LA PARTE INTERESADA,

H A C E C O N S T A R:

Que **ADVICE AND SERVICE ONG, NIT 900774761**, representado legalmente por **WENDY JOHANA MONDRAGON PARADA**, con cédula de ciudadanía N° **1032420786,** ha suscrito con este ente territorial el contrato que se describe a continuación, el cual reposa en el archivo de Gestión y/o Central del Municipio de El Cerrito, en el cual se pudo constar:

TIPO DE CONTRATO:	**Prestación de servicios**
NUMERO CONTRATO:	**248-1-18.4-328-2025**
OBJETO CONTRACTUAL:	PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE APOYO, ORGANIZACIÓN, ACTUALIZACIÓN Y ACOMPAÑAMIENTO CON FINES DE FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL EN LA RECLAMACIÓN DE SALDOS A FAVOR Y NORMALIZACIÓN DE CARTERA DEL SECTOR EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE EL CERRITO - VALLE DEL CAUCA
PLAZO EJECUCIÓN:	**4 Meses**
FECHA DE INICIO:	**3/05/2025**
FECHA FINALIZACIÓN	**2/09/2025**
VALOR CONTRATO:	**$ 410.690.420**

La anterior constancia se expide a petición de la parte interesada, el día siete (07) de enero de dos mil veintiséis (2026).

EMNA JULIETH CAICEDO MONTAÑO
Secretaria Jurídica y de Contratación (C)

	Nombre	Cargo	Firma
Proyectó:	Emna Julieth Caicedo Montaño	Secretaria Jurídica y de Contratación (C)	
Elaboró:	Yamileth Rudas Zapata	Auxiliar Administrativo	
Revisó:	Emna Julieth Caicedo Montaño	Secretaria Jurídica y de Contratación (C)	

ADVICE &
SERVICE
ONG

Adser.ong@gmail.com
adviceandservice.org
+57 313 347 61 70

ADVICE AND SERVICE ONG

INFORMACIÓN DEL MUNICIPIO

FOMAG - FIDUPREVISORA

{fiduprevisora)

Señor (a)
JOSÉ ARLES TOBON GIRON
Alcalde MUNICIPIO DE EL CERRITO - VALLE
NIT: 800.100.533 - CÓDIGO DANE: 76248
Calle 7 No 11 - 62
MUNICIPIO DE EL CERRITO - VALLE
(2) 2567051/2565244/2565254/3154000257
alcalde@elcerrito-valle.gov.co; desarrollo@elcerrito- valle.gov.co;severoalcaldes@gmail.com

REFERENCIA: CÁLCULO ACTUARIAL APROBADO VIGENCIA 2023 ACTUALIZADO FINANCIERAMENTE A 2024 - DECRETO 3752 DE 2003 E INFORMACIÓN DETALLADA DEL PASIVO PENSIONAL DERIVADO DEL CÁLCULO.

Respetado Doctor(a):

En cumplimiento de lo establecido en el numeral 3° de los artículos 9° y 10° del Decreto 196 de 1995, artículo 9° de la Ley 549 de 199, artículo 5° del Decreto 3752 de 2003, y artículo 16 del Decreto 4105 de 2005, el valor del cálculo actuarial debe actualizarse anualmente, con el fin de mantener ajustado el saldo de la deuda por concepto de pasivo pensional.

FIDUPREVISORA S.A., en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Dirección de Regulación Económica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, informan que el valor del pasivo pensional del cálculo actuarial de docentes aprobado el 30 de Mayo de 2025, liquidado con información de novedades a 31 de Diciembre de 2023, asciende a la suma de **$ 4.158.856.239,** y que actualizado financieramente a Diciembre 31 de 2024 equivale a la suma de **$ 4.544.798.098**

Según lo anterior, se adjunta al presente documento la base de datos de los docentes que presentan pasivo pensional a cargo de la entidad territorial, a partir de esta información se realiza el proceso de liquidación del Pasivo Pensional por la cual se sustenta el valor del pasivo pensional del cálculo actuarial aprobado con corte al 31 de diciembre de 2023.

La base de datos contiene los siguientes campos:

ENTE: Entidad territorial
NUMERO_IDENT
DEPARTAMENTO
MUNICIPIO

{fiduprevisora)

TIPO_IDENT
NUMERO_IDENT
NOMBRES
ESTADO
TIPO VINCULACION
FECHA INICIAL: Se refiere a la fecha de posesión y/o fecha de inicio de tiempo laborado en cada entidad.
FECHA AFILIACION
FECHA FINAL: Se refiere a la fecha hasta la cual es competencia de la entidad territorial.

ORIGEN: Hace referencia al origen de la afiliación del docente CV o CO: Docentes afiliados por Convenios y circular 08- Decreto 196/95, DECRETO 3752/03: Docentes afiliados por decreto 3752/03, LEY 43/75: Para nacionalizados según la proporcionalidad establecida en la ley y CUOTAS PARTES: Por el periodo de tiempo reconocido en una cuota parte pensional a cargo de la entidad territorial.
DIAS A CARGO
DIAS TOTALES PRORRATA
PARTICIPACION: Porcentaje a cargo de la entidad territorial sobre el pasivo total, para las entidades que tienen cuotas partes
VALOR PASIVO ENTIDADES: Valor a cargo entidad territorial por cada docente.
VALOR A CARGO

En este sentido, es importante tener en cuenta que el pasivo pensional derivada del cálculo actuarial a cargo de las Entidades Territoriales con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tiene como base la información de docentes territoriales afiliados de conformidad con lo establecido en el Decreto 196 de 1995 (Artículos 9º y 10º), Circular 08 de 1996, Decreto 3752 de 2003 y los docentes nacionalizados de acuerdo a la distribución contemplada en la Ley 43 de 1975 y los tiempos laborados con anterioridad a la afiliación al Fondo sobre los cuales se reconoció una pensión (cuotas partes pensionales), información a partir de la cual se elaboró el cálculo actuarial y sobre el cual se estableció el pasivo a cargo de las entidades territoriales, en concordancia con lo previsto en el Artículo 5º del Decreto 3752 de 2003 y nota técnica actuarial. (VER ANEXO)

Criterios Distribución del cálculo actuarial:

De conformidad con el artículo 81 de la ley 812 de 2003 y el parágrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, para los docentes territoriales vinculados al Fondo en virtud del decreto 196 de 1995 y la circular 08 de 1996, hasta el 31 de agosto de 2003, independiente de la fecha de corte del cálculo actuarial (31-12-2018), se debe considerar una proporcionalidad a 31 de agosto de 2003 a cargo de la entidad territorial y a partir del 01 de septiembre de 2003 a cargo del Fondo.

Para los docentes territoriales vinculados al Fondo en virtud del decreto 3752 de 2003, la proporcionalidad se extiende hasta la fecha de afiliación al Fondo.

Para los docentes Nacionalizados vinculados antes del 01 de enero de 1980, se mantiene la distribución de qué trata la ley 43 de 1975.

Hasta 31 de diciembre de 1975- 100% a cargo entidad territorial
Año 1976 – 80% a cargo entidad territorial y 20% a cargo de Nación
Año 1977 – 60% a cargo entidad territorial y 40% a cargo de Nación

DEFENSOR DEL CONSUMIDOR FINANCIERO. El FIDEICOMITENTE manifiesta que LA FIDUCIARIA le ha entregado ampliamente de la existencia del Defensor del Consumidor Financiero de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. (quel conoce quien ostenta ese Cargo en LA FIDUCIARIA; que conoce las funciones y obligaciones la figura del Defensor del Consumidor Financiero, y que se le ha suministrado información relacionada con los derechos que como cliente tiene para acudir directamente al Defensor del Consumidor Financiero con el fin de que sean resueltas sus peticiones, quejas y reclamos en los términos establecidos en la Ley, sus Decretos Reglamentarios y demás normas que lo adicionen, modifiquen, o sustituyan. Los datos del Defensor del Consumidor Financiero son Principal: JOSE FEDERICO USTARIZ GONZALEZ. Correo: defensorialfiduprevisora@ustarizabogados.com. Dirección: Carrera 11A No. 96-51 oficina 203 Edificio Oficity de la ciudad de Bogotá. Teléfonos (601) 610 8161 - (601) 610 8164. Fax: (601) 610 8161 Ext: 503 o (601) 610 8164.

Año 1978 – 40% a cargo entidad territorial y 60% a cargo de Nación
Año 1979 – 20% a cargo entidad territorial y 80% a cargo de Nación
A partir del 01 de enero de 1980 - 100% a cargo de Nación.

No obstante, lo anterior para este grupo de docentes nacionalizados, a partir del 01 de septiembre de 2003, el pasivo pensional está a cargo del Fondo.

Para los docentes retirados de todas las vigencias se calculó una reserva contingente.

Se realizó la distribución de la reserva por cuotas partes a cargo de cada entidad de conformidad con el porcentaje establecido para el reconocimiento de la pensión.

A continuación, se detalla el resultado consolidado de la actualización de pasivo pensional a cargo de la entidad territorial, incluida la reserva matemática, descontando la totalidad de los aportes y recursos de FONPET

Detallado de Aportes Aplicados

TOTAL PASIVO A CARGO ENTIDADES A 2023	PASIVO A CARGO ENTIDADES ACTUALIZADO	TOTAL APORTES PERIODICOS	TOTAL APORTES APLICADOS A 2024	PASIVO NETO A 2023 (Actualizado financieramente 2024)
$ 4.158.856.239	$ 4.544.798.098	$ 1.063.636.157	$ 7.995.978.256	-$ 3.451.180.159

CUOTAS PARTES	PASIVO PRESTACIONAL	SGP	SITUADO FISCAL	FONPET A 2022	FONPET 2023
$ -	$ 1.644.287.659			$ 7.924.475.057	$ 243.145.328

DEVOLUCIONES A 2018 (-) (Actualización 2020)	DEVOLUCIONES 201G (-) (Actualización 2020)	CRUCE CUENTAS 201G DIFERENTES A PASIVO CORRIENTE VS FONPET (-)	DEVOLUCION 2022	DEVOLUCION 2023
$ -	$ -	$ -	$ -	$ 2.879.565.945

Principales Variaciones Calculo

Desde el año 2016 se realizó la distribución de las prorratas de tiempo entre Municipio y Departamento de docentes afiliados mediante convenio interadministrativo de financiación y cofinanciación suscritos por los municipios, lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 6º de La ley 60 de 1993 y el artículo 18 de la ley 715 de 2001, en el cual afirma la titularidad del pasivo de los docentes territoriales en cabeza de las entidades, así:

> *(...) El valor actuarial del pasivo prestacional de las entidades territoriales, que deberán trasladar al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, se determinará, para estos efectos, con base en la liquidación que se realice con cada una de ellas, y será financiado con sus propios recursos. (...)"*
> (Se subraya)

DEFENSOR DEL CONSUMIDOR FINANCIERO. EL FIDUCOMITENTE manifiesta que LA FIDUCIARIA le ha entregado ampliamente de la existencia del Defensor del Consumidor Financiero de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. que conoce y quien ostenta ese cargo en LA FIDUCIARIA; que conoce las funciones y obligaciones la figura del Defensor del Consumidor Financiero, y que se le ha suministrado información relacionada con los derechos que como cliente tiene para acudir directamente al Defensor del Consumidor Financiero con el fin de que sean resueltas sus peticiones, quejas y reclamos en los términos establecidos en la Ley, sus Decretos Reglamentarios y demás normas que lo adicionen, modifiquen o sustituyan. Los datos del Defensor del Consumidor Financiero son Principal: JOSÉ FEDERICO USEARTE GONZALEZ. Correo: defensoria@fiduprevisora.com.co. Dirección: Carrera 11A No. 96-51 oficina 203 Edificio Oficity de la ciudad de Bogotá. Teléfonos: (601) 610 8161 - (601) 610 8154. Fax: (601) 610 8161 Ext: 500 o (601) 610 8164.

Ahora bien, para el caso específico de los docentes financiados y cofinanciados, el parágrafo del artículo 4 del decreto 196 de 1995 señala la incorporación de estos docentes al situado fiscal, sin embargo, dicha incorporación no transfiere a la Nación total o parcialmente la titularidad del pasivo pensional de estos docentes. Lo anterior teniendo en cuenta que solo mediante ley del Congreso de la República puede la Nación asumir pasivos pensionales.

Artículo 4º.- *Docentes departamentales y municipales financiados o cofinanciados por la Nación -Ministerio de Educación Nacional.*

*"...**Parágrafo.** - Una vez se venzan los términos de los convenios de plazas financiadas cofinanciadas, los derechos salariales y prestacionales se pagarán con cargo al situado fiscal..."*

Así mismo el decreto 196/95 en su Artículo 10 Numérales 3 y 4, determina la responsabilidad por el pasivo prestacional a cargo de las entidades territoriales, y precisa que los valores que financia la Nación en cumplimiento del artículo 81 de la Ley 812 (Antes situado fiscal), hasta por el monto del corte de cuentas a que se refiere la Ley 91 de 1989 hacen referencia únicamente a los giros o aportes periódicos.

Una vez reafirmada la titularidad del pasivo a cargo de las entidades territoriales, se revisa la administración del situado fiscal para determinar las entidades involucradas en dicho pasivo. De conformidad con el artículo 9 de la Ley 60 de 1993, se puede concluir que la administración del situado fiscal estaba bajo responsabilidad de los departamentos y distritos, a continuación, se transcribe textualmente:

*"...**Artículo 9º.-** Naturaleza del situado fiscal. El situado fiscal establecido en el artículo 356 de la Constitución Política, es el porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación que será cedido a los departamentos, el Distrito Capital y los distritos especiales de Cartagena y Santa Marta, para la atención de los servicios públicos de educación y salud de la población y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49, 67 y 365 de la Constitución Política. El situado fiscal será administrado bajo responsabilidad de los departamentos y distritos de conformidad con la Constitución Política..."*

Así mismo, dentro de **las variaciones de cada vigencia se encuentran los incrementos** en el valor de la mesada ó salario sobre el cual se calculan la reserva docente a docente, las cuales impactan también el valor a cargo de la entidad territorial:

- ✓ Incremento salarial para docentes de conformidad con los decretos salariales para docentes activos.
- ✓ Novedades de Ascensos en el escalafón para docentes activos
- ✓ Novedades de cambio de status dentro del cálculo actuarial: de PENSIONADO ACTIVO A PENSIONADO, cuya reserva pasa del 75 al 100%
- ✓ Reliquidaciones de pensión que ajustan el valor de la mesada de los pensionados.
- ✓ Incremento en el Número de docentes: Nacionalizados por correcciones de fechas o vinculación y Territoriales en atención a la depuración que realizan las entidades territoriales.
- ✓ Se mantiene la inclusión de las prorratas de tiempos laborados por los educadores anteriores a la afiliación al Fondo sobre los cuales existe una pensión reconocida con cuota parte.

Por último, tenemos **la variación dada sobre los aportes de FONPET aplicados al cálculo actuarial,** debido a la redistribución de los mismos, lo anterior teniendo en cuenta el artículo 6 del decreto 2191 de 2013. Modificado por el decreto 2689 de 2014 y Decreto 630 de 2016 (Compilado en el decreto 117 del 26 de enero de 2017- Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda), mediante los cuales se establece el giro de recursos de FONPET en primera instancia para el pago de obligaciones pensionales corrientes de cada vigencia y el excedente para abono a pasivo actuarial. A continuación, se transcribe textualmente:

"...Artículo 2.12.3.8.2.12. Giro de recursos de/ FONPET para e/ pago de obligaciones pensionales corrientes. La Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito

Público, determinará el monto de recursos que puede retirar la entidad territorial del FONPET para financiar el pago de obligaciones pensionales corrientes del Sector Propósito General, teniendo en cuenta el monto de recursos disponibles en el Fondo, el valor presupuestado para pagar la nómina de pensionados durante la actual vigencia o el valor efectivamente pagado por este concepto durante la vigencia inmediatamente anterior..."

De conformidad con lo establecido en el artículo 41 de la ley 2342 de diciembre 15 de 2023, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público efectuará el giro de los recursos acumulados en el sector Educación del FONPET directamente a FIDUPREVISORA S.A. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la vigencia 2024 para cubrir pasivo corriente y el excedente a calculo actuarial, como amortización de la deuda de los entes territoriales.

Una vez se reciban las transferencias de dichos recursos se informará a cada entidad territorial para el respectivo trámite de contabilización.

Finalmente, se recuerda la importancia de revisar la base de datos (para las entidades que tengan pasivo) y presentar debidamente soportadas las objeciones, según formato de novedades, así:

- *Inconsistencias en fechas de nacimiento: Remitir fotocopia del documento de identidad*
- *Inconsistencias en fechas de vinculación y/o posesión: Se tendrán en cuenta solo si la información reportada en la base de datos difiere de la información registrada en los convenios y/o solicitudes de afiliación presentadas en su momento para la afiliación de dichos docentes. Para los docentes nacionalizados deben presentar el certificado de historia laboral a través de la entidad nominadora competente. Es indispensable tener en cuenta que el Fondo solo tendrá en cuenta los tiempos a cargo del Fondo para su modificación. Para inconsistencias en la fecha inicial o de vinculación0 derivada de incorporaciones por traslados entre entidades territoriales, deben reportar la respectiva novedad en los formatos establecidos*
- *Inconsistencias en fecha de afiliación: Remitir listado en Excel y medio magnético, adjuntando copia de los actos administrativos de nombramiento y/o novedades de traslado o incorporación*
- *Inconsistencias en fecha final y/o fecha de retiro: Para las inconsistencias en fecha final derivadas de traslados o incorporaciones en otras entidades, deben reportar la respectiva novedad de traslado en los formatos establecidos*
- *Inconsistencias en fecha de retiro: Hace referencia al retiro definitivo de la docencia, se debe reportar de igual forma la novedad de retiro en los formatos establecidos*
- *Inconsistencias en reservas de tiempos anteriores a la afiliación (cuotas partes): En caso de que las cuotas partes correspondan a tiempos laborados con carácter administrativo, deben presentar la resolución de la pensión, los decretos de nombramiento y el certificado de historia laboral que corrobore la situación presentada*
- *En caso de que la entidad territorial no tenga ningún convenio de afiliación ni solicitud de afiliación con pasivo prestacional, ni ha tenido docentes vinculados a su planta de personal con recursos propios, financiados o cofinanciados, debe informar la situación, para lo cual FIDUPREVISORA revisará contra documentos físicos que reposan en la entidad y les informará*

VIGILADO Superintendencia Financiera de Colombia

{fiduprevisora)

Es importante que las mismas sean remitidas en medio electrónico (archivo Excel), en el caso de las entidades certificadas las novedades deben ser registradas en el Aplicativo Humano.

El plazo máximo para presentar las objeciones, debidamente soportadas es hasta el 30 de noviembre de 2024. Se aclara, que, al no recibir respuesta por parte de la entidad territorial, se entenderá que la base de datos fue aceptada y que no existen inconsistencias para la nueva actualización.

Así mismo, se presenta el cronograma de actividades para el Cálculo Actuarial 2023, lo anterior de conformidad con lo establecido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

ACTIVIDAD	FECHA LIMITE
Remisión BD Calculo corte 2023 actualizado financieramente a 2024 por parte de Fomag a las entidades territoriales, para revisión de los tiempos a prorrata a cargo de cada entidad territorial.	03 al 30 de junio de 2025
Las entidades territoriales pueden remitir inconsistencias u observaciones.	30 de septiembre de 2025
Presentación del cálculo actuarial 2024 incluyendo las novedades y ajustes debidamente justificados por las entidades territoriales, para trámite de aprobación por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.	30 de noviembre de 2025

En caso de requerir aclaración, pueden dirigirla al correo electrónico ingresosyrecaudo@fiduprevisora.com.co

Cordial saludo;

MARIA ANGELA BELTRAN ROJAS
Coordinadora de Cartera e Ingresos
Dirección Administrativa y Financiera FOMAG

Anexo Base de Datos y Ficha Técnica
Elaboró: Alexander Díaz M.

Consumidor Financiero: Dr. JOSÉ FEDERICO USTÁRIZ GÓNZALEZ. Carrera 11 A No 96-51 - Oficina 203, Edificio Oficity en la ciudad de Bogotá D.C. PBX 6108161 / 6108164, Fax: Ext. 500. E-mail: defensoriafiduprevisora@ustarizabogados.com de 8:00 am - 6:00 pm, lunes a viernes en jornada continua". Las funciones del Defensor del Consumidor son: Dar trámite a las quejas contra las entidades vigiladas en forma objetiva y gratuita. Ser vocero de los consumidores financieros ante la Institución. Usted puede formular sus quejas contra la entidad con destino al Defensor del Consumidor en cualquiera agencia, sucursal, oficina de corresponsalía u oficina de aten ción al público de la entidad, asimismo tiene la posibilidad de dirigirse al Defensor con el ánimo de que éste formule recomendaciones y propuestas en aquellos aspectos que puedan favorecer las buena s relaciones entre la Fiduciaria y sus Consumidores. Para la presentación de quejas ante el Defensor del Consumidor no se exige ninguna formalidad, se sugiere que la misma contenga como mínimo los siguientes datos del reclamante: 1. Nombres y apellidos completos 2. Identificación 3. Domicilio (dirección y ciudad) 4. Descripción de los hechos y/o derechos que considere que le han sido vulnerados. De igual forma puede hacer uso del App "Defensoría del Consumidor Financiero" disponible para su descarga desde cualquier Smartphone, por Play Store o por App Store.

DEFENSOR DEL CONSUMIDOR FINANCIERO. EL FIDEICOMITENTE manifiesta que LA FIDUCIARIA le ha enterado ampliamente de la existencia del Defensor del Consumidor Financiero de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. que conoce quién ostenta ese cargo en LA FIDUCIARIA, que conoce las funciones y obligaciones la figura del Defensor del Consumidor Financiero y que se le ha suministrado información relacionada con los derechos que como cliente tiene para acudir directamente al Defensor del Consumidor Financiero con el fin de que sean resueltas sus peticiones, quejas y reclamos en los términos establecidos en la Ley, sus Decretos Reglamentarios y demás normas que lo adicionen, modifiquen o sustituyan. Los datos del Defensor del Consumidor Financiero son Principal: JOSÉ FEDERICO USTARIZ GONZALEZ. Correo defensoriafiduprevisora@ustarizabogados.com. Dirección. Carrera 11A No. 96-51 oficina 203 Edificio Oficity de la ciudad de Bogotá. Teléfonos. (601) 610 8161 - (601) 610 8164. Fax: (601) 610 8161 Ext: 500 o (601) 610 8184.

ADVICE & SERVICE ONG

Adser.ong@gmail.com
adviceandservice.org
+57 313 347 61 70

ADVICE AND SERVICE ONG

CONCEPTOS RELEVANTES CONTRATACIÓN

Colombia Compra Eficiente

Colombia Compra Eficiente
Bogotá D.C., 17/04/2015 Hora 17:2:33s

N° Radicado: 215130002381

Sr(a)
Nicolás Ramos Barbosa

Asunto: Respuesta a consulta # 415140001915
Tema: Contrato de prestación de servicios-Contrato de consultoría
Contratación directa-Concurso de méritos

Estimado/a Sr(a) Ramos

Colombia Compra Eficiente emite respuesta a su consulta con base en su competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 del Decreto ley 4170 de 2011.

En referencia a su consulta frente a la concurrencia de contratación directa y concurso de méritos, Colombia Compra Eficiente considera que la modalidad de selección aplicable es la contratación directa dado que ésta modalidad es especial para cualquier objeto, por las siguientes consideraciones:

- Aun cuando la ley no lo define de manera expresa, podemos afirmar que l principio de economía consagrado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 propende porque en la selección del contratista, la Entidad Estatal cumpla a cabalidad los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable, con austeridad de tiempo, medios y gastos.

En referencia a su consulta elevada en los siguientes términos: *¿cuál es el contrato idóneo para la ejecución de un proyecto de propiedad exclusiva de una ONG, el de consultoría o prestación de servicios profesionales?*, Colombia Compra Eficiente informa que no es competente para absolver consultas de carácter particular, no obstante nos permitimos precisar:

- Consideramos que tal y como lo ha establecido el Consejo de Estado, el criterio de diferenciación entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de consultoría es residual *"el criterio de distinción entre un contrato de consultoría y uno de prestación de servicios, cuando se presentan conflictos sobre el tipo de los mismos, parte de un criterio residual, que se formula de la siguiente manera: Todos los contratos que se encuadren en la descripción legal sobre lo que es una consultoría corresponderá a dicho tipo legal; los demás serán contratos de prestación de servicios."*[1]

El presente concepto se emite con el alcance de que trata el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Muy atentamente,

Iván Unigarro
Subdirección de Gestión Contractual
Proyectó: Vanessa Henao Camacho

1 Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero ponente Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006). Radicación numero: 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832)

Tel. (+57 1) 795 6600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia
www.colombiacompra.gov.co

Agencia Nacional
de Contratación Pública
Colombia Compra Eficiente

FORMATO PQRSD

-Bogotá D.C., 19 Junio 2025

Colombia Compra Eficiente
Rad No. 2_2025_06_19_006212
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 19/06/2025 16:04:47

Señora
Wendy Johana Mondragón Parada
Advice and Service ONG
adser.ong@gmail.com
Ciudad

Concepto C-566 de 2025

Temas: CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL – Deber de elaboración – Obligación de las entidades públicas – Etapa precontractual / CLÁUSULA DE COMISIÓN DE ÉXITO – Contrato estatal – Artículo 40 de la Ley 80 de 1993 / CLÁUSULA DE COMISIÓN DE ÉXITO – Límites – Recursos de destinación específica

Radicación: Respuesta a consultas con radicados No. P20250509004435, P20250509004437 y P20250512004545 (acumuladas)

Estimada señora Mondragón:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde sus solicitudes de consulta del 9 y 12 de Mayo de 2025, en las cuales manifiesta lo siguiente:

> "[...] 1. Teniendo en cuenta que la cláusula de comisión de éxito da lugar a una obligación sujeta al cumplimiento de una condición futura e incierta (OBLIGACIÓN FUTURA CONDICIONAL artículo 1530 Código Civil), ¿es posible, conforme al artículo 41 de la Ley 80 de 1993, celebrar válidamente el contrato sin la expedición previa del Certificado de Disponibilidad Presupuestal (CDP), siempre que el contrato contenga el objeto, la contraprestación y conste por escrito, y que el CDP se expida al momento en que se configure el hecho generador del pago dentro del plazo contractual?
> 2. ¿Dicha práctica vulneraría el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, el cual exige la existencia previa del CDP, o podría entenderse

que existen excepciones similares al régimen de vigencias futuras (por ejemplo, en el caso de obligaciones condicionales futuras que no generan afectación inmediata del presupuesto)?
3. En el evento en que una entidad pública tenga interés en celebrar un contrato con cláusula de comisión de éxito, pero no cuente con disponibilidad presupuestal para afectar recursos mediante un CDP en la etapa precontractual, ¿se encuentra legalmente imposibilitada para adelantar el proceso contractual, incluso si el pago se haría únicamente en caso de éxito? ¿Existe alguna alternativa jurídica que permita a la entidad avanzar en la gestión contractual bajo esta modalidad?, sabiendo que los recursos que se gestionaran con el apoyo del particular no contravienen la ley 1386 de 2010 y serían recursos de libre destinación que necesita gestionar la entidad pública para beneficio del interés general.
4. Cuando una entidad pública desea gestionar recursos con el apoyo técnico de un particular para efectos del cálculo actuarial —por ejemplo, conforme al artículo 42 del Decreto 1523 de 2024— con el fin de identificar saldos a su favor derivados de giros por encima del pasivo pensional, ¿cómo puede armonizar esta gestión con las restricciones presupuestales derivadas del concepto C-641 de 2024 que exige contar con CDP previo incluso en contratos con cláusulas de comisión de éxito? Bajo el supuesto de pago sujeto al cumplimiento de la obligación condicional futura dentro del plazo estipulado en el contrato, si no cuenta con los recursos para expedir el CDP en la etapa precontractual, pero sí necesita los recursos a gestionar, ¿se pierde la gestión?

[...]

1. ¿Puede una entidad territorial celebrar un contrato de prestación de servicios con un particular, con cláusula de comisión de éxito, para recibir apoyo técnico especializado en la revisión actuarial de cálculos que le permitan a la entidad territorial reclamar saldos a favor de libre destinación ante la Fiduprevisora y el Tesoro Nacional, sin que ello contraríe la Ley 1386 de 2010 o constituya delegación indebida de funciones públicas?
2. ¿Puede afirmarse, conforme a la Sentencia del Consejo de Estado Rad. 66556 del 7 de marzo de 2025, que la nulidad absoluta allí decretada se limita a contratos orientados al retiro de excedentes del FONPET (con recursos de destinación específica), y no se aplica a contratos de apoyo técnico cuya finalidad es gestionar recursos de libre destinación sujetos a reclamación técnica?

[...]

1. ¿Desde el punto de vista de la vigilancia de la gestión fiscal territorial, es jurídica y fiscalmente viable que una entidad territorial celebre un contrato con un particular para apoyo técnico en la revisión actuarial y

financiera, con el objeto de reclamar saldos a favor de libre destinación, pactando una cláusula de comisión de éxito?
2. ¿Puede considerarse que este tipo de cláusula –condicionada al resultado efectivo de la gestión técnica– no afecta el principio de planeación ni el control fiscal, dado que no se comprometen recursos públicos hasta que se verifique la efectividad de la recuperación de saldos?
3. ¿Se configura algún tipo de riesgo fiscal o irregularidad para la entidad territorial cuando el contrato condiciona el pago al contratista únicamente a la recuperación efectiva del saldo, sin anticipo, ni apropiación previa, y siempre dentro del plazo contractual?
4. ¿Debe interpretarse la Sentencia Rad. 66556 del 7 de marzo de 2025 como aplicable únicamente a contratos sobre recursos con destinación específica como los del FONPET, y no a los contratos de apoyo técnico cuya finalidad sea estructurar reclamaciones legítimas sobre recursos ordinarios gestionados ante la Fiduprevisora y el Tesoro Nacional?
5. ¿Este tipo de contratación se encuentra en armonía con el principio de eficiencia en el uso de los recursos públicos, en la medida en que la entidad territorial solo asumiría un gasto si efectivamente logra recuperar recursos líquidos a su favor? [...] "

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas 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 Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes del sistema de compra pública. La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia 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. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero señalando algunas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con los problemas jurídicos de su consulta.

1. Problema planteado:

FORMATO PQRSD

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Es posible celebrar un contrato estatal sin la expedición previa del Certificado de Disponibilidad Presupuestal (CDP)?¿es posible que el CDP se expida cuando se configure el hecho generador del pago dentro del plazo contractual, como en el caso de cláusulas de comisión de éxito?; ii) ¿Cuáles son los parámetros fijados por el Consejo de Estado para que las entidades territoriales celebren contratos de prestación de servicios con el objeto de reclamar saldos a favor o excedentes relacionados con el pasivo pensional?; iii) ¿Pueden las entidades territoriales pactar cláusulas de comisión de éxito en el marco de los referidos contratos?

2. Respuesta:

i) El numeral sexto del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 estableció el régimen presupuestal en la contratación estatal. En desarrollo del principio de economía, el Estatuto señala que *"las entidades estatales abrirán licitaciones e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales"*. Como se observa, la norma establece de manera expresa el momento o la oportunidad en la que las entidades deben expedir el certificado de disponibilidad presupuestal (CDP) cuando adelanten procesos de contratación. Por expresa disposición del legislador, deben contar con este certificado en una fecha *previa* al momento en que inicia el proceso de selección del contratista.

Esto implica que, en los procesos de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos, las entidades deben contar con el CDP antes de la expedición del acto administrativo de apertura formal del proceso. En la contratación directa, deben expedir el CDP antes del momento en que inicie el proceso de negociación con el futuro contratista.

De acuerdo con lo expuesto, esta Agencia ha sostenido que la expedición del CDP se debe realizar con anterioridad al momento de apertura del proceso de selección o previo a iniciar el proceso de negociación con el futuro contratista en el caso de la contratación directa. Lo anterior, con el fin de que los recursos del Estado se administren con responsabilidad y evitar que se adelanten procesos sin contar con los recursos necesarios para ejecutar el contrato. Esta regla es procedente independientemente de que en el contrato a suscribir existan cláusulas con obligaciones sujetas al cumplimiento de una

condición futura e incierta, como las que menciona en su consulta. En ese orden, la regla presupuestal que el legislador estableció en el numeral 6 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, aplica incluso en los contratos que tienen la modalidad de pago de *cuota litis*, *primas o comisiones de éxito*, toda vez que la Ley no hizo ninguna exclusión.

Esta postura es concordante con los parámetros que ha establecido el Consejo de Estado para la inclusión de estas cláusulas en los contratos estatales. Esta corporación ha señalado que una regla fundamental es que el pago de la comisión se encuentre presupuestalmente respaldado. Para lo anterior, la jurisprudencia subraya que las Entidades Estatales deben cumplir *de manera estricta* las disposiciones que les son aplicables en materia presupuestal, lo cual incluye la obligación de contar con el CDP en los términos fijados expresamente en la Ley 80 de 1993. Por esta razón, la disponibilidad presupuestal y el registro presupuestal deben incluir las previsiones de los posibles pagos en virtud del pacto de comisiones de éxito, aun cuando estos pagos no se realicen, teniendo en cuenta las actuaciones que la entidad estime que se alcanzarán a adelantar dentro de una vigencia presupuestal.

ii) Sobre el segundo problema jurídico, es importante reiterar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente no puede definir un criterio universal y absoluto por vía consultiva, sino que brinda elementos hermenéuticos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad. Por ello, serán las Entidades Estatales las facultadas para dilucidar en cada caso particular y concreto la posibilidad de celebrar contratos con el objeto de reclamar los excedentes específicos a los que se refiere el artículo 42 del Decreto 1523 de 2024 que incluyan cláusulas de comisión de éxito. No es competencia de esta Agencia tomar determinaciones sobre el ejercicio de funciones privativas de determinadas entidades o pronunciarse sobre la destinación o naturaleza de recursos los recursos o excedentes resultantes del traslado de recursos del FONPET al FOMAG. Su competencia se limita a la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública.

A pesar de lo anterior, las Entidades Estatales que pretendan suscribir contratos de prestación de servicios para retirar los excedentes que se produzcan con ocasión al pago del pasivo pensional deberán considerar como parámetros esenciales: (1) la competencia para solicitar el retiro de estos

recursos y (2) la naturaleza y destinación de los mismos. Según lo establecido por el Consejo de Estado en la sentencia por usted referida, los siguientes son criterios que deberían considerar las Entidades Estatales:

(a) Si se trata de una competencia privativa de la entidad territorial, de modo que debe ser ejercida por su representante legal;

(b) Si se trata no solo de un derecho, sino también de una facultad discrecional del ente territorial que implica la administración de recursos y la ordenación del gasto en la asignación de los mismos;

(c) Si se trata de una competencia que es indelegable por su naturaleza, en los términos establecidos en el numeral tercero del artículo 11 de la Ley 489 de 1998. Sobre este punto el análisis del Consejo de Estado resalta la necesidad de identificar si se trata de funciones que por mandato constitucional y legal están en cabeza de la entidad territorial. Como aspectos que evidencian lo anterior, consideró si el trámite que se pretende adelante el contratista debe ser suscrito por el representante legal de la entidad o si requiere la acreditación de requisitos con certificaciones suscritas por el mismo; y

(d) Si se trata de competencias que están asociadas a la gestión de recursos que tienen una destinación especifica. Al respecto, es fundamental que la entidad considere el marco jurídico legal y reglamentario que establece las fuentes y la forma en que la entidad puede disponer de los recursos. Esto implica que también se trate de obligaciones que solo corresponde asumir al representante para garantizar la finalidad específica de las fuentes de financiación de los recursos involucrados.

iii) Por último, con respecto a la posibilidad de pactar comisiones de éxito en los contratos estatales, vale la pena destacar que las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no regulan expresamente este tipo de cláusulas. Sin embargo, su inclusión en los contratos estatales es, en principio, posible en virtud del artículo 40, inciso segundo, de la Ley 80 de 1993

Lo anterior significa que la ley otorga libertad a las Entidades Estatales para incluir las cláusulas, modalidades y condiciones en los contratos que celebren, siempre y cuando cumplan con exigencias relacionadas con la necesidad y conveniencia para el cumplimiento de los fines estatales y con el respeto del ordenamiento jurídico. En este sentido, las entidades pueden

pactar la cláusula de comisión de éxito en los contratos estatales en donde sea necesaria y conveniente para la consecución de los fines estatales, de acuerdo con la justificación que al respecto realice la Entidad Estatal en la etapa de planeación. Así, se trata de una figura del derecho privado que se presenta como una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad dentro de las cláusulas accidentales de los contratos, pero que en todo caso se encuentra sujeta a los principios de la contratación y a los límites que impone el ordenamiento jurídico.

En atención a los principios de la función administrativa, las Entidades deberán fijar los honorarios de forma proporcional al servicio contratado; y la inclusión de la modalidad de pago de cuota litis o una cláusula de prima de éxito debe atender al principio de planeación que rige la contratación estatal. En este contexto, la disponibilidad o el registro presupuestal deben incluir las previsiones de los posibles pagos en virtud del pacto de la comisión de éxito, aun cuando estos pagos no se realicen, teniendo en cuenta las actuaciones que la Entidad estime que se alcanzarán a adelantar dentro de una vigencia presupuestal, toda vez que, en la mayoría de los casos estos procesos pueden durar más de un año y se podría afectar el principio de anualidad que rige los procesos contractuales".

Ahora bien, la posibilidad de pactar este tipo de cláusulas en contratos de prestación de servicios encuentra límites con respecto a la destinación y naturaleza de los recursos con los que se pretende pagar la comisión de éxito. Según lo establecido por el Consejo de Estado en la sentencia referida, las entidades *no pueden pactar comisiones de éxito cuando su pago se realice con recursos que tienen una destinación específica*. En efecto, cuando se pacta el pago de un porcentaje sobre recursos de esta naturaleza, se establece una destinación nueva para los mismos en contravía de los procedimientos y límites establecidos por el legislador y el constituyente. Esta prohibición se extiende incluso a los casos en que una parte de los recursos correspondan a propósitos generales o sean de libre destinación, de los cuales se pensaría podría extraerse el pago de la comisión de éxito. En palabras del Consejo de Estado "las partes del contrato no tienen la competencia para asumir la función de las corporaciones públicas y establecer en el contrato de la *litis* el compromiso, modificación del presupuesto y la destinación de los recursos, desconociendo las autoridades que conforme a la normativa constitucional son

las encargadas de expedir los presupuestos y definir la destinación de los recursos de la entidad".

3. Razones de la respuesta:

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

(i) Con respecto al primer problema jurídico planteado, es importante resaltar que el presupuesto de una Entidad Estatal está compuesto por los recursos públicos en dinero y su distribución efectiva para viabilizar el cumplimiento de las funciones que la ley le ha señalado a cada organismo del Estado. Para la debida asignación y distribución de los recursos públicos, las Entidades deben cumplir los procedimientos señalados en las normas para su correcta ejecución, observando la regulación presupuestal, donde se establecen diferentes requisitos que comportan deberes ineludibles que tienen como finalidad el control del gasto. Una forma de ejecutar el presupuesto consiste en la celebración de contratos estatales, con la finalidad de adquirir o ejecutar bienes, obras o servicios requeridos para satisfacer las necesidades de las Entidades Estatales.

En desarrollo de lo anterior, los artículos 345, 346 y 347 de la Constitución Política establece los principios esenciales que rigen el presupuesto público y que gobiernan el régimen contenido en el Estatuto Orgánico del Presupuesto –EOP–[1]. Entre estos presupuestos esenciales, la Corte Constitucional ha explicado que la *disponibilidad presupuestal* constituye un instrumento protector del principio constitucional de la legalidad del gasto público, al respecto señaló que:

> "[e]n relación con la exigencia de disponibilidad presupuestal, ella hace parte del principio de legalidad del gasto público, estableciendo en los artículos 345, 346 y 347 de la Constitución Política, [...] la disponibilidad se concibe como un instrumento mediante el cual se busca prevenir o evitar que el gasto sea realizado por encima del monto máximo autorizado por la correspondiente ley anual del presupuesto durante su ejecución. [...]"[2].

[1] Las leyes Ley 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995 fueron expedidas en desarrollo del artículo 352 constitucional. Estas fueron luego compiladas en el Decreto 111 de 1996, conocido como el Estatuto Orgánico de Presupuesto.

[2] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-073 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

De esta forma, según el marco jurídico y la interpretación realizada por la jurisprudencia constitucional, las entidades del Estado tienen el *deber* de contar con la disponibilidad de recursos para asumir gastos u obligaciones. Esta obligación es una expresión del principio de legalidad del gasto público que se enmarca en el mandato constitucional de la legalidad de las actuaciones públicas y que permea todo el régimen regulado por el Estatuto Orgánico del Presupuesto. En materia contractual, su cumplimiento se refleja necesariamente mediante la expedición del Certificado de Disponibilidad Presupuestal (CDP) de forma *previa* a que la entidad asuma obligaciones o compromisos de éste tipo, como una garantía de la existencia de recursos suficientes para atender los gastos que serán asumidos por el Estado durante la ejecución.

El Consejo de Estado se ha referido a las normas que regulan la *disponibilidad* y el *registro* presupuestal, junto con la autorización para comprometer vigencias futuras de carácter ordinario y excepcional. De acuerdo con la alta corporación, la regulación de estos elementos presupuestales se soporta en dos grandes cuerpos normativos:

> "[...] i) normativa presupuestal prevista en la Ley 80 de 1993 y ii) normativa presupuestal especial contenida en el Estatuto Orgánico de Presupuesto, compuesto, a su vez, por varias normas: a) Decreto 111 de 1996 -que compiló las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995-; b) Decreto 115 de 1996, por el cual se establecieron normas sobre la elaboración, conformación y ejecución de los presupuestos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta sujetas al régimen de aquéllas dedicadas a actividades financieras; c) Ley 819 de 2003, que modificó la Ley 179 de 1994; y d) Ley 1483 de 2011, que autorizo las vigencias futuras excepcionales en las entidades territoriales"[3].

Específicamente, el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 estableció el régimen presupuestal en la contratación estatal. En desarrollo del principio de economía, el Estatuto impone las siguientes reglas:

> "6o. Las entidades estatales **abrirán licitaciones e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.**

[3] CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 12 de Agosto de 2014. Exp. 28565. C.P. ENRIQUE GIL BOTERO

> 7o. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.
>
> [...]
>
> 12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.
>
> [...]
>
> 13. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.
>
> 14. Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados [...]"[4]. [Énfasis fuera del texto original]

Como se observa, la norma establece de manera expresa el momento o la oportunidad en la que las entidades deben expedir el certificado de disponibilidad presupuestal cuando adelanten procesos de contratación. Por expresa disposición del legislador, deben contar con este certificado en una fecha *previa* al momento en que inicia el proceso de selección del contratista. En concordancia con la citada disposición, la Ley 1882 de 2018, que modificó algunas disposiciones del EGCAP, entre ellas, la adición al parágrafo del artículo 8 de la Ley 1150 de 2007, establece que "[...] *no es obligatorio contar con disponibilidad presupuestal para realizar la publicación del proyecto de pliego de condiciones*".

En ese orden, la norma precisa que, en procesos competitivos, el certificado de disponibilidad presupuestal debe ser expedido por la entidad

[4] Ley 80 de 1993, artículo 25.

contratante *antes* de que inicie formalmente la etapa de selección del contratista, es decir, previo a la expedición y publicación del acto administrativo de apertura del proceso. De esta manera, no es obligatorio contar con el certificado en las etapas preparatorias del proceso de selección, como al momento de publicación del aviso de convocatoria pública, en la publicación de los estudios previos o del proyecto de pliego de condiciones en los procesos licitatorios. No obstante, si la entidad contratante puede expedir el certificado de disponibilidad presupuestal con anterioridad a la expedición del acto de apertura, estará actuando dentro del marco legal existente.

En consecuencia, según el numeral 6 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, las Entidades Estatales deben expedir el certificado de disponibilidad presupuestal con anterioridad al inicio del proceso de selección. Esta regla aplica según la modalidad de selección de la siguiente forma:

(i) En los procesos de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos, las entidades deben contar con el CDP antes de la expedición del acto administrativo de apertura formal del proceso
(ii) En los procesos de mínima cuantía deben contar con el CDP al momento de la invitación pública
(iii) En la contratación directa, deben contar con el CDP al momento en que inicia el proceso de negociación con el futuro contratista [5], pues la norma señala que "iniciarán los procesos" cuando existan las respectivas disponibilidades presupuestales.

Este mandato de la Ley 80 de 1993 está en consonancia con el principio constitucional de legalidad del gasto público, el cual acarrea la obligación de contar con disponibilidad presupuestal antes de asumir un gasto o una obligación. Adicionalmente, es una manifestación del principio de economía porque obliga a las entidades contratantes a que verifiquen administrativamente que cuentan con los recursos necesarios para cumplir los compromisos que asuman en la relación negocial, antes de celebrar el contrato, e incluso, antes de expedir los actos administrativos derivados de su actividad contractual.

En armonía con el numeral 6° del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el artículo 71 del Decreto 111 de 1996 –Estatuto Orgánico del Presupuesto– trata del deber de contar con el Certificado de Disponibilidad Presupuestal como

[5] CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 12 de Agosto de 2014. Radicado 28565: https://servicios.consejodeestado.gov.co/WebRelatoria/ce/index.xhtml

garantía de que existen los recursos necesarios para abrir procedimientos de selección e iniciar procesos de suscripción de contratos. En efecto, la norma señala que:

> "Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales *deberán contar con certificados de disponibilidad previos* que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.
>
> Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.
>
> En consecuencia, *ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes*, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del CONFIS o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.
>
> [...]
>
> Cualquier compromiso que se adquiera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones (Ley 38 de 1989, art. 86, Ley 179 de 1994, art. 49)" [Énfasis fuera del texto original].

En concordancia con lo anterior, el Consejo de Estado expresó respecto de la disponibilidad y el compromiso presupuestal, que:

> "En virtud de la expedición del certificado de disponibilidad presupuestal la entidad imprime fe de que existen los fondos necesarios para contraer determinadas obligaciones. Sin embargo, en virtud del certificado no se afecta de manera inmediata la respectiva apropiación, simplemente la aparta de forma transitoria mientras se lleva a cabo el perfeccionamiento del compromiso presupuestal, lo cual se logra a través del registro presupuestal. En otras palabras, el registro presupuestal es el mecanismo mediante el cual se afecta la apropiación de forma definitiva, acto que si bien a su turno se traduce en el perfeccionamiento del compromiso presupuestal no es lo mismo que el perfeccionamiento del contrato en tanto el registro se obtiene luego de que el contrato nace a la vida jurídica y no antes y además no consulta un consenso entre las partes.

[...]

> Conviene recordarse que el certificado de disponibilidad presupuestal, en el terreno de lo contratos estatales sometidos al imperio de la Ley 80, no corresponde a un requisito de perfeccionamiento del negocio jurídico, pues su exigencia se circunscribe a una etapa previa a su ocurrencia, esto es, debe obtenerse con anterioridad a la apertura al procedimiento de selección que habrá de dar origen a la relación contractual. Lo mismo puede decirse del registro presupuestal en el ámbito de cobertura del Estatuto de Contratación Estatal, habida consideración de que su implementación constituye una exigencia para la ejecución del contrato y no para su existencia"[6].

De acuerdo con lo expuesto, esta Agencia ha sostenido la postura de que la expedición del certificado de disponibilidad presupuestal se debe realizar con anterioridad al momento de apertura del proceso de selección o previo a iniciar el proceso de negociación con el futuro contratista en el caso de la contratación directa. Lo anterior, con el fin de que los recursos del Estado se administren con responsabilidad y evitar que se adelanten procesos sin contar con los recursos necesarios para ejecutar el contrato. Esta regla es, entonces, procedente independientemente de que en el contrato a suscribir existan cláusulas con obligaciones sujetas al cumplimiento de una condición futura e incierta, como las que menciona en su consulta. En ese orden, la regla presupuestal que el legislador estableció en el numeral 6 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, aplica incluso en los contratos que tienen la modalidad de pago de *cuota litis*, *primas o comisiones de éxito*, toda vez que, la Ley no hizo ninguna exclusión. Por lo anterior, no será posible que en los contratos estatales en los que se incluyan estas cláusulas, las entidades omitan el principio de legalidad en materia presupuestal y realicen la expedición del certificado de disponibilidad presupuestal en un momento distinto al que exige la normativa.

Además del principio de legalidad del gasto público y el de economía, la obligación de expedir y contar con disponibilidad presupuestal en la actividad contractual al momento de iniciar el proceso de selección del contratista tiene cimiento en el deber de planeación y el principio de buena fe que vincula a las entidades. A través del certificado de disponibilidad presupuestal, la entidad garantiza que cuenta con recursos suficientes dentro de su presupuesto para

[6] CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del del 24 de febrero de 2016. Exp. 46.185. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

atender la prestación económica que se derivará del contrato [7]. Al mismo tiempo, otorga garantía a sus futuros contratista en relación con el respaldo económico para pagar las obligaciones que adquiere, aunque su cumplimiento se encuentre sujeto a una condición. Por esta razón, la disponibilidad presupuestal y el registro presupuestal deben incluir las previsiones de los posibles pagos en virtud del pacto de cuota litis o prima de éxito, aun cuando estos pagos no se realicen, teniendo en cuenta las actuaciones que la entidad estime que se alcanzarán a adelantar dentro de una vigencia presupuestal.

(ii) Ahora bien, con respecto a la posibilidad de pactar comisiones de éxito en los contratos estatales, vale la pena destacar que las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no regulan expresamente éste tipo de cláusulas. Sin embargo, su inclusión en los contratos estatales es, en principio, posible en virtud del artículo 40, inciso segundo, de la Ley 80 de 1993, el cual señala que "Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales". Además, el inciso tercero *ibidem* establece que en los contratos que celebren las Entidades Estatales 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 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y a los de la buena administración.

Lo anterior significa que la ley otorga libertad a las Entidades Estatales para incluir las cláusulas, modalidades y condiciones en los contratos que celebren, siempre y cuando cumplan con exigencias relacionadas con la necesidad y conveniencia para el cumplimiento de los fines estatales y con el respeto del ordenamiento jurídico. En este sentido, las entidades pueden pactar la cláusula de comisión de éxito en los contratos estatales en donde sea necesaria y conveniente para la consecución de los fines estatales, de acuerdo con la justificación que al respecto realice la Entidad Estatal en la etapa de planeación. Así, se trata de una figura del derecho privado que se presenta como una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad dentro de las cláusulas accidentales de los contratos, pero que en todo caso se encuentra

[7] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-018 de 1996: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-018-96.htm

sujeta a los principios de la contratación y a los límites que impone el ordenamiento jurídico.

Al tener la naturaleza de cláusulas accidentales y de obligaciones condicionales, las comisiones de éxito deben someterse a las reglas que la jurisprudencia ha fijado para su inclusión y ejecución en los contratos estatales. Particularmente, el Consejo de Estado ha establecido los siguientes parámetros para las comisiones de éxito en los contratos de prestación de servicios, tipología donde es más frecuente su utilización:

> "[...] la Sala considera que la estipulación de la comisión de éxito por virtud del principio de conmutatividad exige que se pacte por el Estado y los contratistas con base en referentes objetivos que se aproximen a un real equilibrio económico, sin sujetarse solamente a supuestos convencionales, bajo las siguientes reglas fundadas en el principio de conmutatividad: (1) por virtud del principio de planeación[8] para la fijación de una comisión de éxito en los contratos de prestación de servicios que suscriba una entidad pública se debe establecer en los estudios previos la metodología y la escala de límites razonables para determinar la cuantía de la misma con el objeto de responder al principio de conmutatividad; (2) así mismo, se debe contar con los estudios financieros, económicos y presupuestales, que permitan sustentar y determinar su proyección en tiempo y cuantía, lo que debe quedar incorporado en los pliegos de condiciones y en el contrato, de manera que no se convierta en una obligación indeterminada, no motivada e irrazonable[9], que pueda afectar el interés público o

[8] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, "El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico", ob., cit., p.26. La sujeción al principio de planeación implica que los elementos del concepto del contrato estatal "no resultan lógicos ni entendibles, ni mucho menos acertados, dentro del esquema de la configuración objetiva de la conmutatividad y todo lo que ella implica, al igual que en la construcción, regulación o extinción de relaciones jurídicas patrimoniales, si no corresponden a un negocio debidamente estructurado, pensado, diseñado conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; esto es, si el negocio no se ajusta al desarrollo y la aplicación adecuados y cabales del denominado principio de planeación o de planificación aplicada a los procesos de contratación y a las actuaciones relacionadas con los contratos del Estado; en otras palabras, se busca por el ordenamiento jurídico que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación o de la mediocridad. La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal.

[9] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, "El carácter conmutativo y pro regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico", ob., cit., p.29. "El legislador está radicando en cabeza de las autoridades responsables de la contratación pública una relativa libertad de estimación para adoptar las soluciones de configuración y contenido del contrato que consideren mejores y más apropiadas para atender los intereses públicos. Estas decisiones, para deslindarlas radicalmente de cualquier aproximación a la arbitrariedad, necesariamente deben ser motivadas, y se deben expresar las razones que sirven de fundamento a las decisiones contractuales adoptadas y objetivamente justificadas, esto es, conforme a las exigencias doctrinales, respaldadas y justificadas en los datos y pruebas objetivas que de manera concreta justifican la medida o decisión acogida".

general[10], y vulnerar el principio de conmutatividad; (3) para el reconocimiento y la cuantificación de toda comisión de éxito en los contratos de prestación de servicios debe contarse con los estudios económicos, financieros y de mercado que permitan establecer el valor que pueda representar el resultado o éxito efectivamente logrado con el objeto contratado; (4) el valor de la comisión de éxito comprende tanto el IVA, como los demás impuestos a que haya lugar a cargo del contratista; (5) en los contratos de prestación de servicios sólo se reconocerá la comisión de éxito siempre que efectivamente se logre beneficio [s] o éxito objetivamente identificado en los estudios previos, para el patrimonio público o el interés general; (6) en ningún caso podrá percibirse comisión de éxito por la simple ejecución del contrato cuando no se ha logrado o verificado efectivamente el beneficio o provecho para el patrimonio público; (7) no se puede pagar comisión de éxito por fuera de lo estipulado contractualmente; y, (8) *presupuestalmente debe estar respaldado el pago de la comisión de éxito para su pago, de acuerdo con las normas y reglamentos, y en cumplimiento de la estricta legalidad de las disposiciones presupuestales aplicables por cada entidad pública*[11] *[...]*" [Énfasis fuera del texto original].

Como se observa, una regla fundamental para pactar estas cláusulas en los contratos estatales es que el pago de la comisión se encuentre presupuestalmente respaldado. Para lo anterior, la jurisprudencia subraya que las Entidades Estatales deben cumplir *de manera estricta* las disposiciones que les son aplicables en materia presupuestal, lo cual incluye la obligación de contar con el certificado de disponibilidad presupuestal en los términos fijados expresamente en la Ley 80 de 1993.

Adicionalmente, es importante destacar que, como lo ha establecido la Sección Tercera de esta Corporación, el inicio de un proceso de selección sin

---

Puede verse también: FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, De la arbitrariedad de la administración; Civitas, Madrid, 1994, pp.82 a 89.

[10] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, "El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico", ob., cit., p.23. "El principio del interés general constituye el punto de partida y la columna vertebral de carácter material de la totalidad de los aspectos vinculados a las relaciones contractuales del Estado, incluso se puede considerar el motor sustancial de la totalidad de principios públicos del Estado. Configura elemento y a su vez requisito básico esencial para que realmente se caracterice la actividad contractual del Estado. No puede entenderse ni admitirse como válido un procedimiento contractual, un contrato o cualquier operación relacionada con éste, que no se inspire o tenga como propósito el cumplimiento o la satisfacción de los intereses generales. Desde esta perspectiva, el concepto de interés general se consolida como el más importante y precioso de los sustentos y justificaciones de todo lo relacionado con el contrato en materia estatal".

[11] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 06 de mayo de 2015, Expediente 35268. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

contar con el certificado de disponibilidad presupuestal compromete la responsabilidad personal y patrimonial del funcionario público que adelanta el proceso: "El Estado podrá adelantar procedimientos de licitación o concursos, celebrar contratos o contraer obligaciones sin contar con el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal, omisión que no solo daría lugar a la violación de los principios de legalidad y planeación, sino que comprometería la responsabilidad personal y patrimonial del funcionario que actúa con violación de estos fundamentales principios constitucionales y legales". [12] Esto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 80 de 1993, el cual establece que: "El servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley".

Teniendo en cuenta lo expuesto, esta Agencia ha señalado algunos parámetros para determinar el valor del certificado de disponibilidad presupuestal en los contratos que incluyen cláusulas de comisión de éxito. Por ejemplo, la Agencia recomienda tener en cuenta dos parámetros Para determinar el valor del CDP y del Registro Presupuestal en los contratos con modalidad de pago de "cuota litis" cuyo objeto es la obtención de un porcentaje del objeto del pleito, siempre que éste se gane, las entidades deberán considerar: (i) el valor del pleito y (ii) el porcentaje que hayan establecido las partes si abogado gana el pleito.

En atención a los principios de la función administrativa, las Entidades deberán fijar los honorarios de forma proporcional al servicio contratado; y la inclusión de la modalidad de pago de cuota litis o una cláusula de prima de éxito debe atender al principio de planeación que rige la contratación estatal. En este contexto, la disponibilidad o el registro presupuestal deben incluir las previsiones de los posibles pagos en virtud del pacto de la comisión de éxito, aun cuando estos pagos no se realicen, teniendo en cuenta las actuaciones que la Entidad estime que se alcanzarán a adelantar dentro de una vigencia presupuestal, toda vez que, en la mayoría de los casos estos procesos pueden durar más de un año y se podría afectar el principio de anualidad que rige los procesos contractuales"[13].

---

[12] CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de agosto de 2014. Exp. 28.565. C.P. Enrique Gil Botero.

[13] COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, Concepto No. 2201913000004022 del 12 de junio de 2019, reiterado en el concepto C- 243 del 13 de agosto del 2024.

En ese orden de ideas, los contratos estatales están sujetos al cumplimiento de los principios de la función administrativa, presupuestales y de la contratación estatal, por lo cual, los pagos fijados por la entidad contratante deben ser el resultado de la planeación del contrato y del estudio de sector. Así mismo, las entidades deben verificar la proporcionalidad de las obligaciones del contratista frente el trabajo efectivamente desplegado y deben tener en cuenta criterios como el prestigio del profesional, la complejidad del asunto, la cuantía y la necesidad de conocimientos especializados, entre otros.

(iii). Ahora bien, la posibilidad de pactar este tipo de cláusulas en contratos de prestación de servicios puede tener otros límites con respecto a la destinación y naturaleza de los recursos con los que se pretende pagar la comisión de éxito. Sobre este asunto es necesario referirse a los parámetros que fijó el Consejo de Estado en la sentencia del 7 de marzo de 2025 referida en su consulta[14]. En este caso, el Consejo de Estado analizó si un contrato de prestación de servicios celebrado entre un municipio y un particular adolecía de nulidad absoluta por objeto ilícito. El contrato tuvo como fin la prestación de servicios profesionales para verificar el cubrimiento del pasivo pensional y realizar la recuperación de excedentes en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -en adelante FONPET-.

Para lo anterior, el Consejo de Estado realizó un recuento del marco normativo que regula la gestión del déficit prestacional o pasivo pensional de las entidades territoriales. Resaltó que la Ley 549 de 1999 creó el FONPET como un fondo sin personería jurídica administrado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público que se encarga de recaudar recursos de la nación y de los entes territoriales con dicho objetivo. Las sumas recaudadas o recibidas tienen diversas fuentes, como participaciones de los municipios y recursos de regalías, e ingresan a las cuentas individuales de cada entidad territorial en el Fondo. Luego, este se encarga de que las entidades territoriales financien y cubran su pasivo pensional con estos recursos en tres sectores: (1) Salud (en el cual el pasivo es estimado por el Grupo de Pasivo Prestacional del Sector Salud de la DGRESS del Ministerio), (2) Educación (en el cual el pasivo pensional es estimado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG-Fiduprevisora) y Propósito General (pasivo pensional del sector central de la Administración). El cálculo del pasivo pensional se actualiza y se comunica a las

[14] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del siete (7) de marzo de dos mil veinticinco (2025). Rad: 66556. C.P. María Adriana Marín.

entidades anualmente con base en la información reportada a través del Programa Pasivocol[15].

A pesar del rol que cumple el FONPET como administrador de los recursos, la responsabilidad del pago de los pasivos pensionales es, en todo caso y de manera exclusiva, de la entidad territorial, tal como lo establece el artículo 2.12.3.1.9 del Decreto 1068 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público. Sobre este aspecto, el Consejo de Estado reiteró que el apoyo del gobierno nacional para que las entidades territoriales paguen su pasivo pensional no implica que asuma esta obligación "la cual se conserva en la respectiva entidad". En esta línea, los recursos que se encuentran en las cuentas del FONPET pertenecen a cada entidad territorial y tienen la destinación específica de cubrir su pasivo pensional.

Adicional a lo anterior, es importante resaltar que la normativa permite que las entidades territoriales realicen retiros de los recursos que se encuentran en sus cuentas en el FONPET cuando cubran el 100% del pasivo, en los términos del artículo 6 de la Ley 549 de 1999. Esta norma también señala la destinación de estos recursos, pues establece que la entidad podrá destinarlos para el pago de pasivos pensionales y "a los fines que correspondan de acuerdo con la leyes que regulan la destinación de cada uno de estos recursos". Además, si el pasivo deja de estar cubierto, las entidades deberán destinar los recursos nuevamente a la financiación de sus cuentas en el FONPET. A estos parámetros se suman aquellos fijados en diversos decretos reglamentarios que establecen las reglas sobre el retiro o "desahorro" de los recursos que tienen las entidades territoriales en sus cuentas en el FONPET.

Del análisis de este marco normativo, el Consejo de Estado concluyó en la sentencia en discusión que es claro que las entidades territoriales tienen las titularidad "de los recursos que tienen en el FONPET, en sus cuentas individuales, correspondientes a las reservas para el pago del pasivo pensional, *junto con los excedentes que se generen*, los cuales podrá retirar cuando el ente territorial en el marco de su autonomía territorial lo considere pertinente" [Énfasis fuera del texto]. Por lo anterior, estas entidades deben cumplir obligaciones relacionadas

[15] Para más información sobre los requisitos y el trámite para el retiro de los excedentes del FONPET, así como los principales tipos de retiro o desahorro de estos recursos, ya sea por solicitud expresa o giro directo sin solicitud de la entidad (como es el caso del artículo 42 del Decreto 1523 de 2024 señalado en su consulta), se sugiere consultar la Carta Circular del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre este tema para la vigencia 2025, la cual se encuentra disponible para consulta en el siguiente enlace: https://www.minhacienda.gov.co/seguridad-social-dress/fonpet/circulares-fonpet

con el retiro de los excedentes y aquellas asociadas a la destinación de los mismos según su fuente de financiación. En esta medida, se trata de una competencia privativa de la entidad territorial que implica el ejercicio de su poder de decisión y que conlleva compromisos que se encuentran exclusivamente en cabeza de su representante legal.

Con base en lo expuesto, el Consejo de Estado consideró que, en el caso objeto de estudio, la causa y fin del contrato de prestación de servicios era la *recuperación o retiro* de los excedentes de recursos previstos como reservas en el FONPET para el pago del pasivo pensional de la entidad territorial. Lo anterior, a pesar de que el contrato estableciera otro tipo de obligaciones relacionadas con la gestión de información o verificación del cumplimiento de dicho pasivo. Además, resaltó que el contrato no se refirió a que el objeto se ejecutara a través del cumplimiento de funciones de asesoría o que sería la entidad quien directamente solicitaría el retiro de los excedentes. De este modo, la finalidad del contrato no fue realmente una asesoría, sino que se entregó integralmente una función indelegable de la entidad al contratista: definir la conveniencia de retirar los fondos y su disposición. En consecuencia, el objeto contractual buscaba que un tercero ejecutara una competencia privativa del ente territorial que, por su naturaleza, no era susceptible de delegación mediante una relación contractual. De esta forma, consideró acreditado el objeto ilícito del contrato y declaró su nulidad absoluta.

Además de lo anterior, sustentó la declaratoria de nulidad en la naturaleza y destinación de los excedentes del pasivo pensional involucrados en el contrato. En este punto, el Consejo de Estado reiteró que según el marco jurídico las entidades deben dar a estos recursos la destinación que corresponde según las fuentes de los mismos. En el caso concreto, las sumas correspondían a fuentes de regalías directas del sector propósito general y el sistema general de participaciones. Esta calificación de los recursos implicaba que, una vez realizado el retiro de los excedentes, estos debían ser destinados precisamente para los fines establecidos para estas fuentes.

Por esta razón, no era posible que las partes pactaran como remuneración el reconocimiento de un porcentaje de los excedentes que se obtuvieran en favor del municipio. En este contexto, el Consejo de Estado consideró que la cláusula de valor o remuneración comprometió recursos que, mientras estén en el FONPET, tienen una destinación puntual –la inversión social para cubrir el pasivo pensional– y, en caso de retirarse, su destinación corresponde a la señalada

según su fuente, que tratándose de recursos provenientes del Fondo Nacional de Regalías y el Sistema General de Participaciones deben atender los porcentajes y finalidades específicas previstas por el legislador para los mismos. En concreto, la cláusula que estableció el 20% como comisión de éxito sobre el saldo devuelto a la entidad constituye un cambio de destinación de los recursos objeto de retiro en contravención de la Ley 549 de 1999 y la normas constitucionales y legales que fijan la destinación específica de estos recursos.

De lo expuesto, es posible extraer dos parámetros esenciales que deben tener en cuenta las Entidades Estatales que pretendan suscribir contratos de prestación de servicios para retirar los excedentes que se produzcan con ocasión al pago del pasivo pensional: (1) la competencia para solicitar el retiro de estos recursos y (2) la naturaleza y destinación de los mismos. Según lo establecido por el Consejo de Estado, los siguientes son criterios que deberían considerar las Entidades Estatales:

(a) Si se trata de una competencia privativa de la entidad territorial, de modo que debe ser ejercida por su representante legal.

(b) Si se trata no solo de un derecho, sino también de una facultad discrecional del ente territorial que implica la administración de recursos y la ordenación del gasto en la asignación de los mismos.

(c) Si se trata de una competencia que es indelegable por su naturaleza, en los términos establecidos en el numeral tercero del artículo 11 de la Ley 489 de 1998. Sobre este punto el análisis del Consejo de Estado resalta la necesidad de identificar si se trata de funciones que por mandato constitucional y legal están en cabeza de la entidad territorial. Como aspectos que evidencian lo anterior, consideró si el trámite que se pretende adelante el contratista debe ser suscrito por el representante legal de la entidad o si requiere la acreditación de requisitos con certificaciones suscritas por el mismo.

(d) Si se trata de competencias que están asociadas a la gestión de recursos que tienen una destinación especifica. Al respecto, es fundamental que la entidad considere el marco jurídico legal y reglamentario que establece las fuentes y la forma en que la entidad puede disponer de los recursos. Esto implica que también se trate de obligaciones que solo corresponde asumir al representante para garantizar la finalidad específica de las fuentes de financiación de los recursos involucrados.

De la aplicación de estos parámetros se derivan dos consecuencias que pueden viciar de nulidad el contrato estatal. En primer lugar, la entidad no puede celebrar un contrato en el cual el objeto y/o las obligaciones impliquen, formal o materialmente, el traslado integral de una función privativa de la entidad al contratista, pues esto supone una delegación de la competencia. Sin embargo, esto no implica que no puedan suscribir contratos cuyo alcance se limite al apoyo o asesoría en este tipo de trámites, siempre que el ejercicio de la competencia continúe de manera privativa en cabeza del ente territorial. Del mismo modo, las entidades no podrán suscribir contratos que se refieran a la ejecución de actividades de apoyo o asesoría, si lo que se pretende es que el contratista ejerza materialmente una función indelegable, como la solicitud de retiro de los excedentes del FONPET.

La segunda consecuencia es que, las entidades no pueden pactar comisiones de éxito como las del caso objeto de estudio cuando su pago se realice con recursos que tienen una destinación específica. En efecto, cuando se pacta el pago de un porcentaje sobre recursos de esta naturaleza, se establece una destinación nueva para los mismos en contravía de los procedimientos y límites establecidos por el legislador y el constituyente. Esta prohibición se extiende incluso a los casos en que una parte de los recursos correspondan a propósitos generales o sean de libre destinación, de los cuales se pensaría podría extraerse el pago de la comisión de éxito. Sobre este punto el Consejo de Estado fue claro en señalar que "las partes del contrato no tienen la competencia para asumir la función de las corporaciones públicas y establecer en el contrato de la *litis* el compromiso, modificación del presupuesto y la destinación de los recursos, desconociendo las autoridades que conforme a la normativa constitucional son las encargadas de expedir los presupuestos y definir la destinación de los recursos de la entidad".

Como se observa, no se trata de un único criterio que dé lugar a la nulidad del contrato estatal o de sus cláusulas. Cada entidad debe evaluar en el caso concreto (1) la competencia para el ejercicio de la función y (2) la naturaleza de los recursos involucrados, con el fin de determinar si es posible celebrar el contrato y en qué condiciones. Corresponde a las entidades determinar en cada caso si pueden celebrar un contrato de prestación de servicios para el apoyo o asesoría en el ejercicio de este tipo de competencias, de modo que no se trate de una delegación de la función. También es su competencia analizar los casos

en que no es posible pactar comisiones de éxito en atención a la naturaleza y destinación de los recursos involucrados.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente no puede definir un criterio universal y absoluto por vía consultiva, sino que brinda elementos hermenéuticos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad. Por ello, serán las Entidades Estatales las facultadas para dilucidar en cada caso particular y concreto la posibilidad de celebrar contratos con el objeto de reclamar los excedentes específicos a los que se refiere el artículo 42 del Decreto 1523 de 2024 que incluyan cláusulas de comisión de éxito. No es competencia de esta Agencia tomar determinaciones sobre el ejercicio de funciones privativas de determinadas entidades o pronunciarse sobre la destinación o naturaleza de recursos los recursos o excedentes resultantes del traslado de recursos del FONPET al FOMAG. Su competencia se limita a la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. Para obtener información sobre el caso concreto objeto de consulta, la entidad deberá acudir a las entidades competentes para pronunciarse sobre esta materia, como es el caso de la Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social (DGRESS) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

4. Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:

- Ley 80 de 1993: Artículos 25 y 40.
- Decreto 1082 de 2015: Artículo 2.2.1.2.1.4.9.
- Decreto 111 de 1996: artículo 71.
- Código Civil, artículo 27.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de agosto de 2014. Exp. 28565. C.P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 06 de mayo de 2015, Expediente 35268. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Consejo De Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del del 24 de febrero de 2016. Exp. 46.185. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

- Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de noviembre de 2015. Exp. 54.069. C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de Agosto de 2014. Radicado 28565.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 7 de marzo de dos mil veinticinco 2025. Rad: 66556. C.P. María Adriana Marín.
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-073 de 1993.

5. Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre las cláusulas de cuota litis o comisión de éxito en los conceptos con radicados No. 2201913000004022 del 12 de junio de 2019, C-074 del 15 de mayo de 2024, C-172 del 25 de julio de 2024, C-243 del 13 de agosto de 2024 y C-641 del 11 de octubre de 2024. Adicionalmente se ha referido al certificado de disponibilidad presupuestal en los conceptos C-676 del 21 de noviembre 2020, C-552 del 1 de agosto de 2022, C-090 del 12 de junio de 2024, C-552 del 01 de agosto de 2022, C-252 del 15 de agosto de 2024, C-641 del 11 de octubre de 2024, C-691 del 14 de noviembre de 2024, entre otros. Estos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual puede accederse a través del siguiente enlace: https://relatoria.colombiacompra.gov.co/

También le contamos que ya se encuentra disponible la **Guía de lineamientos de transparencia y selección objetiva para el departamento de La Guajira – Objetivo sexto constitucional de la Sentencia T-302 del 2017.** Esta Guía se expedide en el marco del cumplimiento de la orden proferida por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T-302 del 2017. Con su implementación se busca contribuir a la superación del Estado de Cosas Inconstitucional declarado por la situación de vulneración masiva y recurrente de los derechos fundamentales de los niños y de las niñas del Pueblo Wayúu. Puede consultar la guía en el siguiente enlace:, Guía de lineamientos de transparencia y selección objetiva para el departamento de La Guajira – Objetivo sexto constitucional de la Sentencia T-302 del 2017"

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: @colombiacompra
Facebook: ColombiaCompraEficiente
LinkedIn: Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Instagram: @colombiacompraeficiente_cce

Este concepto 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,

Carolina Quintero Gacharná
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró:	Anamaría Bonilla Prieto Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó:	Alejandro Sarmiento Cantillo Gestor T1 – 15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó:	Carolina Quintero Gacharná Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Representación judicial – Autonomía de la voluntad – Forma de pago – Cuota litis o prima de éxito

Las entidades estatales a las que se refiere el artículo 2 del Estatuto General de Contratación pueden celebrar contratos de prestación de servicios profesionales de representación judicial o en ejercicio del derecho de postulación con personas naturales o jurídicas, en los cuales se pacte como forma de pago "cuota litis" o "prima de éxito", en atención a la autonomía de voluntad, permitiéndole establecer la forma en la cual se realizará el pago del mismo y justificar de manera clara y oportuna en los documentos precontractuales que soporten la celebración del contrato y la elección de la forma de pago, indicando el marco legal y las necesidades del servicio a contratar, partiendo de la conveniencia del objeto contractual.

CONTRATACIÓN DIRECTA - Certificado de disponibilidad presupuestal - Oportunidad

[...] la expedición del certificado de disponibilidad presupuestal se debe realizar con anterioridad al proceso de selección o a la celebración del contrato en el caso de la contratación directa. Lo anterior, con el fin de que los recursos del Estado se administren con responsabilidad y evitar que se inicien procesos de contratación sin contar con los recursos necesarios para ejecutar el contrato. En ese orden, de conformidad con lo consagrado en el numeral 6 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el certificado de disponibilidad presupuestal debe expedirse con anterioridad al inicio del proceso de selección, que para el caso que nos ocupa, será desde el momento en que inicia el proceso de negociación con el futuro contratista, incluso en los contratos de prestación de servicios que tienen la modalidad de pago de *cuota litis* o *prima de éxito*, toda vez que, la Ley no hizo ninguna exclusión.

CUOTA LITIS O PRIMA DE ÉXITO – No confiere la característica de contratos gratuitos

De otro lado, la elección de *cuota litis* o *prima de éxito* como forma de pago en este tipo de negocios jurídicos no les confiere la característica de contratos gratuitos, habida cuenta que, de conformidad con el artículo 1497 del Código Civil, son contratos gratuitos o de beneficencia sólo aquellos que tienen por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen, circunstancia que no se presenta en los contratos de prestación de servicios a lo que hacemos referencia en esta respuesta.

PARÁMETROS PARA DETERMINAR PAGO – Deber de planeación – Criterios jurisprudenciales

[...] Seguidamente, sobre los parámetros que la entidad estatal debe tener en cuenta para determinar el valor de los honorarios en el CDP y en el RP en los contratos que tiene la modalidad de pago de cuota litis, el concepto en cita recordó los criterios a evaluar desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, particularmente la Sentencia T-1143 de 2003, con ponencia del magistrado Eduardo Montealegre Lynett, los cuales son: : (i) el trabajo efectivamente desplegado por el litigante, (ii) el prestigio del mismo, (iii) la complejidad del asunto, (iv) el monto o la cuantía, (v) la capacidad económica del cliente; que deben ser establecidos de acuerdo con el resultado del respectivo estudio del sector.

Bogotá D.C., 11 de Octubre de 2024

Colombia Compra Eficiente
Rad No. RS20241011014106
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 11/10/2024 11:13:34

Señor
Oscar Andres Espinosa Arias
Pereira, Risaralda

Concepto C-641 de 2024

Temas: CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Representación judicial – Autonomía de la voluntad – Forma de pago – Cuota litis o prima de éxito / CONTRATACIÓN DIRECTA - Certificado de disponibilidad presupuestal - Oportunidad / CUOTA LITIS O PRIMA DE ÉXITO – No confiere la característica de contratos gratuitos / PARÁMETROS PARA DETERMINAR PAGO – Deber de planeación – Criterios jurisprudenciales

Radicación: Respuesta a consulta radicado No. P20240920009622

Estimado señor Espinosa Arias:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud de consulta de fecha 20 de septiembre de 2024, en la cual consulta lo siguiente:

> *"QUISIERA SABER SI EN COLOMBIA SE PUEDE REALIZAR ESTUDIOS PREVIOS Y CONTRATOS SIN AFECTACION PRESUPUESTAL, BAJO EL SUPUESTO QUE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO NO LLEVE A LA ADMINISTRACIÓN A AFECTAR SUS RECURSOS, YA QUE EL PAGO DE LOS HONORARIOS SE DARÍAN DIRECTAMENTE POR EL CIUDADANO EJECUTADO DENTRO DE UN PROCESO EJECUTIVO, DE EXISTIR ESTA FIGURA CUAL SERIA SU FUNDAMENTO LEGAL Y ADMINISTRATIVO QUE SOPORTARA EL ESTUDIO PREVIO"* [SIC].

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas 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 Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes del sistema de compra pública. La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia 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. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con el problema jurídico de su consulta.

1. Problema planteado:

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Una entidad pública puede establecer como forma de pago, lo concerniente a *primas de éxito* o *cuota litis* en los contratos de prestación de servicios profesionales cuyo objeto sea la representación judicial o ejercicio del derecho de postulación celebrado con personas naturales o jurídicas?; ii) ¿Cuál es el procedimiento o manejo presupuestal de dichos contratos de prestación de servicios profesionales en los que se reconoce un porcentaje de recuperación o saneamiento al contratista al momento del pago, es decir, al momento de la expedición del CDP y del RP?; iii) ¿Dichos negocios jurídicos podrían ser considerados como aquellos contratos a título gratuito a los que se refiere el derecho privado?.

2. Respuesta:

i).Las Entidades Estatales a las que se refiere el artículo 2 del Estatuto General de Contratación pueden celebrar contratos de prestación de servicios profesionales de representación judicial o en ejercicio del derecho de

postulación con personas naturales o jurídicas, en los cuales se pacte como forma de pago "cuota litis" o "prima de éxito", en atención a la autonomía de voluntad, permitiéndole establecer la forma en la cual se realizará el pago del mismo y justificar de manera clara y oportuna en los documentos precontractuales que soporten la celebración del contrato y la elección de la forma de pago, indicando el marco legal y las necesidades del servicio a contratar, partiendo de la conveniencia del objeto contractual.

En ese orden de ideas, las Entidades Públicas pueden celebrar contratos de prestación de servicios profesionales que tengan como objeto su representación judicial o ejercicio del derecho de postulación y pactar los pagos contra la realización de una determinada etapa judicial (hitos del proceso), es decir, ya sea la presentación de la demanda, la contestación de la demanda, la presentación de alegatos de conclusión, etc.

Además, la disponibilidad y/o el registro presupuestal deberá incluir las previsiones de unos posibles pagos en virtud del pacto de cuota litis, aun cuando estos pagos no se realicen, teniendo en cuenta las actuaciones que la Entidad estime que se alcanzarán a adelantar dentro de una vigencia presupuestal, toda vez que, en la mayoría de los casos estos procesos pueden durar más de un año y se podría afectar el principio de anualidad que rige los procesos contractuales.

ii). En relación al manejo presupuestal de estos contratos, de acuerdo con lo previsto en la Ley 80 de 1993, y en línea con lo dicho en el concepto 2201913000004022 de la ANCP-CCE, la expedición del certificado de disponibilidad presupuestal se debe realizar con anterioridad al proceso de selección o a la celebración del contrato en el caso de la contratación directa: Lo anterior, con el fin de que los recursos del Estado se administren con responsabilidad y evitar que se inicien procesos de contratación sin contar con los recursos necesarios para ejecutar el contrato.

En ese orden, de conformidad con lo consagrado en el numeral 6 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el certificado de disponibilidad presupuestal debe expedirse con anterioridad al inicio del proceso de selección, que para el caso que nos ocupa, será desde el momento en que inicia el proceso de negociación con el futuro contratista, incluso en los contratos de prestación de servicios que tienen la modalidad de pago de *cuota litis* o *prima de éxito*, toda vez que, la Ley no hizo ninguna exclusión.

Cabe recordar, como se indicó en literal i, la disponibilidad presupuestal y el registro presupuestal deben incluir las previsiones de los posibles pagos en virtud del pacto de cuota litis o prima de éxito, aún cuando estos pagos no se realicen, teniendo en cuenta las actuaciones que la entidad estime que se alcanzarán a adelantar dentro de una vigencia presupuestal, toda vez que, en la mayoría de los casos estos procesos pueden durar más de un año y se podría afectar el principio de anualidad que rige los procesos contractuales.

iii)De otro lado, la elección de *cuota litis* o *prima de éxito* como forma de pago en este tipo de negocios jurídicos no les confiere la característica de contratos gratuitos, habida cuenta que, de conformidad con el artículo 1497 del Código Civil, son contratos gratuitos o de beneficencia sólo aquellos que tienen por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen, circunstancia que no se presenta en los contratos de prestación de servicios a lo que hacemos referencia en esta respuesta.

Téngase presente que, cuando se pacte cuota litis o prima de éxito, la entidad estatal debe tener en cuenta parámetros para determinar el valor de los honorarios en el Certificado de Disponibilidad Presupuestal (CDP) y en el Registro Presupuestal (RP), los cuales están definidos en la etapa de planeación, y como resultado de los estudios y documentos previos, se deben fijar con claridad bajo criterios que la jurisprudencia ha desarrollado, tales como el prestigio del profesional, la complejidad del asunto, la cuantía de la pretensión y la necesidad de conocimientos especializados del abogado, entre otros.

En conclusión, las entidades estatales están facultadas para celebrar contratos de prestación de servicios que tengan como objeto su representación judicial y pactar los pagos contra la realización de una determinada etapa judicial (hitos del proceso), es decir, ya sea la presentación de la demanda, la contestación de la demanda, la presentación de alegatos de conclusión, etc.

Además, la disponibilidad o el registro presupuestal debe incluir las previsiones de unos posibles pagos en virtud del pacto de cuota litis o prima de éxito, aún cuando estos pagos no se realicen, teniendo en cuenta las actuaciones que la entidad estime que se alcanzarán a adelantar dentro de una vigencia presupuestal, toda vez que, en la mayoría de los casos estos procesos pueden durar más de un año y se podría afectar el principio de anualidad que rige los procesos contractuales.

3. Razones de la respuesta:

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

El numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 define dentro de los contratos los contratos de prestación de servicios como aquellos " *(...) que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializados. (...)".*

Ahora bien, es preciso indicar que, para el desarrollo de la actividad profesional, las personas naturales o jurídicas se pueden vincular con las entidades públicas mediante la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales, a la luz de lo señalado en el literal h del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.9 del Decreto 1082 de 2015, el cual señala:

> *"Las Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la Entidad Estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.*
>
> *Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales. (...)"*

Ahora bien, para el caso concreto de su consulta, se precisa que la profesión de abogado puede ejercerse de manera independiente en virtud de un contrato de prestación de servicios profesionales o en virtud de un mandato o poder, conforme al artículo 1 del Decreto 3032 de 2013. En ese sentido, Cuando la profesión de abogado se pone al servicio de la administración, en virtud de un contrato de prestación de servicios profesional le corresponde al abogado/contratista cumplir las obligaciones para la cual fue contratado de conformidad al contrato, el cual representa un acuerdo entre las partes y debe

ejecutarse de buena fe.

Pues bien, sobre la forma de pago de los contratos de representación judicial, se debe tener en cuenta que en la práctica civil y comercial este tipo de contratos tienen, por regla general, tres (3) posibles formas de pago, a saber: i) suma fija; ii) cuota litis; y iii) sistema mixto, de lo cual se puede indicar lo siguiente:

> "(...) en la práctica se ha impuesto como sistema para el pago y cobro de honorarios profesionales los siguientes: i) una suma fija generalmente pactada para cubrir un 50% a la firma del poder y otro porcentaje durante el trámite y al finalizar la gestión; ii) la cuota litis que consiste en una participación económica deducible por el abogado de los resultados del proceso; y iii) un sistema mixto que se refiere al cobro de honorarios que comprende una suma fija por el trámite judicial y un porcentaje sobre los resultados económicos del juicio si los hubiere" [1]

En ese orden de ideas, en el ordenamiento jurídico colombiano no existen normas que señalen criterios específicos para determinar los honorarios y la forma de pago de los profesionales del derecho que realicen representación judicial o ejercicio del derecho de postulación, aspecto que se encuentra supeditado a la voluntad de las partes.

Ahora bien, sea lo primero indicar que, de conformidad con el Código Civil colombiano, las obligaciones nacen a partir de la voluntad de dos o más personas. Particularmente, el artículo 1495 señala que el contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. De otra parte, la Ley 80 de 1993 en su artículo 32 estableció lo siguiente:

> "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 [...]"

En línea con lo anterior y frente a los negocios jurídicos celebrados por la Administración, el Consejo de Estado ha dicho que:

[1] Corte Suprema de Justicia, Sala de Descongestión Laboral, Sentencia del 20 de octubre de 2021, Radicado: SL48082021, citando al Tribunal Superior de Barranquilla – Sala Laboral.

> "[...] la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, **hay lugar a concluir que deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza.** (...) adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, por contera habrá de concluirse que los contratos que celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable. Esta afirmación encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato[2]".
>
> [Resaltado por fuera de texto original]

Sin embargo, el elemento teleológico del contrato estatal lo hace diferente a los contratos privados, por cuanto este tiene por objeto el cumplimiento de los fines del Estado[3] la satisfacción del interés general y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.

Precisamente, la Ley 80 de 1993 estableció en el artículo 3 que el contrato estatal y su ejecución sirve como herramienta que permite a los servidores públicos y, por tanto, las entidades estatales, 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[4].

Ahora bien, con el propósito de cumplir con los fines esenciales del Estado y, de manera que se evitara cualquier tipo de desviación, el legislador desarrolló

---

[2] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 21 de noviembre de 2012, CP: Mauricio Fajardo Gómez, Radicado: 22.507.

[3] Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 2:
"Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.
Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

[4] Ley 80 de 1993, Artículo 3. 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".

el marco normativo aplicable al común denominador de las entidades estatales, fijando las reglas y procedimientos que permitieran, a su vez, la observancia de los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia de 1991 y aquellos de la gestión fiscal estipulados en el artículo 267 ibidem, que rigen en toda la actividad contractual del Estado.

Sin embargo, de acuerdo con el marco normativo vigente, es posible afirmar que el derecho aplicable a la contratación del Estado es mixto (derecho público y privado) porque, aun cuando en la suscripción, ejecución y liquidación de los negocios jurídicos de la Administración, por regla general, deba atenderse a las reglas, procedimientos y principios propios de la contratación estatal; no puede perderse de vista que, en los contratos estatales, se aplican las disposiciones civiles y comerciales sobre las materias que no contravengan con las normas especiales en materia de contratación, en virtud del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, según el cual:

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

En ese contexto, el Consejo de Estado ha dejado de presente que, en los contratos estatales, es legalmente aplicable el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, acogiéndose a lo dispuesto en los artículos 13, 32, 40 y demás concordantes de la Ley 80 de 1993; siempre y cuando no se atente contra disposiciones de orden público. Es decir, la autonomía de la voluntad de la que gozan las entidades públicas en el marco de su actividad contractual no puede instituirse como excusa válida para omitir la observancia de normas de orden público, por cuanto aquellas propenden por asegurar el equilibrio de intereses que resultan de la celebración de un contrato, como lo son la satisfacción del bien público y los intereses de la comunidad a cargo de la entidad contratante y, por otro lado, los intereses particulares que con derecho detentan los contratistas y ejecutores de la relación negocial de la obtención de utilidades.

Bajo las consideraciones expuestas, las entidades estatales están legitimadas para suscribir contratos y acordar las cláusulas que correspondan según la naturaleza del objeto contractual, siempre que sean resultado de un estudio previo riguroso soportado en documentos precontractuales, y toda vez

que se cumplan los fines y se observen los principios que rigen la contratación del Estado, sin que se atente con las disposiciones de orden público vigentes.

Por lo que, dentro de los distintos objetos contractuales que pueden desarrollarse a través de un contrato de prestación de servicios[5], se encuentra el que tenga como propósito la representación judicial de las entidades públicas, donde funjan como demandantes o demandadas en un proceso judicial.

Ya, en el pasado, cuando a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado – ANDJE le correspondió pronunciarse sobre la viabilidad jurídica para celebrar este tipo de contratos por parte de las entidades públicas, dicho organismo consideró legitimo contratar los servicios profesionales de un abogado para que represente judicialmente a la misma, cuando no se cuente con el personal de planta o el volumen o especialidad de los procesos así lo amerite[6].

De acuerdo con lo expuesto en el concepto de la ANDJE referenciado, es necesario que, en la celebración de este tipo de contratos, se defina con claridad y precisión la justificación y acreditación de que la actividad contractual encomendada no puede ser adelantada con el personal de planta o que, habiéndolo, sea necesario un conocimiento especializado del que carezca dicho personal. Por otro lado, la entidad pública que celebra un contrato de prestación de servicios profesionales de tal índole tendrá que agotar la etapa previa de planeación y establecer allí las condiciones, el término, el valor, la forma de pago y demás variables requeridas para el buen curso y desarrollo del objeto contractual, sin que se ponga en riesgo los intereses de la comunidad y/o afectaciones a futuro por falta de previsión o de consideraciones indispensables para su ejecución.

Aquí vale la pena destacar lo dicho en variados pronunciamientos por esta Subdirección en lo referente a la planeación contractual, entendida esta como una herramienta pública, que exige a las entidades contratantes estructurar el proceso contractual dedicando tiempo y esfuerzo para elaborar estudios previos, con el fin de determinar la necesidad que pretende satisfacerse, estableciendo

[5] La Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente ha desarrollado una línea doctrinal en torno al contrato de prestación de servicios como tipología contractual típica en la actividad contractual del Estado, exponiendo sus características y elementos esenciales. Para su consulta, lo invitamos a consultar la Relatoría de los siguientes conceptos: C-047 del 18 de febrero de 2020, C-071 del 4 de marzo de 2020, C-188 del 13 de abril de 2020, C-005, 006, 018 y 138 del 11 de mayo de 2020, C-053, 175, 255, 282, 293 y 320 del 12 de mayo de 2020, C-288 del 27 de mayo de 2020, C-345 del 23 de junio de 2020, C-484 del 6 de agosto de 2020, C-608 del 1 de octubre de 2020, C-145 del 8 de abril del 2021, C-491 del 14 de septiembre de 2021, C-517 del 30 de septiembre de 2021, C – 654 de 22 de noviembre de 2021, C-707 de 17 de enero de 2021 y C-773 del 17 de noviembre del 2022, entre otros: https://relatoria.colombiacompra.gov.co/

[6] Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, Concepto del 07 de octubre de 2020, radicado: 20201030104801.

la mejor manera de hacerlo, consultando el mercado, los costos, riesgos, garantías, disponibilidad, etc.

Es así como, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – EGCAP – contiene disposiciones que exigen a las entidades estatales el deber de realizar planeación en la etapa precontractual, para que los procesos de contratación satisfagan las necesidades de la Administración, cumplan sus fines, logren la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y permitan la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran en la consecución.

Lo anterior le permitirá a la entidad estatal identificar desde el punto de vista técnico y financiero el objeto del contrato, las particularidades de su ejecución, los potenciales proponentes, requisitos mínimos para evaluar la idoneidad del contratista, así como analizar todas las variables que puedan afectar el procedimiento de selección, celebración y ejecución del contrato. Tal es la importancia de los estudios y documentos previos que su deficiencia o ausencia, "genera prácticas indebidas, revocatoria de actos administrativos de apertura, declaratorias de desierta de procesos de selección, comisión de faltas disciplinarias, mayores costos o mayor permanencia de la obra y, en general, el fracaso en la ejecución de contratos estatales"[7].

Por otro lado, siempre que la entidad estatal desarrolle el proceso contractual mediante la modalidad de contratación directa, como es el caso del contrato de prestación de servicios profesionales, de conformidad con lo consagrado en el parágrafo 8 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, incluido por el artículo 2 de la Ley 2160 de 2021, deberá observarse la aplicación de los principios de transparencia, responsabilidad, selección objetiva, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, eficacia y eficiencia.

Ahora bien, en consideración a que uno de los problemas jurídicos extraídos de su consulta pretende explicar la forma de pago de dichos contratos, dado que se sugiere como alternativa la *cuota litis* o *prima de éxito* por cuanto se pregunta sobre la posibilidad de que se paguen las actividades jurídicas de representación en cabeza del contratista con el recurso recaudado del cobro en el marco de un proceso ejecutivo, se antoja necesario explicar lo relacionado con el valor del futuro contrato y su correlativo respaldo presupuestal. Ante lo dicho, resulta destacable lo manifestado por el Consejo de Estado, acerca de las

[7] DEIK ACOSTAMADIEDO, Carolina, Guía de Contratación Estatal: Deber de planeación y modalidades de selección, Buenos Aires, 2015, p. 59.

normas que regulan la disponibilidad y el registro presupuestales, como dos instituciones diferentes y correlacionadas, junto con la autorización para comprometer vigencias futuras de carácter ordinario y excepcional. De acuerdo con la alta corporación, la regulación de estos elementos presupuestales se soporta en dos grandes cuerpos normativos:

> "[...] i) normativa presupuestal prevista en la Ley 80 de 1993 y ii) normativa presupuestal especial contenida en el Estatuto Orgánico de Presupuesto, compuesto, a su vez, por varias normas: a) Decreto 111 de 1996 -que compiló las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995-; b) Decreto 115 de 1996, por el cual se establecieron normas sobre la elaboración, conformación y ejecución de los presupuestos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta sujetas al régimen de aquéllas dedicadas a actividades financieras; c) Ley 819 de 2003, que modificó la Ley 179 de 1994; y d) Ley 1483 de 2011, que autorizo las vigencias futuras excepcionales en las entidades territoriales.

Particularmente, se tienen las siguientes reglas derivadas de la aplicación del principio de economía previsto en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y, que tienen relación con el régimen presupuestal en la contratación estatal:

> "6o. Las entidades estatales **abrirán licitaciones e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.**
>
> 7o. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.
>
> [...]
>
> 12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.
>
> [...]
>
> 13. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los

ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.

14. Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.[...]".

Sobre los numerales citados, nos interesa abordar la regla contenida en el numeral 6 citado. Dicha norma regula de manera concreta el momento o la oportunidad en la que debe ser expedido el certificado de disponibilidad presupuestal en los contratos estatales, esto es, en una fecha previa al momento que se inicia el proceso de selección del contratista. En concordancia con la citada disposición, la Ley 1882 de 2018, que modificó algunas disposiciones del EGCAP, entre ellas, la adición al parágrafo del artículo 8 de la Ley 1150 de 2007, establece que "[...] *no es obligatorio contar con disponibilidad presupuestal para realizar la publicación del proyecto de pliego de condiciones*".

En ese orden, dicha norma precisa que el certificado de disponibilidad presupuestal debe ser expedido por la entidad contratante antes de que inicie formalmente la etapa de selección del contratista (expedición y publicación del acto administrativo de apertura del proceso de selección), pero no en las etapas preparatorias del proceso de selección, por ejemplo, el momento de publicación del aviso de convocatoria pública, la publicación de los estudios previos o del proyecto de pliego de condiciones en los procesos licitatorios.

No obstante, si la entidad contratante puede expedir el certificado de disponibilidad presupuestal con anterioridad a la fecha de expedición del acto de apertura de un proceso de selección de un contratista, dicha entidad estará actuando dentro del marco legal existente.

Por lo anterior, de conformidad con lo consagrado en el numeral 6 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el certificado de disponibilidad presupuestal debe expedirse con anterioridad al inicio del proceso de selección, en la siguiente medida: i) para la licitación pública, la selección abreviada y el concurso de méritos, previamente a la expedición del acto administrativo de apertura formal del proceso; ii) para los procesos de mínima cuantía, en el momento de la

invitación pública y; iii) en la contratación directa, desde el momento en que inicia el proceso de negociación con el futuro contratista[8].

Luego de lo dicho frente al deber de planeación en la actividad contractual de las entidades públicas y la observancia de la regla referente a la disponibilidad presupuestal, la Ley 80 de 1993 se muestra en consonancia con el principio constitucional de legalidad del gasto público y la consecuente obligación de contar con disponibilidad presupuestal antes de asumir un gasto o una obligación que, a su vez, se erige como manifestación de observancia al principio de economía, en razón a que obliga a las entidad estatal contratante a que se asegure de verificar administrativamente que cuenta con los recursos necesarios para cumplir los compromisos que asuma en la relación negocial, como lo es la suscripción de un contrato de prestación de servicios profesionales al que hemos hecho referencia en el desarrollo del presente concepto, antes de celebrarlo, e incluso, antes de expedir los actos administrativos producto de la actividad contractual.

En síntesis, además del principio de legalidad del gasto público y el de economía, la obligación de expedir y contar con disponibilidad presupuestal en la actividad contractual al momento de iniciar el proceso de selección del contratista; tiene cimiento en el deber de planeación y del principio de buena fe que vincula a las entidades del Estado en los procesos de selección de sus contratistas, bajo el entendido que, a través del certificado de disponibilidad presupuestal, la entidad garantiza la existencia de recursos dentro de su presupuesto, para celebrar el contrato que resulte del proceso contractual[9], y para esto es determinante basarse en estudios serios y confiables acerca del costo del bien o servicio que se pretende contratar.

Ahora bien, en consideración al supuesto planteado en su pregunta, vale la pena destacar que los contratos de prestación de servicios profesionales cuyo objeto sea el de la representación judicial o ejercicio del derecho de postulación celebrado con personas naturales o jurídicas, en representación de la entidad pública contratante, donde se establezcan *primas de éxito* o *cuota litis*, las normas del Estatuto General no regulan la forma de pago, por lo que las entidades estatales han de remitirse a las normas aplicables a los contratos del

[8] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de Agosto de 2014. Radicado 28565: https://servicios.consejodeestado.gov.co/WebRelatoria/ce/index.xhtml
[9] Corte Constitucional. Sentencia C-018 de 1996: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-018-96.htm

derecho privado, de forma que su contenido se rige por la autonomía de la voluntad.

Con anterioridad, esta Subdirección se pronunció al respecto, ante la pregunta: *¿Cuál es el procedimiento o manejo presupuestal de los contratos de cuantía indeterminada (por prestación de servicios) en los que se reconoce un porcentaje de recuperación o saneamiento al contratista al momento del pago, es decir, momento de expedición del CDP y del RP y cuál es el valor que deberían tener?* manifestando lo siguiente:

> "[...] De acuerdo con lo previsto en la Ley 80 de 1993, **la expedición del certificado de disponibilidad presupuestal se debe realizar con anterioridad al proceso de selección o a la celebración del contrato en el caso de la contratación directa, este requisito busca que los recursos del Estado se administren con responsabilidad y que no se inicien Procesos de Contratación sin contar con los recursos necesarios para ejecutar el contrato.** Se debe contar con CDP incluso en los contratos de prestación de servicios que tienen la modalidad de pago de cuota litis, toda vez que, la Ley no hizo ninguna exclusión[10]."
>
> [Resaltado por fuera de texto original]

Seguidamente, sobre los parámetros que la entidad estatal debe tener en cuenta para determinar el valor de los honorarios en el CDP y en el RP en los contratos que tiene la modalidad de pago de *cuota litis*, el concepto en cita recordó los criterios a evaluar desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, particularmente la Sentencia T-1143 de 2003, con ponencia del magistrado Eduardo Montealegre Lynett[11], los cuales son: : (i) el trabajo efectivamente desplegado por el litigante, (ii) el prestigio del mismo, (iii) la complejidad del asunto, (iv) el monto o la cuantía, (v) la capacidad económica del cliente; que deben ser establecidos de acuerdo con el resultado del respectivo estudio del sector.

La postura antes citada de esta Agencia está en línea con lo dicho por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado – ANDJE en el concepto arriba referenciado. Sin embargo, la ANDJE desarrolla de manera amplia otros argumentos de suma importancia para determinar la procedencia de la *prima de*

[10] Colombia Compra Eficiente, Concepto No. 2201913000004022 del 12 de junio de 2019: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/respuestas_derechos_de_peticion/4201912000002811_0.pdf

[11] Corte Constitucional. Sentencia T- 1143 de 2003: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-1143-03.htm

éxito o *cuota litis* en los contratos de prestación de servicios de representación judicial, dejando claro que no existe normativa específica en nuestro ordenamiento jurídico que defina de manera concreta los criterios específicos para establecer los honorarios y la forma de pago de los contratistas que funjan como representantes de la entidad contratante en los procesos judiciales y que, debido a ello, resulta imperativa la facultad de autonomía de la voluntad para su configuración.

Además, la ANDJE señaló lo dicho por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, en relación con la forma de determinar el monto de los honorarios del contratista profesional en derecho al que se le adjudique el presunto contrato de representación, explicando lo que en la práctica civil y comercial se ha propuesto como modalidades posibles en la forma de pago, como son la i) suma fija; ii) cuota litis; y iii) sistema mixto. Con el propósito de profundizar en la materia, se invita a la consulta del concepto referenciado[12].

En lo que nos corresponde, se puede concluir que la elección de cuota litis o prima de éxito como forma de pago en este tipo de negocios jurídicos no les confiere la característica de contratos gratuitos, habida cuenta que, de conformidad con el artículo 1497 del Código Civil, son contratos gratuitos o de beneficencia sólo aquellos que tienen por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen, como por ejemplo, los contratos de donación que hacen parte de los contratos nominados de derecho privado regulado en los artículos 1443 y siguientes del Código Civil (artículos 1443 y siguientes), o los contratos de comodato o préstamo de uso (artículo 2200 del Código Civil), circunstancia que no se presenta en los contratos de prestación de servicios a lo que hacemos referencia en esta respuesta.

Sumado a ello, teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico no existe normativa alguna que prohíba la inclusión de cláusulas con forma de pago a través de *prima de éxito* o *cuota litis* en los contratos estales, de conformidad con la jurisprudencia y doctrina analizadas, se concluye que es viable jurídicamente que en los contratos de prestación de servicios que tienen por objeto la representación judicial de las entidades estatales pueden pactarse dichas primas o bonificaciones de éxito, siempre que las condiciones, valor, obligaciones y demás elementos esenciales del acuerdo sean producto de una fase de planeación y elaboración de estudios previos, considerando los criterios desarrollados por la jurisprudencia en la materia.

[12] Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, Concepto del 07 de octubre de 2020, radicado: 20201030104801: https://www.beltranpardo.com/wp-content/uploads/2023/07/Concepto-Juridico110.046.2023-copia.pdf

4. Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:

- Constitución Política 1991, artículos 209 y 267.
- Código Civil, artículos 1443, 1495, 1497 y 2200.
- Ley 80 de 1993, artículos 3, 13, 25, 32 y 40.
- Ley 1150 de 2007, parágrafo 8 del artículo 2, artículo 8
- Ley 2160 de 2021, artículo 2.
- Ley 1882 de 2018, artículo 6.
- Decreto 1082 de 2015, Artículo 2.2.1.2.1.4.9. Disponible en https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/decreto-1082-de-2015/
- Corte Constitucional. Sentencia C-018 de 1996: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-018-96.htm
- Corte Constitucional. Sentencia T- 1143 de 2003: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-1143-03.htm
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de Agosto de 2014. Radicado 28565: https://servicios.consejodeestado.gov.co/WebRelatoria/ce/index.xhtml
- Colombia Compra Eficiente, Concepto No. 2201913000004022 del 12 de junio de 2019: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/respuestas_derechos_de_peticion/4201912000002811_0.pdf.
- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, Concepto del 07 de octubre de 2020, radicado: 20201030104801.

5. Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente analizó el contrato de prestación de servicios profesionales y se ha pronunciado esta Subdirección en los conceptos 4201912000005478 del 25 de septiembre de 2019, 4201912000006692 del 12 de noviembre de 2019, C-090 del 24 de febrero de 2020, C-734 del 28 de noviembre de 2022, C-783 del 05 de diciembre de 2022, C-936 del 19 de diciembre de 2022, C-826 del 22 de diciembre de 2022, C-780 del 22 de diciembre de 2022, C-103 del 05 de mayo de 2023, C-286 del 26 de julio de 2023, C-334 del 17 de agosto de 2023, C-443 del 31 de

octubre de 2023, C-463 del 22 de noviembre de 2023, C-472 del 11 de diciembre de 2023, C-067 del 16 de mayo de 2024 y C-243 del 13 de agosto de 2024. De manera particular en lo referente al contrato de prestación de servicios de representación judicial en concepto 2201913000004022 del 12/06/2019 y en el concepto C-172 del veinticinco (25) de julio de 2024.

Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace:https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos.

También lo invitamos a revisar la cuarta edición del Boletín de Relatoría de 2024, en el cual se explicaron los cambios más relevantes que fueron incorporados en los Documentos Tipo para el sector de Infraestructura de Transporte, en las modalidades de selección de Licitación de Obra Pública, Selección Abreviada de Menor Cuantía y Mínima Cuantía. Puede consultarlo en el siguiente enlace:

BOLETÍN DE RELATORÍA 2024 – IV | Colombia Compra Eficiente | Agencia Nacional de Contratación Pública

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: @colombiacompra
Facebook: ColombiaCompraEficiente
LinkedIn: Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Instagram: @colombiacompraeficiente_cce

Este concepto 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
Carolina Quintero Gacharná

Carolina Quintero Gacharná
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró:	Sergio Enrique Caballero Lesmes Analista T2-01 de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó:	Cielo Victoria González Meza Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó:	Carolina Quintero Gacharná Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE