



CONTRALORÍA

DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

· La Contraloría del ciudadano ·

Ibagué, 11 de junio del 2024

Doctor

AUGUSTO BARRIOS

AB asesorías integrales S.A.S BIC

Correo: abasesoriasintegrales_sas@yahoo.com

Asunto: Respuesta a solicitud de concepto.

Respetada Doctora:

En uso de las facultades otorgadas a la Dirección Técnica Jurídica de la Contraloría Departamental del Tolima me permito dar respuesta manifestando que los conceptos jurídicos emitidos por la CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA, no tienen efectos vinculantes, por cuanto los entes fiscalizadores no cumplen funciones jurisdiccionales y tampoco contienen la voluntad de la administración o la manifestación de alguna función administrativa; en otras palabras, debido a que lo que profieren no son providencias judiciales ni actos administrativos propiamente dichos, estas manifestaciones son las opiniones, apreciaciones o juicios técnico- jurídicos, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, rendidos a los particulares en el ejercicio del derecho de petición de consulta! cuando lo soliciten; por lo tanto no tienen la facultad de definir o modificar una situación jurídica concreta, así como tampoco la tiene la facultad para definir algún derecho subjetivo particular.

El Artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 señala:

ARTÍCULO 28: Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Del extracto de la norma, no cabe duda la prohibición normativa expresa que atañe la Ley 1437 de 2011, ley acomodada como ordinaria, que surte prerrogativas especiales y se encuentra vigente al tenor de su funcionalidad como originariamente el legislador consideró,

DESARROLLO JURISPRUDENCIAL ALCANCE VINCULANTE DE LOS CONCEPTOS JURIDICOS

Como todo concepto jurídico no obligatorio jurídicamente, se trata de una opinión, apreciación O juicio, que par lo mismo se expresa en términos de conclusiones, - sin efecto jurídico directo sobre la materia de qué trata, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, en este caso, para la consultante, sobre las cuestiones planteadas por ella. De allí que las autoridades a quienes les corresponda aplicar las normas objeto de dicho concepto, no están sometidas a lo que en él se concluye o se opina, de modo que pueden o no acogerlo, sin que el apartarse del mismo genere consecuencia alguna en su contra." (Consejo de Estado, 2010, pág. 8)

Del desarrollo del tema, se tiene concluido por parte de diversos antecedentes Judiciales que los conceptos no configuran, en principio, decisiones administrativas pues no se orientan a afectar la esfera jurídica de los administrados, esto es, no generan deberes u obligación es ni otorgan derechos.

secretaria.general@contraloriatolima.gov.co www.contraloriatolima.gov.co

Carrera 3 entre calle 10 y 11, Edificio de la Gobernación del Tolima, piso 7

Código Postal: 730006 - Contacto: +57 (8) 261 1167 – 261 1169

Nit: 890.706.847-1

[1 de 6]



CONTRALORÍA

DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

· La Contraloría del ciudadano ·

La Corte Constitucional (1996), ha reiterado Una posición efectiva y excepciona al carácter vinculante de los conceptos jurídicos que en generado ha proferido el ejecutivo colombiano, donde enuncia que:

"No obstante, cuando el concepto tiene un carácter autorregulador de la actividad administrativa se impone su exigencia a terceros, bien puede considerarse como un acto decisorio de la Administración con las consecuencias jurídicas que ello apareja en tal virtud deja de ser un concepto y se convierte en un acto administrativo, de una naturaleza igual o similar a las llamadas circulares instrucciones de servicio. (Corte Constitucional, Sentencia C-487 de 1996, pág. 21)

Tendiente al desarrollo del aspecto vinculante de los conceptos emitidos por entidades estatales, y respecto del principio constitucional de progresividad y prohibición de no regresividad, ello para asociarlo con el pronunciamiento antes citado en concordancia con la garantía de derechos sustancia les en el proceso administrativo, la misma Corte Constitucional (2011) ha enunciado:

"El mandato de progresividad implica que una vez alcanzando un determinado nivel de protección amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida al menos en un aspecto todo retroceso fente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendido amo una prohibición prima facie. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado un retroceso debe presumirse en principio constitucional, pero puede ser justificable y por ello está sometida un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social" (Corte Constitucional, — Sentencia C 228 de 2011, pág. 2)

Principalmente, dado el panorama colombiano respecto al aplicación de efecto vinculante a temas específicos que delimitan la actuación administrativa, si bien la ley y el desarrollo de la misma no coacciona o delimitan la manifestación administrativa de las entidades públicas, tanto el ajuste, aceptación y acogida al proferir actos administrativos condicionan un efecto vinculante y criterio de interpretación del cual difícilmente es apartado.

Respecto a la noción de los conceptos jurídicos y la obligatoriedad en su aplicación el Consejo de Estado, Sección Quinta, en Sentencia del 6 de marzo de 2009, con ponencia del Dr. Filemón Jiménez Ochoa, señaló:

(...) Sobre el particular la Sala dirá que si bien la actividad consultiva que cumplen las autoridades públicas es un valioso instrumento en el desarrollo del derecho, sus conceptos no dejan de ser simples criterios orientadores en la medida que se producen al amparo del contenida normativo del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo y, en todo caso, no pueden considerarse como normas que, en determinado asunto, puedan tener el carácter de vinculantes. En tal virtud, considerando que en los términos de los artículos 4 , 6, 121 ,122 y 123 [2] ce la Constitución Política , las autoridades deben cumplir sus funciones de la forma como lo establece la Constitución, la Ley y el reglamento y que las acciones contencioso administrativas de nulidad - y la electoral es una especie del género acción de nulidad - y de restablecimiento del derecho, comportan un control de legalidad sobre los actos de la administración, fuerza es concluir que un acto administrativo no puede anularse por virtud del desconocimiento de un concepto . (Consejo de Estado, 2009 pág. 16)

secretaria.general@contraloriatolima.gov.co www.contraloriatolima.gov.co

Carrera 3 entre calle 10 y 11, Edificio de la Gobernación del Tolima, piso 7

Código Postal: 730006 - Contacto: +57 (8) 261 1167 – 261 1169

Nit: 890.706.847-1

[2 de 6]



CONTRALORÍA

DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

· La Contraloría del ciudadano ·

Igual precedente existe mediante providencia donde el mismo órgano de cierre (2013), determina a los conceptos jurídicos una mera apreciación de un devenir o situación particular, _sin que sostuviere al menos un grado de vinculación efectiva al desarrollo de la problemática particular consultada (Consejo de Estado, 2010, pág. 7-10).

Es claramente notable que el antecedente judicial en cita establece un posible efecto vinculante al tenor de los conceptos jurídicos proferidos; no obstante, no establece coerción normativa ni sanción alguna al administrador que ejecute acto administrativo y se aparte del precedente consultado, con lo que incluso, señala el órgano de cierre, puede establecer un desconocimiento de los lineamiento jurídicos que eleva el concepto jurídico sin que de ello suponga un violación al régimen legal o Constitución al colombiano.

Es así como en el desarrollo jurisprudencia | del tenor del artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, los conceptos jurídicos no son obligatorios ni Vinculantes, se trata de una opinión, apreciación o juicio, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, o como materia de consulta sobre los problemas jurídicos en él planteados.

De allí que la Entidad que lo ha solicitado no está sometida a lo que en él se concluye o se opina, de modo que pueden o no acogerlo, sin que se derive ningún tipo de responsabilidad d sobre la entidad que lo emite.

Expuestos los argumentos jurídicos y jurisprudenciales se procederá por parte de esta dirección técnica a efectuar un análisis jurídico de los cuestionamientos efectuados en su requerimiento.

1. Definición y alcance de la comisión de éxito: ¿Cuál es el entendimiento legal de la comisión de éxito en el contexto de la contratación pública?

Una cláusula como la de la comisión de éxito requiere para su análisis considerar desde la complejidad del contrato estatal el alcance de los principios y reglas de derecho privado en las que se sustenta, como de aquellos y aquellas inspiradas en el mantenimiento y preservación de los intereses públicos y generales. De estos últimos resulta esencial para la Sala la consideración del principio de conmutatividad, (...) 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 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, que pueda afectar el interés público o general, 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

secretaria.general@contraloriatolima.gov.co www.contraloriatolima.gov.co

Carrera 3 entre calle 10 y 11, Edificio de la Gobernación del Tolima, piso 7

Código Postal: 730006 - Contacto: +57 (8) 261 1167 – 261 1169

Nit: 890.706.847-1

[3 de 6]



CONTRALORÍA

DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

· La Contraloría del ciudadano ·

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.

2. Normatividad aplicable: ¿Qué leyes, decretos o normativas específicas regulan la contratación bajo esta modalidad en entidades públicas?

LEY 80 DE 1993

Artículo 13º. De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. *Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto, se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.*

ARTÍCULO 32. De los Contratos Estatales. *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, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación.*

ARTÍCULO 40.- Del Contenido del Contrato Estatal. *Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.*

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

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 de esta Ley y a los de la buena administración. (NEGRILLA FUERA DE TEXTO)

ARTÍCULO 41.- Del Perfeccionamiento del Contrato. *Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.*

CODIGO CIVIL

ARTICULO 1626. DEFINICION DE PAGO. *El pago efectivo es la prestación de lo que se debe.*

ARTICULO 1627. PAGO CEÑIDO A LA OBLIGACION. *El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes.*

El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida.

3. Posibles impedimentos o restricciones: ¿Existen restricciones o prohibiciones explícitas para que las entidades públicas celebren contratos bajo la modalidad de comisión de éxito? En caso afirmativo, ¿cuáles son y en qué se fundamentan?

Con relación a este punto es importante tener en cuenta que la comisión de éxito esta sustentada en el estatuto de contratación, por ende los impedimentos y restricciones solo

secretaria.general@contraloriatolima.gov.co www.contraloriatolima.gov.co

Carrera 3 entre calle 10 y 11, Edificio de la Gobernación del Tolima, piso 7

Código Postal: 730006 - Contacto: +57 (8) 261 1167 – 261 1169

Nit: 890.706.847-1

[4 de 6]



CONTRALORÍA

DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

· La Contraloría del ciudadano ·

se dirigen a las distintas formas utilizadas dentro de la etapa precontractual y por ende solo queda restringido a procesos que se adelanten sin aplicación al principio de planeación.

A su vez, la Contraloría General de la República ha conceptualizado al respecto del cobro de honorarios por "Cuota Litis" que: *"la viabilidad de la cuota Litis como forma de pago de honorarios por parte de la administración pública requiere de una clara justificación en donde se denote que esta forma beneficia a la administración, que es la forma económicamente más adecuada de gestionar los recursos del Estado representados jurídicamente en acciones procesales de un contenido patrimonial a su favor. Corresponde en este orden al gestor fiscal demostrar que esta forma de honorarios es la que más conviene a la administración pública dada*

4. Recomendaciones: En caso de ser viable este tipo de contratación, ¿qué recomendaciones o buenas prácticas deberían seguirse para garantizar la transparencia y legalidad de dichos contratos?

Se debe tener en cuenta como recomendaciones las mismas que hace Colombia compra eficiente en relación al trámite contractual y su etapa previa, con una estructuración y planeación presupuestal adecuada y no bajo supuestos, que desde la estructuración del proceso permitan inferir y calcular y cuantificar, valores y trabajo a realizar.

Como ejemplo se trae en los casos de contratación de prestación de servicios profesionales de un asesor jurídico y expone Colombia Compra eficiente:

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.

En relación con 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 se encuentran, entre otros, el prestigio del profesional, la complejidad del asunto, la cuantía de la pretensión y la necesidad de conocimientos especializados del abogado; lo anterior debe ser el resultado del respectivo estudio del sector.

La modalidad de pago de "cuota litis" es un pacto que se suscribe entre el abogado y su cliente cuyo objeto es la obtención de un porcentaje del objeto del pleito, siempre que éste se gane. Así, el valor que se pague al abogado está supeditado a dos aspectos: i) el valor del pleito que va a adelantar el abogado; y ii) el porcentaje que las partes hayan establecido que va a recibir el abogado si gana el pleito. En este sentido, para determinar el valor del CDP y del RP se deberá tener en cuenta los dos parámetros especificados previamente, es decir, el valor del pleito y el porcentaje que hayan establecido las partes para el pago del abogado. Sin embargo, 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.

Las Entidades Estatales pueden 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 unas posibles pagos en virtud del pacto de cuota litis, aun cuando estos pagos no se realicen,

secretaria.general@contraloriatolima.gov.co www.contraloriatolima.gov.co

Carrera 3 entre calle 10 y 11, Edificio de la Gobernación del Tolima, piso 7

Código Postal: 730006 - Contacto: +57 (8) 261 1167 – 261 1169

Nit: 890.706.847-1

[5 de 6]



CONTRALORÍA

DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

· La Contraloría del ciudadano ·

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.

Como conclusión, en el análisis realizado a la figura de la cuota éxito se desarrollaron unos indicadores que son necesarios para ser clausulados en los contratos que estos se condicionen a un resultado exitoso; y es que no pueden existir supuestos convencionales ni discrecionales de una de las partes; sino que se debe contar con todos los estudios previos que dibujen la razonabilidad para determinar cuantías objetivas analizándolos desde estudios financieros, económicos, presupuestales y de mercado que le den ese valor al objetivo del resultado de lo contratado.

Atentamente,



CAMILO ANDRÉS VILLANUEVA CAMPOS
Director Técnico jurídico
Contraloría departamental del Tolima

Proyectó: Carlos E Aguilar Pérez - Abogado Contratista