**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



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]](#footnote-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:

“[…] 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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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 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]](#footnote-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]](#footnote-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 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]](#footnote-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 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]](#footnote-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]](#footnote-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 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]](#footnote-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]](#footnote-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 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]](#footnote-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.

**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](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fsala-de-prensa%2Fboletin-digital%2Fboletin-de-relatoria-2024-iv&data=05%7C02%7Csergio.caballero%40colombiacompra.gov.co%7C37e4eb22782844861f2008dce4b3f5e8%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638636708796125551%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=fa%2FbB6C%2B2yeZonmQ1l2aMMVgBah6psp60w0xnXqiKXQ%3D&reserved=0)

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,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Sergio Enrique Caballero LesmesAnalista T2-01 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cielo Victoria González MezaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Carolina Quintero GacharnáSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

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. [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 21 de noviembre de 2012, CP: Mauricio Fajardo Gómez, Radicado: 22.507. [↑](#footnote-ref-2)
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”. [↑](#footnote-ref-3)
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”. [↑](#footnote-ref-4)
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/> [↑](#footnote-ref-5)
6. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, Concepto del 07 de octubre de 2020, radicado: 20201030104801. [↑](#footnote-ref-6)
7. DEIK ACOSTAMADIEDO, Carolina, Guía de Contratación Estatal: Deber de planeación y modalidades de selección, Buenos Aires, 2015, p. 59. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de Agosto de 2014. Radicado 28565: <https://servicios.consejodeestado.gov.co/WebRelatoria/ce/index.xhtml> [↑](#footnote-ref-8)
9. Corte Constitucional. Sentencia C-018 de 1996: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-018-96.htm> [↑](#footnote-ref-9)
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> [↑](#footnote-ref-10)
11. Corte Constitucional. Sentencia T- 1143 de 2003: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-1143-03.htm> [↑](#footnote-ref-11)
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> [↑](#footnote-ref-12)