

FORMATO PQRS

PRECIO – Concepto – Estructuración

Como es sabido, uno de los elementos de los contratos estatales es el precio, que por lo general se identifica con el valor del contrato. Aunque no todo contrato lo incluye –pues también existen negocios gratuitos– lo usual es que los contratos estatales se configuren como onerosos y, la mayoría de las veces, como conmutativos, cuando hay un acuerdo entre el objeto y la contraprestación pactado por escrito entre la entidad estatal y el contratista. El precio es un importante elemento para el contratista, porque equivale a la remuneración que la entidad contratante le pagará como retribución por la ejecución de las obligaciones de dar, hacer o no hacer previstas a su cargo en el contrato. El precio, entonces, es el valor que se da por el objeto, generalmente en dinero, que debe ser determinado o determinable, en los términos de los artículos 1864 y 1865 del Código Civil y, de manera general está compuesto por dos elementos esenciales: los costos y la utilidad, cuya estructuración interna depende de las condiciones técnicas, financieras, regulatorias, etc. de cada contrato.

Desde la etapa de planeación, en la fase precontractual, las entidades estatales deben calcular tanto el valor estimado del contrato como el presupuesto oficial destinado para satisfacer la necesidad que se pretende suplir con el contrato, mediante la realización del análisis del sector –que incluye el estudio del mercado– y definir la metodología con la cual estructurarán el precio del contrato. Dicho de otro modo, hace parte de los estudios previos la definición del esquema que la Administración usará para estipular el precio. Tal metodología generalmente depende del tipo de contrato, pues hay algunas modalidades más comunes en los de obra pública; otras más utilizadas en los de prestación de servicios y otras más indicadas para los de concesión, por mencionar algunos ejemplos. No hay, pues, una sola metodología para pactar el precio y, en gran medida, la manera de hacerlo ha obedecido a la costumbre mercantil y a la influencia de disciplinas técnicas, como la ingeniería o la administración de empresas, en la contratación estatal.

Para negociar de manera adecuada, es necesario conocer la estructura de los posibles contratistas, pues permite identificar la forma en la que suplirán los requerimientos de la entidad. El análisis del sector debe tener en cuenta el objeto del proceso de contratación, las condiciones del bien o servicio y las ventajas que representa para la Administración contratar el bien o servicio con el contratista. En este último punto, el análisis del sector permite sustentar la decisión de realizar un proceso de contratación desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía. Dicho análisis facilita tanto el conocimiento del sector, desde una perspectiva multidisciplinaria, como de los proveedores disponibles en el mercado para satisfacer la necesidad de la entidad contratante. Así mismo, el análisis del sector implica un estudio de la oferta, lo que permitirá identificar qué proveedores existen en el mercado y cómo intervienen en la cadena de producción, comercialización y distribución de los bienes, obras o servicios. Así mismo, podrá estudiar la demanda para determinar cómo las entidades estatales y los particulares adquieren esos bienes, obras o servicios para extraer las mejores prácticas

FORMATO PQRS

e información para el proceso de contratación y así estructurar de mejor manera el tipo contractual a utilizar y las condiciones y características que se podrán pactar para cumplir el objeto del contrato y para la realización de las prestaciones derivadas de las obligaciones que serán pactadas, tanto para la entidad contratante como para el contratista que proveerá el bien, obra o servicio.

CONTRATO POR MONTO AGOTABLE – Forma de Pago – Legalidad – Contrato típico o atípico – Inexistencia

La figura del “contrato por monto agotable” no existe en las leyes civiles y comerciales ni en el EGCAP como una figura contractual típica ni atípica, pues puede corresponder a un contrato de suministro o de obra, donde se pacta el pago de la contraprestación a precios unitarios, conforme a unos valores asignados, que son objeto del negocio y que se entregan a la entidad, durante el plazo de ejecución del contrato, sin exceder el valor o presupuesto oficial asignado por la entidad contratante para el efecto. En este contexto, se encuentra más relacionada con el establecimiento de la forma de pago. Sin perjuicio de lo anterior, la estructuración del precio del contrato y la forma de pago a precios unitarios, según la demanda de obras, bienes o servicios requeridos por la entidad contratante durante el plazo del contrato, sin exceder el presupuesto oficial, es una modalidad de pacto contractual admisible en el contrato estatal que puede utilizarse por las entidades públicas.

FORMA DE PAGO – Contrato de suministro – Contrato de obra – Presupuesto limitativo

Existen contratos de suministro donde el contratista se obliga a entregar los bienes por un precio unitario, sin que la cuantía se defina exactamente al tiempo de celebrar el contrato, ya que las entregas estas subordinadas a las necesidades de la entidad. Así las cosas, “En este tipo de contratos debe existir un presupuesto limitativo, establecido con el carácter del máximo, y debe preverse la posibilidad de que el objeto del contrato, y por ende el presupuesto máximo, se modifiquen en caso de que la entidad contratante necesite de un mayor número de unidades de producto de las inicialmente estimadas”. Una situación similar se presenta en algunos contratos de obra a precios unitarios donde, pese a que se encuentra establecido los ítems y el valor de cada uno de ellos, las cantidades definitivas dependen de lo efectivamente ejecutado al finalizar el plazo. En este sistema las partes establecen una suma fija por cada unidad de los trabajos que debe ejecutar el contratista, por lo que el precio –a diferencia del ajuste alzado o la suma cerrada– no se determina por la totalidad de la obra, sino por cada parte, unidad o medida. En este caso, también se requiere establecer un tope máximo para la adelantar las obras, ya que “[...] el precio total depende del conjunto de trabajos ejecutados según el presupuesto, pudiendo por tanto variar por nuevos trabajos adicionales [...]”. Por lo demás, a pesar de que el precio del contrato se fije por un monto agotable, este no deja de pertenecer a la tipología del artículo 32.1 del Estatuto General de

COMPARTIDO POR:



FORMATO PQRSD

Contratación de la Administración Pública, especialmente, cuando –conforme al tenor literal de la norma– la obra pública existe cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

Bogotá D.C., [Día] [Mes.NombreCapitalizado] [Año]



Colombia Compra Eficiente
Rad No. RS20240816011562
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 16/08/2024 10:47:51



Señor
John Alexander Mantilla Mesa
johnmantilla12@hotmail.com
Cali – Valle

Concepto C-163 de 2024

Temas: PRECIO – Concepto – Estructuración / TIPOLOGÍA CONTRACTUAL – Escogencia del tipo de contrato / CONTRATO POR MONTO AGOTABLE – Forma de Pago – Legalidad – Contrato típico o atípico – Inexistencia / FORMA DE PAGO – Contrato de suministro – Contrato de obra – Presupuesto limitativo

Radicación: Respuesta a consulta con radicado No. P20240704006753

Estimada señor Mantilla:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública –

FORMATO PQRS

Colombia Compra Eficiente– responde sus solicitudes del 4 de julio de 2024. En las cuales manifiesta lo siguiente:

“Una entidad estatal en un contrato de obra donde se han establecido precios unitarios de los posibles servicios a ejecutar, para la ejecución, ¿puede pactarse que para la forma de pago se haga mediante "consumo" es decir, de conformidad con lo que el contratista vaya ejecutando hasta agotar el presupuesto asignado por el municipio? ¿Puede establecerse como precio del contrato la totalidad del recurso disponible, aun, cuando los precios unitarios establecidos para cada ítem suman menor valor?”

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 el siguiente problema jurídico: ¿Es admisible que una Entidad regulada por el Estatuto General de

FORMATO PQRS

Contratación de la Administración Pública, estructure en la forma de pago de un contrato, que se realizará a través de precios unitarios, según demanda de obras, bienes o servicios requeridos por la entidad contratante durante el plazo de ejecución del mismo, sin exceder el presupuesto oficial?

2. Respuesta:

La estructuración del precio del contrato y la forma de pago a precios unitarios, según la demanda de obras, bienes o servicios requeridos por la entidad contratante durante el plazo del contrato, sin exceder el presupuesto oficial, es una modalidad de pacto contractual admisible en el contrato estatal que puede utilizarse por las entidades públicas. En efecto, puede resultar procedente si en la etapa de planeación del contrato, producto de los estudios previos y el análisis del sector y de los oferentes, se observa que la misma resulta adecuada para satisfacer de mejor manera la necesidad que se pretende satisfacer con el proceso de contratación y puede generar algún beneficio, como por ejemplo, la posibilidad de contar con precios fijos de las obras, bienes o servicios que se adquirirán durante el plazo de ejecución, controlando el gasto con el propósito de evitar el exceso en el presupuesto oficial. En todo caso, la decisión de acudir a este tipo de cláusulas, usualmente incorporadas en la "forma de pago" o en el "valor del contrato", es de la autonomía de las entidades públicas rectoras de sus procesos de contratación porque no están prohibidas o restringidas en la contratación estatal, y podrá adoptarse previa justificación en los estudios previos que soportan el objeto y las condiciones de ejecución del contrato.

3. Razones de la respuesta:

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

- El precio es el "valor pecuniario en que se estima algo"¹. En nuestro ordenamiento jurídico, tenemos una definición de precio en el Código Civil y en el Código de

¹ Diccionario de la Lengua Española.

FORMATO PQRS

Comercio. Ambas codificaciones, al regular el contrato de compraventa, definen el precio como el dinero que el comprador entrega a cambio de la cosa vendida:

“[Artículo 1849 del Código Civil]: La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquella se dice vender y esta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio.

[Artículo 905 del Código de Comercio]: La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio”.

- Como es sabido, uno de los elementos de los contratos estatales es el precio, que por lo general se identifica con el valor del contrato. Aunque no todo contrato lo incluye –pues también existen negocios gratuitos– lo usual es que los contratos estatales se configuren como onerosos y, la mayoría de las veces, como conmutativos, cuando hay un acuerdo entre el objeto y la contraprestación pactado por escrito entre la entidad estatal y el contratista². El precio es un importante elemento para el contratista, porque equivale a la remuneración que la entidad contratante le pagará como retribución por la ejecución de las obligaciones de dar, hacer o no hacer previstas a su cargo en el contrato. El precio, entonces, es el valor que se da por el objeto, generalmente en dinero, que debe ser determinado o determinable³, en los términos de los artículos 1864 y 1865 del Código Civil y, de manera general está compuesto por dos elementos esenciales: los costos y la

² Al respecto, la doctrina sostiene que “Los contratos instados por los entes, organismos y entidades del sector público [...] tienen [...] un carácter oneroso. Efectivamente, el carácter sinalagmático del contrato comporta [...] que cada una de las partes subjetivas recíprocamente tienen una serie de derechos y obligaciones, y el término oneroso nos indica igualmente que el contrato tiene prestaciones recíprocas entre sus partes, por lo que en un contrato en el que existe una determinada prestación (la entrega de un bien mueble, la prestación de un servicio, la realización de una obra) es evidente que debe ser retribuida mediante el abono de la correspondiente contraprestación, es decir, el carácter oneroso del contrato se refiere a la contraprestación que se ofrece por la entidad adjudicadora al contratista por la realización de las actividades objeto del contrato” (Cfr. FERNÁNDEZ ASTUDILLO, José María: El nuevo régimen de la contratación pública. Madrid: Wolker Kluwer, 2018. P. 268).

³ MARÍN CORTÉS, Fabián G. El precio. Ed. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. y Centro de Estudios de Derecho Administrativo, Medellín, 2012, p. 60.

FORMATO PQRS

utilidad, cuya estructuración interna depende de las condiciones técnicas, financieras, regulatorias, etc. de cada contrato⁴.

- Desde la etapa de planeación, en la fase precontractual, las entidades estatales deben calcular tanto el valor estimado del contrato como el presupuesto oficial destinado para satisfacer la necesidad que se pretende suplir con el contrato, mediante la realización del análisis del sector –que incluye el estudio del mercado– y definir la metodología con la cual estructurarán el precio del contrato. Dicho de otro modo, hace parte de los estudios previos la definición del esquema que la Administración usará para estipular el precio. Tal metodología generalmente depende del tipo de contrato, pues hay algunas modalidades más comunes en los de obra pública; otras más utilizadas en los de prestación de servicios y otras más indicadas para los de concesión, por mencionar algunos ejemplos⁵. No hay, pues, una sola metodología para pactar el precio y, en gran medida, la manera de hacerlo ha obedecido a la costumbre mercantil y a la influencia de disciplinas técnicas, como la ingeniería o la administración de empresas, en la contratación estatal. Dentro de tales esquemas de establecimiento del precio pueden citarse, entre otros: i) los precios unitarios –calculados de acuerdo con las unidades que

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A sentencia de 19 de julio de 2018, M.P. Marta Nubia Velázquez Rico, Rad. 2013-01826(57.576)

⁵ “La manera como las ofertas presentan el precio varía demasiado, incluso por razón de la costumbre que se impone en determinados negocios. Por ejemplo, tratándose de la compraventa, del suministro o la prestación de servicios profesionales –entre otros contratos, que de hecho son la mayoría– el valor que se ofrece no se desglosa para revelar al destinatario su estructura de costos. El proponente se limita a establecer una cifra por la que está dispuesto a asumir ciertas obligaciones, pero el comprador desconoce cómo se compone internamente, es decir, no sabe –ni usualmente le interesa conocerlo– qué parte del valor corresponde a gastos de mano de obra, de transporte, de energía, cuál es la utilidad esperada, entre otros conceptos. En estos casos se limita a conocer con claridad absoluta cuánto le costará el bien o el servicio, porque es lo que pagará.

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

FORMATO PQRSD

componen el objeto del contrato–, ii) el precio global –que equivale al monto total, sin discriminar unidades–, y iii) la administración delegada de recursos –en la que se distinguen los costos de inversión de los honorarios del administrador–.

- Pues bien, en algunos contratos cuyo precio se estructura a partir del sistema de precios unitarios, ha hecho parte de la práctica de los negocios que el contratante le solicite al potencial contratista que separe en su propuesta los costos directos – es decir, los que están directamente implicados en la ejecución del objeto–, de los costos indirectos –que equivalen a los rubros que no tienen que ver de manera inmediata con la ejecución de las actividades contractuales, pero que integran también el precio, bien porque constituyen erogaciones administrativas o contingentes para el contratista o bien porque se dirigen a salvaguardar su ganancia–. En tal sentido, mientras que los costos directos se evidencian en el análisis de precios unitarios –APU–, como la sumatoria de los valores de los *ítems* según su unidad de medida y cantidades, los costos indirectos se suelen abreviar en las variables que integran el acrónimo AIU –Administración, Imprevistos y Utilidad–, que se calcula como un porcentaje aplicado a los costos directos. De acuerdo con la Sección Tercera del Consejo de Estado, el AIU, concepto de común utilización en los contratos de tracto sucesivo –entre ellos, los contratos de obra– no cuenta con una definición normativa, pero hay elementos que permiten precisar su alcance, así:

“[...] el AIU propuesto para el contrato, corresponde a:

- i) los costos de administración o costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista, esto es: A;
- ii) los imprevistos, que es el porcentaje destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presenten durante la ejecución del contrato, esto es, el álea normal del contrato: I;
- iii) la utilidad o el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato, esto es: U.

Ahora, teniendo en cuenta que no existe ninguna reglamentación que establezca porcentajes mínimos o máximos para determinar el A.I.U., cada empresa o comerciante de acuerdo con su infraestructura, experiencia, las

FORMATO PQRS

condiciones del mercado, la naturaleza del contrato a celebrar, entre otros factores, establece su estructura de costos conforme a la cual se compromete a ejecutar cabalmente un contrato en el caso de que le sea adjudicado”⁶.

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado sostuvo en Concepto del 5 de septiembre de 2018⁷ que “el concepto del A.I.U. comprende la Administración (costos indirectos) imprevistos y utilidades, y en algunos contratos este valor aparece cuantificado en forma independiente al valor de la obra y como un porcentaje de la misma⁸, sin perjuicio que en otros contratos este valor no aparezca discriminado y se incorpore en el valor de los precios unitarios”⁹.

Así pues, ni el sistema de precios unitarios –como metodología de estipulación del valor contractual–, ni el concepto de AIU, ni mucho menos la forma de calcularlo –es decir, su porcentaje–, son aspectos regulados en el conjunto de las disposiciones legales y reglamentarias que integran la normativa contractual del Estado: “La justificación de esta manera de cotizar el precio procede, incluso, de la formación universitaria que reciben los ingenieros, a quienes les enseñan esta metodología para elaborar las ofertas. En fin, lo que se quiere indicar con estos comentarios es que la necesidad de presentar una propuesta desglosando en forma intensa su precio no procede de la ley, ni del reglamento, sino de la costumbre [...]”¹⁰. De otro lado, en

⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 14 de octubre de 2011. Exp. 20811, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁷ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de septiembre de 2018, radicado No. 11001-03-06-000-2018-00124-00 C.P. Édgar González López.

⁸ “Los costos indirectos incorporados en el A, corresponden como regla general a gastos de la oficina central, honorarios del director de obra, y de personal especializado. Generalmente estos costos pueden estar compartidos con los diversos contratos de obra que en forma simultánea esté ejecutando el contratista. Un ejemplo corresponde a los costos de la oficina central, y de los asesores de proyectos”.

⁹ “[...] la utilidad es el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato y por costos de administración se han tenido como tales los que constituyen costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista; el porcentaje para imprevistos, como su nombre lo indica, está destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presenten durante la ejecución del contrato” (Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 28 de agosto de 2003. Radicado: 17.554).

¹⁰ MARÍN CORTÉS, Op. Cit., pp. 64-65.

FORMATO PQRSD

principio quien define el valor de cada *letra* –AIU– es el proponente, pues goza de libertad empresarial para hacerlo en la elaboración de su oferta¹¹.

- En consecuencia, tanto las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como las excluidas de este –es decir, las que tienen un régimen especial– gozan de autonomía para configurar el precio y para establecer el sistema de pago más apropiado para satisfacer los fines de la contratación, respetando los límites previstos en el ordenamiento. En tal perspectiva, cuentan con discrecionalidad para establecer en el pliego de condiciones o en su documento equivalente, así como en el contrato, el sistema de precios unitarios y la figura del AIU; modelo que, como se indicó, es más pertinente para los contratos de tracto sucesivo, como lo son, por ejemplo, los contratos de suministro y obra, respectivamente. Por ende, la decisión de incluir o no el AIU en el precio unitario de los bienes o servicios ofrecidos, al igual que la metodología de delimitación de sus variables –ítems y porcentajes– debe obedecer a un juicioso análisis de oportunidad y conveniencia, que consulte las reglas de la experiencia, así como los aspectos particulares de cada negocio, y que se armonice con la garantía de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, dentro de los cuales se halla el principio de economía, el cual exige la optimización de los recursos públicos.

- En la etapa precontractual de la contratación estatal, cuando la Administración está elaborando los estudios previos, para lograr con éxito el proceso de contratación que requiere para satisfacer una necesidad de bienes, obras o servicios con la finalidad de cumplir los cometidos estatales, debe analizarse, según el objeto a contratar, cuál es el tipo de contrato, las obligaciones y prestaciones a pactar que mejor satisfagan los intereses de la Administración como entidad contratante. Es así como, por ejemplo, el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 permite que dentro del contenido de un contrato estatal se admitan las estipulaciones conformes con las normas civiles, comerciales y las especiales previstas en dicha ley que correspondan a su esencia y naturaleza. Por ello, las entidades pueden celebrar todos los contratos y acuerdos permitidos por la autonomía de la voluntad requeridos para cumplir con los fines estatales.

¹¹ *Ibid.*, p. 66.

FORMATO PQRS

- Los contratos estatales admiten todas las modalidades, condiciones y estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a Constitución, la ley, el orden público, los principios y finalidades del Estatuto General de Contratación y los de la buena administración. Lo anterior, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 13 y 32 de la Ley 80 de 1993, permite concluir que las entidades estatales pueden celebrar los contratos necesarios para la consecución de sus fines, ya sean estos nominados y típicos¹² en la legislación civil y comercial de derecho privado¹³ o en el Estatuto General de Contratación Pública¹⁴ o bien pueden acudir a los contratos atípicos, donde sus estipulaciones pueden ser puramente de creación de la voluntad de las partes –siempre y cuando no contraríen normas de orden público– o pueden ser mixtas, haciendo uso de estipulaciones que responden a diferentes combinaciones de objetos contractuales¹⁵.

La doctrina reconoce este fenómeno entendiendo que “la ley no crea el contrato, sino que reconoce su existencia, afirmación que implica reconocer que, en un principio, todos los contratos que hoy se reputan como típicos eran innominados – atípicos, deviniendo en típicos con la intervención del legislador”¹⁶. Asimismo, cuando se está ante la existencia de un contrato complejo¹⁷, porque la voluntad de las partes involucra diversas estipulaciones que por lo general son propios de varios tipos contractuales, se dificulta definir el criterio interpretativo para disciplinar el contrato. No obstante, surge la necesidad de desentrañar dicha voluntad de los contratantes y, para el efecto, puede acudirse a la siguiente solución planteada por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación del 31 de mayo de 1938:

¹² Que tienen una definición y regulación establecida en la ley.

¹³ Por ejemplo: contratos de compraventa, suministro, depósito, seguro, arrendamiento, mutuo, mandato etc.

¹⁴ Por ejemplo: contratos de obra pública, prestación de servicios, consultoría, concesión, fiducia pública y encargo fiduciario.

¹⁵ OSPINA MENA, Jesús Marino. Régimen de la Contratación Estatal. Un salto a la contratación líquida, Ed 1ª Dike, 2020, Bogotá, p. 164.

¹⁶ ARRUBLA PAUCAR, Jaime. Contratos Mercantiles, Tomo III, Contratos Atípicos, 8 Ed, Legis, 2015, p. 23.

¹⁷ NARVAEZ GARCÍA, José Ignacio, Derecho mercantil colombiano. Obligaciones y contratos mercantiles. 2 Ed. Bogotá: Legis, 2002. p.67.

FORMATO PQRSD

“Las relaciones convencionales que no encajan dentro de ninguno de los tipos reglamentados de contrato se aplican por analogía del tipo contractual afín al punto de vista jurídico pertinente, o por los principios generales del derecho de las obligaciones o de los contratos y, a título complementario, por el arbitrio judicial. Bien entendido que esos criterios no han de violentar la voluntad libremente configurada de las partes dentro de los amplios límites a ella trazados por el legislador”¹⁸.

Por su parte, el Consejo de Estado también ha entendido que los contratos estatales pueden calificarse como contratos mixtos cuando involucran prestaciones de igual connotación y, en reciente pronunciamiento, proferido con ocasión de una consulta relacionada con la causación de la estampilla prouniversidades por la suscripción de contratos de suministro de materiales, personal y mantenimientos para las sedes de una entidad, consideró lo siguiente frente a la interpretación de estos contratos:

“Es posible que existan contratos mixtos que contengan prestaciones correspondientes a varios tipos o clases de contratos, que no se encuentran relacionados con otros contratos típicos o atípicos, nominados o innominados a que se refieren los artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993. [...]

El contrato es mixto cuando las prestaciones mixtas están esencialmente vinculadas entre sí, por tener relaciones de complemento u obedecer a una unidad funcional dirigida a la satisfacción de la necesidad de la entidad -unidad de causa-. En caso contrario, si las prestaciones son autónomas y no guardan vinculación entre sí, la figura será una unión de contratos -causas distintas-.

El ejemplo de contratos mixtos más común se refiere, como se señaló, al suministro de equipos necesarios para la prestación del servicio público de la entidad, con prestaciones accesorias y necesarias, relacionadas con su instalación y su puesta en funcionamiento, así como servicios de capacitación de asesoría de la entidad en el uso de los mismos”¹⁹.

¹⁸ Gaceta Judicial T.XLVIII, p.50. Citada por: SUAREZ BELTRÁN, Gonzalo. Estudios de derecho contractual público. Bogotá: Legis, 2014. p. 239.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de septiembre de 2018. Exp. 2.386. C.P. Edgar González López. Este concepto reitera pronunciamientos anteriores relacionados con la estampilla pro-universidades, tales como: Conceptos 2.229 de 2015, 2.271 de 2016, 2.229 de 2017, 2.324 de 2017.

FORMATO PQRS

Resulta del caso precisar que la tipología contractual incide en aspectos como el proceso de selección que debe realizarse, los requisitos habilitantes o ponderables a incorporar en el pliego de condiciones para seleccionar de manera objetiva la mejor oferta; y si debe o no exigirse el Registro Único de Proponentes –RUP–, entre otras cuestiones importantes para el proceso de contratación. Preciso lo anterior, respecto al objeto de la consulta, es pertinente reflexionar sobre dos (2) de los contratos típicos que pueden utilizar las entidades estatales para satisfacer necesidades: el contrato de suministro y el de obra.

- Por un lado, el término suministro proviene del latín *subministrare* que significa proveer a uno algo que necesita. En la actualidad el contrato de suministro tiene una función económica²⁰ importante pues sirve de instrumento para que un empresario pueda proyectar su actividad comercial y un proveedor pueda planificar su producción y las ventas, brindando certeza sobre el abastecimiento periódico de materias primas, bienes o servicios que el primero necesita del segundo, a cambio de una correlativa remuneración. En el ordenamiento jurídico colombiano el contrato de suministro está definido en el artículo 968 del Código de Comercio como el negocio jurídico “por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios”.

El contrato de suministro reúne las siguientes características: i) es bilateral y conmutativo, ya que crea obligaciones recíprocas para las dos partes del contrato llamadas a reportar beneficios equivalentes para ambos; ii) es oneroso, pues genera un lucro, utilidad o beneficio para ambas partes; iii) es por regla general consensual, dado que en derecho privado nace con el solo acuerdo de voluntades sobre el objeto –no lo es en contratación estatal, donde es solemne–; iv) es de tracto sucesivo, porque la ejecución de las prestaciones se realiza de manera periódica o continua a través del tiempo; v) es principal, porque existe por sí solo independientemente de otros contratos; vi) es nominado y típico, dado que cuenta con definición y regulación legal en los artículos 968 y siguientes del Código de Comercio; y vii) en estos

²⁰ NOSSA PEÑA, Lisandro. De los contratos mercantiles, Universidad Católica de Colombia, 2 Ed, 2006, p. 279.

FORMATO PQRS

contratos estatales es potestativa la inclusión de cláusulas excepcionales, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

En el suministro quien se obliga de forma independiente a ejecutar las prestaciones sobre cosas –por lo general bienes muebles para el consumo o producción– o servicios –por lo general prestaciones inmateriales provenientes del esfuerzo humano– de forma periódica o continua se denomina proveedor o suministrante. Quien se beneficia de las prestaciones ejecutadas y queda a cambio obligado a pagar el precio se denomina consumidor, suministrado, beneficiario o cliente²¹. Este contrato guarda cercanía con otros tipos contractuales. No obstante, su característica identificadora es la periodicidad o continuidad de la ejecución independiente de las prestaciones de cosas o servicios a cargo del proveedor. Por lo anterior, la doctrina reconoce que “debe tenerse en cuenta entonces la posibilidad de que en el contrato de suministro también se apliquen las reglas relativas a otros contratos que le sean compatibles, como son los de compraventa, transporte, obra, etc., particularmente en lo que se relaciona con la prestación periódica individualmente considerada, (art. 980 del C.Co)”²².

- Por otra parte, la obra pública es una tipología de los contratos estatales, entendidos estos últimos como los actos jurídicos generadores de obligaciones que han sido celebrados por alguna de las entidades estatales enlistadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993. Lo anterior resulta de especial relevancia, en la medida en que dicho tipo contractual se diferencia de la definición y regulación prevista en el derecho privado para el contrato de confección de obra material regulado en el Código Civil.

En efecto, en el derecho privado brilla por la ausencia una definición del contrato de obra. El artículo 2053 del Código Civil lo tipifica como una de las clases de arrendamiento, y establece reglas para diferenciarlo de la compraventa, para lo cual dispone que “Si al artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra”. Por el contrario, “Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento”; pero “Si la materia principal

²¹ LAFONT PIANETTA, Pedro. Manual de contratos, Tomo I, Ediciones Librería del Profesional, 1 Ed, 2001, p.110.

²² Ibídem, p. 114.

FORMATO PQRSD

es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario, de venta”. En todo caso, en la medida en que los artículos 2060 y 2061 del Código disponen reglas especiales para los contratos de construcción y de arquitectura, es claro que la realización de trabajos materiales recae tanto sobre bienes muebles como inmuebles. Así, la doctrina considera que:

“Puede definirse el arrendamiento de obra o contrato de confección de obra material como aquél por el cual una persona llamada artífice, se obliga, mediante cierto precio, a ejecutar una obra material. Los elementos de este contrato, fuera del consentimiento indispensable en todo contrato, son la ejecución de la obra y el precio.

Así como en el arrendamiento de cosas, el arrendador es obligado a suministrar el goce de la cosa, en el arrendamiento de obras es obligado a la ejecución de una obra material; mediante este contrato, el arrendador va a poner su trabajo al servicio de otro para transformar una sustancia en una obra nueva, que puede ser mueble o inmueble; cabe dentro de este contrato los más variados trabajos: el del sastre, del carpintero, del arquitecto, del ingeniero, etc. Lo que caracteriza entonces este contrato es que se haga una obra nueva con una sustancia mediante la transformación de ella por el trabajo del hombre”²³.

En *sentido amplio*, dado que la “obra” es un bien que crea la actividad humana, el hecho de que sea “pública” significa que es todo trabajo material en cuya creación o realización interviene el Estado. No obstante, el numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 opta por un *sentido restringido*, al disponer que “Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago”, de manera que este tipo de contrato no aplica a los trabajos materiales realizados sobre bienes muebles²⁴. Por lo anterior, el legislador adoptó el criterio de la tipificación del contrato

²³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De los contratos. Santiago de Chile: Editorial Jurídica EDIAR-CONOCSUR LTDA, 1988. p. 182.

²⁴ Respecto a la referencia a los bienes inmuebles, debe considerarse la definición de los artículos 656 y 658 del Código Civil, que incluye en esa categoría tanto a los inmuebles por adhesión como por destinación. De esta manera, la referencia contenida en el numeral 1 del artículo 32 la Ley 80 de 1993 a inmuebles debe entenderse que

FORMATO PQRSD

de obra pública a actividades realizadas sobre bienes inmuebles, admitiendo, de forma muy amplia, la ejecución de todo trabajo que tenga por objeto crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles, lo cual incluye trabajos de construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de esos mismos²⁵. De esta manera:

“[...] el legislador limitó la naturaleza de los contratos de obra a las actividades de trabajos materiales exclusivamente sobre bienes inmuebles, independientemente de su modalidad de ejecución y pago. De esta forma, acogió la posición de una parte de la doctrina y del derecho comparado, que vinculan la tipificación del contrato de obra a aquellas actividades realizadas sobre bienes inmuebles.

La ejecución de obras sobre otro tipo de bienes, no estarán regulados por el contrato estatal de obra y podrán corresponder a una prestación de servicios general, o a cualquier otra modalidad típica o atípica, nominada o innominada que pueda celebrarse entre la entidad estatal y un contratista, en los términos de la autonomía de la voluntad de las partes, de acuerdo con lo previsto en los artículos 32 y 40 de la ley 80 de 1993”²⁶.

En la disposición citada, el contrato de obra pública no se limita a la construcción de inmuebles, pues la definición se extiende a las actividades de mantenimiento e instalación, lo cual supone un bien preexistente. Para la Real Academia Española “construir” significa fabricar, erigir, edificar y hacer de nueva planta una cosa; en tanto que “mantener” significa conservar una cosa en su ser, darle vigor y permanencia; y, finalmente, “instalar” es poner o colocar algo en su lugar debido. Igualmente, el concepto se extiende a cualquier trabajo material realizado sobre bienes inmuebles, tales como la reforma y la demolición.

se extiende a los inmuebles anteriormente mencionados, razón por la cual la tipicidad del contrato de obra incluye cualquier clase de trabajo sobre inmuebles por adhesión o por destinación.

²⁵ OSPINA MENA, Jesús Marino. Régimen de la Contratación Estatal. Un salto a la contratación líquida. Bogotá: Dike, 2020. p. 168.

²⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de septiembre de 2018. Rad. 2.386. C.P. Edgar González López.

FORMATO PQRS

Teniendo en cuenta lo anterior, lo que el peticionario denomina como "*contrato por monto agotable*", en realidad puede corresponder a un contrato de suministro o de obra, donde se pacta el pago de la contraprestación a precios unitarios, conforme a unos valores asignados, que son objeto del negocio y que se entregan a la entidad, durante el plazo de ejecución del contrato, sin exceder el valor o presupuesto oficial asignado por la entidad contratante para el efecto. Lo anterior, en vista de que la figura del "contrato por monto agotable" no existe en las leyes civiles y comerciales ni en el EGCAP como una figura contractual típica ni atípica. En este contexto, se encuentra más relacionada con el establecimiento de la forma de pago. Como explica la doctrina, existen *contratos de suministro* donde el contratista se obliga a entregar los bienes por un precio unitario, sin que la cuantía se defina exactamente al tiempo de celebrar el contrato, ya que las entregas estas subordinadas a las necesidades de la entidad:

"Esta modalidad de suministro, conocida como contrato de suministro de tracto sucesivo por precio unitario, se caracteriza por la indeterminación relativa del objeto del contrato y, por lo tanto, del precio, ya que están identificados el producto a suministrar y el precio unitario del mismo, pero no el número de unidades que deberán entregarse a la entidad contratante al amparo del contrato, lo que implica que no se conozca con exactitud, tampoco, el precio global que deberá abonarse al contratista.
[...]

En este tipo de contratos debe existir un presupuesto limitativo, establecido con el carácter del máximo, y debe preverse la posibilidad de que el objeto del contrato, y por ende el presupuesto máximo, se modifiquen en caso de que la entidad contratante necesite de un mayor número de unidades de producto de las inicialmente estimadas [...] Es muy importante destacar que por vía de modificación del contrato no pueden establecerse nuevos precios unitarios no previstos inicialmente, por lo que [...] se trata de prever la ampliación del número de unidades a suministrar, manteniéndose el precio unitario pactado originalmente"²⁷. (Énfasis fuera de texto)

²⁷ MELÓN PARDO, Carlos. El contrato de suministro. En: Tratado de los contratos del sector público. Tomo III. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. pp. 2620-2621. Esto también concuerda con la regla del numeral 2 del artículo 969 del Código de Comercio, pues "Para establecer la cuantía del suministro si las partes no lo hubieren fijado en cantidad determinada o señalado las bases para determinarla, se aplicarán las siguientes reglas: [...] Si las partes han fijado solamente un límite máximo corresponderá al consumidor determinar la cuantía, sin exceder dicho máximo [...]".

FORMATO PQRSD

Una situación similar se presenta en algunos *contratos de obra* a precios unitarios donde, pese a que se encuentra establecido los ítems y el valor de cada uno de ellos, las cantidades definitivas dependen de lo efectivamente ejecutado al finalizar el plazo²⁸. En este sistema las partes establecen una suma fija por cada unidad de los trabajos que debe ejecutar el contratista, por lo que el precio –a diferencia del ajuste alzado o la suma cerrada– no se determina por la totalidad de la obra, sino por cada parte, unidad o medida. Para la doctrina, “Se trata de un sistema flexible en el precio y en la obra, por cuanto ambos solo van a quedar definitivamente determinados al momento de la conclusión de las obras, circunstancia en la que recién podrán conocerse con exactitud la cantidad de unidades ejecutadas por el constructor y, del mismo modo, el precio definitivo a ser pagado por el comitente”²⁹. En este caso, también se requiere establecer un tope máximo para la adelantar las obras, ya que “[...] el precio total depende del conjunto de trabajos ejecutados según el presupuesto, pudiendo por tanto variar por nuevos trabajos adicionales [...]”³⁰. Por lo demás, a pesar de que el precio del contrato se fije por un monto agotable, este no deja de pertenecer a la tipología del artículo 32.1 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, especialmente, cuando –conforme al tenor literal de la norma– la obra pública existe cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

Sin perjuicio de lo anterior, la estructuración del precio del contrato y la forma de pago a precios unitarios, según la demanda de obras, bienes o servicios requeridos por la entidad contratante durante el plazo del contrato, sin exceder el presupuesto oficial, es una modalidad de pacto contractual admisible en el contrato estatal que puede utilizarse por las entidades públicas. En efecto, puede resultar procedente si en la etapa de planeación del contrato, producto de los estudios previos y el análisis del sector y de los oferentes, se observa que la misma resulta adecuada para satisfacer de mejor manera la necesidad que se pretende satisfacer con el proceso de contratación y puede generar algún beneficio, como por ejemplo, la posibilidad de

²⁸ Cfr. MARTÍNEZ MAS, Francisco. La terminación, entrega, recepción, y liquidación en el contrato de obra. Madrid: Dykinson, 2001. pp. 176-177.

²⁹ PODETTI, Humberto. El contrato de construcción. Buenos Aires: Astrea, 2004. Pp. 254-255.

³⁰ PLANIOL, Marcel & RIPERT, George. Tratado práctico de derecho civil francés. Tomo XI. La Habana: Cultural SA, 1940. p. 163.

FORMATO PQRSD

contar con precios fijos de las obras, bienes o servicios que se adquirirán durante el plazo de ejecución, controlando el gasto con el propósito de evitar el exceso en el presupuesto oficial. En todo caso, la decisión de acudir a este tipo de cláusulas, usualmente incorporadas en la “forma de pago” o en el “valor del contrato”, es de la autonomía de las entidades públicas rectoras de sus procesos de contratación porque no están prohibidas o restringidas en la contratación estatal, y podrá adoptarse previa justificación en los estudios previos que soportan el objeto y las condiciones de ejecución del contrato.

De acuerdo con la explicación precedente, el denominado “contrato por monto agotable” no es una forma de contratación típica ni atípica en el ordenamiento colombiano, pues –aunque no esté expresamente regulado– corresponde una las formas en que puede pactarse el pago en los contratos a precios unitarios. Si bien es usual en algunos contratos de obra y suministro, nada obsta para que –de acuerdo con los estudios previos– se incluya en otras tipologías contractuales cuando la Administración lo estime conveniente y necesario, pues “Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales” y, por tanto, “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” (artículo 40 de la Ley 80 de 1993). Por ello, dado que el contrato objeto de consulta carece de autonomía normativa como contrato atípico no existe registro de las necesidades, entidades o cuantías solicitadas en la consulta, pues no es un parámetro válido para la búsqueda en SECOP.

4. Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:

- Artículo 13, 32 y 40 de Ley 80 de 1993 Disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/ley-1882-de-2018/>
- Jurisprudencia del Consejo de Estado.

FORMATO PQRS

- Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 14 de octubre de 2011. Exp. 20811, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de septiembre de 2018, radicado No. 11001-03-06-000-2018-00124-00 C.P. Édgar González
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A sentencia de 19 de julio de 2018, M.P. Marta Nubia Velázquez Rico, Rad. 2013-01826(57.576) López. Disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/providencias-consejo-de-estado/>

5. Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:

Sobre el régimen del precio en la contratación estatal y los contratos por bolsa o a monto agotable, se pronunció esta Subdirección en los conceptos 4201912000007092 del 29 de noviembre de 2019, 2201913000008566 del 18 de noviembre de 2019, 4201913000007822 de 27 de diciembre de 2019, C-037 del 28 de enero de 2020, C-191 del 16 de marzo de 2020 y C-211 del 8 de abril de 2020, C-469 del 27 de septiembre de 2020, C-480 del 16 de septiembre de 2020, C-059 del 10 de marzo de 2021, C-613 del 6 de octubre de 2022, C-716 del 15 de noviembre de 2022, C-017 del 22 de febrero de 2022 y C-104 del 27 de abril de 2023, 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>.

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

Twitter: [@colombiacompra](https://twitter.com/colombiacompra)

Facebook: [ColombiaCompraEficiente](https://www.facebook.com/ColombiaCompraEficiente)

LinkedIn: [Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente](https://www.linkedin.com/company/Agencia-Nacional-de-Contrataci3n-P3blica-Colombia-Compra-Eficiente)

Instagram: [@colombiacompraeficiente_cce](https://www.instagram.com/colombiacompraeficiente_cce)

COMPARTIDO POR:



FORMATO PQRSD

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones 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: Jhonattan Gualdrón Salazar
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Juan David Cardenas
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Carolina Quintero Gacharná
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP - CCE