Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

Auditoría General de la República
Al contestar cite el radicado No: 1102-202301502
Fecha: 8 de junio de 2023 12:22:47 PM
Origen: Oficina Jurídica
Destino: ANDRÉS NICOLÁS TORRES CUESTA

Bogotá D.C.,
110

Señor
ANDRÉS NICOLÁS TORRES CUESTA
antc1798@gmail.com

Referencia: Concepto 110.046.2023
SIA-ATC. 012023000373
Temas: *1. De los contratos estatales de prestación de servicios de representación judicial.*
2. De la procedencia de la prima de éxito en contratos de prestación de servicios de representación judicial
3. La responsabilidad fiscal y las primas de éxito pactadas en los contratos estatales.

Respetado señor Torres:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento mediante correo electrónico del viernes, 5 de mayo de 2023, el cual fue radicado bajo No. 02331202301192 y SIA-ATC. No 012023000373, en el que se realizan las siguientes consultas:

> «Considerando los criterios doctrinales y especialmente jurisprudenciales y las competencias de la Auditoría General de la República en ejercicio del control fiscal:
>
> - ¿Es posible, legítimo y válido que en los contratos suscritos por las entidades públicas de todos los órdenes se incluya en su clausulado la causación de bonificaciones o primas de éxito como consecuencia de gestiones profesionales de Abogado triunfantes, es decir con resultados fijados en el inicio de la relación convencional?
> - ¿Habida cuenta de la licitud y legalidad de este tipo de pactos, por supuesto sobre la base de una sólida descripción en los estudios previos, podría decirse que por su estipulación no se genera responsabilidad desde el punto de vista fiscal?
> - ¿Existen pronunciamientos anteriores sobre la Auditoría General de la República sobre la materia?»

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicar que, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que nos corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal; por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia; por lo tanto, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del control fiscal en Colombia, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en la Sentencia C-1176 de 2004, señalando: «Por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la

Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoria, **sin que por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal**, pues la atribución constitucional conferida a la Auditoria solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución…» (Negrilla fuera de texto).

Adicionalmente se observa respecto de esta consulta, que sobre el punto número uno anteriormente una ciudadana presentó consulta idéntica a la cual se le dio traslado por competencia a Colombia Compra Eficiente. No obstante, en aras de orientar y facilitar la aplicación de la normativa jurídica, y sin que tenga el carácter de fuente normativa se efectuará un análisis integral de todo lo consultado.

Por lo tanto, este Despacho para brindar elementos de juicio que contribuyan al debate académico y permitan al consultante dilucidar la inquietud planteada traerá a colación las normas, jurisprudencia y doctrina aplicables que se encuentran al alcance de todos, exponiendo algunas consideraciones jurídicas, para así emitir concepto de manera general y abstracta, en los siguientes términos:

1. De los contratos estatales de prestación de servicios de representación judicial.

El contrato -como fuente de las obligaciones- es un acuerdo de voluntades, en virtud del cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer.[1] La Ley 80 de 1993 en su artículo 32 señaló que «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.»

Sobre este particular ha dicho el Consejo de Estado[2] lo siguiente:

> «La Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado 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.»

[1] Código Civil, artículo 1495
[2] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 21 de noviembre de 2012, CP: Mauricio Fajardo Gómez, Radicado: 22.507.

Ahora bien, los contratos estatales -a diferencia de los contratos privados- tienen por objetivo el cumplimiento de los fines del Estado (Art. 2º Constitución Política), la satisfacción del interés general y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.

En ese sentido, el artículo 3º de la Ley 80 de 1993 señala que son fines de la contratación estatal:

> «ARTÍCULO 3o. 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. (…)»

Para garantizar el cumplimiento de sus fines y, en orden a evitar cualquier desviación, el legislador desarrolló el marco normativo aplicable al común denominador de las entidades estatales, estableciendo reglas y procedimientos, a fin, de garantizar el cumplimiento de los principios de la función administrativa (Art. 209 CP) y de la gestión fiscal (Art. 267 CP), los cuales son exigibles respecto a toda la contratación del Estado.

Sin embargo, aun cuando en la suscripción, ejecución y liquidación de los contratos estatales deba, por regla general, 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, en lo que no pugne con las normas especiales en materia de contratación, por disposición del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

> «ARTÍCULO 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. 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 sentido, el Consejo de Estado ha señalado -en nutrida jurisprudencia- que en los contratos estatales resulta perfectamente aplicable el principio de la autonomía de la voluntad[3] de las partes, amparándose en lo dispuesto en los artículos 13, 32, 40 y demás concordantes de la Ley 80; siempre y cuando, no se atente contra normas de orden público. Veamos:

> «Es por ello que la autonomía de la voluntad intrínseca en la relación negocial en modo alguno puede erigirse como soporte válido para la inobservancia de las normas de orden público que, en este caso, propende por defender el equilibrio de intereses que convergen para la celebración de

[3] Dentro de este cuadro, la autonomía permite a los particulares: i) celebrar contratos o no celebrarlos, en principio en virtud del solo consentimiento, y, por tanto, sin formalidades, pues éstas reducen el ejercicio de la voluntad; ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres; iii) crear relaciones obligatorias entre sí, las cuales en principio no producen efectos jurídicos respecto de otras personas, que no son partes del contrato, por no haber prestado su consentimiento, lo cual corresponde al llamado efecto relativo de aquel. Corte Constitucional, sentencia C-934 de 2013.

contrato, como lo son por un lado la satisfacción del bien público a cargo del ente estatal y, por otro, el sano y lícito propósito de obtener un provecho económico por parte del contratista.[4]»

Quiere decir lo anterior que, las entidades estatales pueden suscribir los contratos y pactar las cláusulas que correspondan según la naturaleza y conforme los resultados de los estudios y documento precontractuales efectuados, siempre y cuando se cumplan los fines y principios que rigen la contratación y no se atente contra normas de orden público.

Dentro de los múltiples objetos que pueden desarrollarse a través de un contrato de prestación de servicios se encuentran, precisamente, los contratos para adelantar la representación judicial de las entidades públicas, sea que estas funjan como demandantes o demandados en un proceso. Sobre este punto, cabe resaltar que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado - ANDJE se pronunció sobre la viabilidad de que las entidades públicas suscriban este tipo de contratos manifestando que, las entidades podrán 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[5].

Para la celebración de dichos contratos, es preciso que se justifique y acredite que la respectiva actividad no pueda ser desarrollada con el personal de planta o que, habiéndolo, se requiera de conocimientos especializados. Así mismo, la entidad pública que pretenda celebrar un contrato de tal tipología debe en ejercicio de su deber de planeación establecer, en la fase precontractual, las condiciones, el término, el valor, la forma de pago y demás variables necesarias que resultan indispensable para la suscripción de este tipo de contrato.

En este mismo sentido, el Decreto 1082 de 2015, en su artículo 2.2.1.2.1.4.9, establece que «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».

En todo caso, para efectos de adelantar la contratación directa se deberán tener en cuenta «los principios de transparencia, responsabilidad, selección objetiva, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, eficacia y eficiencia», tal y como lo dispone expresamente el parágrafo 8 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 2 de la Ley 2160 de 2021.
Por último, en lo que respecta a la forma de pago de este tipo de contratos, se advierte que no hay formula o regulación que le sea aplicable, siendo necesario acudir a las normas que gobiernan este tipo de contratos en el derecho privado.

[4] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 29 de julio de 2015, CP: Hernán Andrade Rincón, Radicado: 41.008.
[5] Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, Concepto del 07 de octubre de 2020, radicado: 20201030104801.

2. De la procedencia de la prima de éxito en contratos de prestación de servicios de representación judicial

Antes de abordar el asunto en concreto, es menester resaltar que en nuestro ordenamiento jurídico, 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, aspecto que se encuentra supeditado a la voluntad de las partes. No obstante, la Ley 1123 de 2007, por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado, establece como falta a la honradez del abogado el cobro desproporcionado de honorarios, de la siguiente manera:

> «Artículo 35. Constituyen faltas a la honradez del abogado:
>
> 1. Acordar, exigir u obtener del cliente o de tercero remuneración o beneficio desproporcionado a su trabajo, con aprovechamiento de la necesidad, la ignorancia o la inexperiencia de aquellos.»

Respecto al cobro desproporcionado, la Corte Constitucional en sentencia T- 1143 de 2003, con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, consideró:

> «En conclusión, la jurisprudencia sobre la materia ha fijado 5 criterios para determinar si el abogado cobró honorarios desproporcionados: (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. Cabe recordar que las tarifas fijadas por los colegios de abogados son fuente auxiliar de derecho, en cuanto a la fijación de honorarios se refiere. Por otra parte, vale la pena resaltar que, a falta de una legislación particular en punto de tarifas profesionales, por regla general el límite máximo de lo que resulta admisible cobrar por la prestación de los servicios profesionales por parte de los litigantes, no puede ser otro que las tablas arriba mencionadas, máxime si, siguiendo la doctrina del Consejo Superior de la Judicatura, ellas son elaboradas de conformidad con la costumbre práctica de los abogados.»

Ahora bien, en este contexto, sobre la forma de pago de los contratos de representación judicial, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha discurrido, así:

> «La labor de un profesional del derecho, y en general los servicios que prestan quienes estudian «las profesiones y carreras que suponen largos estudios», puede reunir los requisitos propios del mandato o derivar en contrato diferente. Es necesario establecer, para determinar en cuál de tales contratos se enmarca su gestión, si el obligado adquiere la obligación de representar judicialmente «a otra persona», llamado comitente o mandante, o si, por el contrario, dicha condiciones hace parte del acuerdo.
> (…)

> La remuneración de uno y otro caso está prevista en los artículos 2054 y 2143 del Código Civil, normas que facultan a las partes para que señalen mutu propio, el valor de la gestión y, supletoriamente, establecen las reglas para su definición[6].»

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.

> «(…) 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[7].»

De acuerdo con ello, una de las maneras en las que se pueden pagar los honorarios de los abogados, corresponde al pago de una suma fija y una prima de éxito, entendido este último factor por el Consejo de Estado[8] así:

> «De otro lado, al pactar los honorarios las partes pueden incluir una prima de éxito, consistente en una suma adicional que el cliente paga al abogado cuando obtiene un resultado favorable, que normalmente es un porcentaje del precio del contrato o del beneficio obtenido por la entidad, por la actividad desarrollada por el profesional, advirtiéndose que los honorarios variables no son incompatibles con el pago de honorarios fijos pactados en el contrato, y propenden por la consecución de beneficios concretos para el contratante, ya que en estos casos las obligaciones son de medio y no de resultado.» (Subrayado por fuera del texto)

En este contexto, en cuanto a la posibilidad de que en contratos estatales de prestación de servicios de representación judicial las partes puedan pactar como forma de pago que esta será a "cuota litis", por parte de esta Entidad se estima jurídicamente viable que en este tipo de contratos pueda pactarse que la forma de pago será a "cuota litis" o "mixta".

Lo anterior, teniendo en cuenta la analizado en el punto precedente respecto de la voluntad de las partes, que permite establecer la forma en la cual se realizará el pago del mismo. Al respecto, el Consejo de Estado en la sentencia inmediatamente antes citada señaló[9]:

> «De acuerdo con lo anterior, existe libertad para que las partes pacten honorarios en este tipo de contratos, así, estos pueden ser una suma fija o un porcentaje, establecido de acuerdo con el valor

[6] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de diciembre de 2018, MP: Ariel Salazar Ramírez, Radicado: SC5669-2018.
[7] Corte Suprema de Justicia, Sala de Descongestión Laboral, Sentencia del 20 de octubre de 2021, Radicado: SL4808-2021, citando al Tribunal Superior de Barranquilla – Sala Laboral.
[8] Consejo de Estado, Sentencia del 7 de septiembre de 2015, Rad. 25000-23-26-000-2004-01002-01(36878), C.P. Olga Mélida Valle
[9] Ibídem

de los bienes involucrados, cobro por horas, etc., pero en no pocas ocasiones, las partes acuerdan el pago de los honorarios mediante el sistema de "cuota litis" o señalando una suma fija y una prima de éxito.» (Subrayado por fuera del texto)

En línea con lo expuesto en sentencia del 6 de mayo de 2015, el Consejo de Estado, se pronunció respecto a la incorporación de la prima de éxito en contratos estatales, considerando:

«4. Determinado lo anterior, la Sala encuentra necesario establecer las reglas con las que puede delimitarse la comisión de éxito como estipulación incorporada en los contratos estatales, las que obraran conjuntamente con las exigencias de la naturaleza de las obligaciones en las que quede comprendida.
4.1 El tratamiento de la comisión de éxito exige considerar que la "estructuración jurídica de un concepto operativo de contrato estatal o por lo menos cualquier aproximación que se intente en torno a la figura, reconociéndole su carácter de mecanismo fundamental para la realización efectiva de los cometidos a cargo del Estado, no sólo conlleva complicaciones formales y normativas, sino que también, dado el origen privado de la institución, significa admitir su naturaleza compleja: en primer lugar, la de instrumento básico para el cumplimiento de los fines estatales y la satisfacción del interés general, que, por lo demás, debe ser preservado en la economía del contrato mismo, por lo tanto sumida inevitablemente en conceptos que involucran compromisos con los intereses de la comunidad, y, en segundo lugar, la de fuente de obligaciones conforme a las elaboraciones del derecho privado, pero, como se advierte, bajo consideraciones inmanentes con los intereses públicos y comunitarios, esto es, en absoluta posición dicotómica respecto de los contenidos individualistas y subjetivos, derivadas de las corrientes clásicas sustentadoras del derecho privado, lo que implica inexorablemente, en la hora actual de la disciplina, la articulación de normas, reglas y principios derivados del subsistema jurídico positivo privatista en interrelación permanente con principios, reglas e incluso normas inspiradas en el mantenimiento y preservación de intereses públicos y generales vinculado necesariamente al carácter social de nuestro Estado de derecho, en lo que podríamos denominar la configuración de un peculiar régimen jurídico y conceptual de contrato estatal, que no recoge los extremos fundamentalistas de la pretendida sustantividad del contrato estatal, ni de la exclusiva sujeción a los parámetros de los principios nugatorios de lo público" [10].»

En la misma decisión, se establecieron unas reglas para su pacto en el marco de un contrato estatal, a saber:

«Una cláusula como la de la comisión de éxito requiere para su análisis considerar desde la complejidad del contrato estatal el alcance de los principios y reglas de derecho privado en las que se sustenta, como de aquellos y aquellas inspiradas en el mantenimiento y preservación de los intereses públicos y generales. De estos últimos resulta esencial para la Sala la consideración del principio de conmutatividad, (...) la Sala considera que la estipulación de la comisión de éxito por virtud del principio de conmutatividad exige que se pacte por el Estado y los contratistas con base en referentes objetivos que se aproximen a un real equilibrio económico, sin sujetarse solamente a supuestos convencionales, bajo las siguientes reglas fundadas en el principio de conmutatividad: (1) por virtud del principio de planeación para la fijación de una comisión de éxito en los contratos de

[10] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 06 de mayo de 2015, CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Radicado: 35.268.

> prestación de servicios que suscriba una entidad pública se debe establecer en los estudios previos la metodología y la escala de límites razonables para determinar la cuantía de la misma con el objeto de responder al principio de conmutatividad; (2) así mismo, se debe contar con los estudios financieros, económicos y presupuestales, que permitan sustentar y determinar su proyección en tiempo y cuantía, lo que debe quedar incorporado en los pliegos de condiciones y en el contrato, de manera que no se convierta en una obligación indeterminada, no motivada e irrazonable, que pueda afectar el interés público o general, y vulnerar el principio de conmutatividad; (3) para el reconocimiento y la cuantificación de toda comisión de éxito en los contratos de prestación de servicios debe contarse con los estudios económicos, financieros y de mercado que permitan establecer el valor que pueda representar el resultado o éxito efectivamente logrado con el objeto contratado; (4) el valor de la comisión de éxito comprende tanto el IVA, como los demás impuestos a que haya lugar a cargo del contratista; (5) en los contratos de prestación de servicios sólo se reconocerá la comisión de éxito siempre que efectivamente se logre beneficio [s] o éxito objetivamente identificado en los estudios previos, para el patrimonio público o el interés general; (6) en ningún caso podrá percibirse comisión de éxito por la simple ejecución del contrato cuando no se ha logrado o verificado efectivamente el beneficio o provecho para el patrimonio público; (7) no se puede pagar comisión de éxito por fuera de lo estipulado contractualmente; y, (8) presupuestalmente debe estar respaldado el pago de la comisión de éxito para su pago, de acuerdo con las normas y reglamentos, y en cumplimiento de la estricta legalidad de las disposiciones presupuestales aplicables por cada entidad pública.[11]»

Esta posición ha sido reiterada en la jurisprudencia contencioso administrativa, por cuanto múltiples decisiones han manifestado que en contratos de prestación de servicios puede pactarse como forma de pago una prima de éxito. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló que un abogado de una Entidad Estatal tenía derecho al pago de la prima de éxito, aun cuando, esta se hubiere causado por fuera del plazo de ejecución del contrato indicando:

> «De otro lado, respecto al argumento según el cual los honorarios variables o prima de éxito no se generaron en el término de duración del contrato, y por tal razón no se deben cancelar, para la Sala es indudable que en el contrato de prestación de servicios profesionales se estableció una cláusula que señalaba que los honorarios estaban sujetos al resultado -se pagarían al momento en que se profiriera sentencia definitiva en el proceso respectivo-, sin que se determinara claramente la reglamentación para su pago, sin embargo, si bien es cierto que la condición suspensiva no se cumplió durante la ejecución del contrato de prestación de servicios profesionales, esto no significa que el abogado no tenga derecho a recibir remuneración alguna por este concepto, pues del acervo probatorio allegado al expediente, está demostrado que el profesional del derecho, G.A.R., fue diligente en su labor como abogado, representó debidamente los intereses de la entidad demandada y defendió oportunamente los derechos de su representada. Igualmente, se debe aclarar que el pago de los honorarios variables no son incompatibles con el pago de los honorarios fijos que efectivamente fueron cancelados a la terminación del contrato de prestación de servicios[12].»

De igual forma, en otro pronunciamiento, la Sección Tercera condenó a la Nación al pago de la prima de éxito en favor de un abogado que representó los intereses del Congreso de la República.

[11] Ibídem
[12] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 13 de noviembre de 2018, CP: Marta Nubia Velásquez Rico, Radicado: 57.082.

Se destaca de esta providencia que, trajo a cuento las formas de pago a las que se hizo relación en líneas pretéritas para los contratos de prestación de servicios de representación judicial.

> «49. En cuanto a los sistemas de cobro de los honorarios, se establece que puede hacerse i) mediante el pacto de una suma fija, pagadera en tres contados: un 50% a la firma del poder, un 30% durante el trámite y el 20% restante al terminar la gestión, o de acuerdo con lo pactado entre el abogado y el interesado; ii) a través de la cuota Litis, la cual "consiste en una participación económica, deducible por el abogado de los resultados económicos del proceso. Por lo general, esta cuota asciende al cincuenta por ciento (50%) cuando el interesado apenas firma el poder y todo lo demás (viáticos, notificaciones, copias, etc.) corre por cuenta del abogado. De todas maneras depende de un acuerdo suscrito entre el abogado y el poderdante, teniendo en cuenta factores como los riesgos del proceso, la interposición de recursos, etc.", y iii) mediante un sistema mixto, consistente en "una suma fija y una participación en los resultados económicos favorables del proceso. Las costas judicialmente señaladas corresponden al cliente salvo estipulación contraria verbal o escrita, pero integran la base para fijar la cuota Litis[13].»

Finalmente, en sentencia del 23 de abril de 2021, Rad. 25000-23-26-000-2010-00678-01(48860), Consejero Ponente José Sáchica Méndez, el Consejo de Estado, reafirma la posibilidad legal de incorporar primas de éxito en los contratos estatales, al exponer:

> «en primer lugar, porque la obligación de pagar una comisión de éxito a un mandatario judicial no contraviene una norma imperativa, ni su pacto está prohibido por la ley; es decir, no tiene objeto ilícito»

Por su parte, la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, respecto al pacto de prima de éxito, señaló lo siguiente:

> «La modalidad de pago de "cuota litis" es un pacto que se suscribe entre el abogado y su cliente cuyo objeto es la obtención de un porcentaje del objeto del pleito, siempre que éste se gane. Así, el valor que se pague al abogado está supeditado a dos aspectos: i) el valor del pleito que va a adelantar el abogado; y ii) el porcentaje que las partes hayan establecido que va a recibir el abogado si gana el pleito.
>
> En este sentido, para determinar el valor del CDP y del RP se deberá tener en cuenta los dos parámetros especificados previamente, es decir, el valor del pleito y el porcentaje que hayan establecido las partes para el pago del abogado. Sin embargo, en atención a los principios de la función administrativa, las Entidades deberán fijar los honorarios de forma proporcional al servicio contratado; y la inclusión de la modalidad de pago de cuota litis o una cláusula de prima de éxito debe atender al principio de planeación que rige la contratación estatal.
>
> Las Entidades Estatales pueden celebrar contratos de prestación de servicios que tengan como objeto su representación judicial y pactar los pagos contra la realización de una determinada etapa judicial (hitos del proceso), es decir, ya sea la presentación de la demanda, la contestación de la demanda, la

[13] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 1º de agosto de 2016, CP: Danilo Rojas Betancourt, Radicado: 34.562.

presentación de alegatos de conclusión, etc, además la disponibilidad o el registro presupuestal debe incluir las previsiones de unas posibles pagos en virtud del pacto de cuota litis, aun cuando estos pagos no se realicen, 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[14].»

Dentro de los fundamentos tenidos en cuenta por parte de Colombia Compra Eficiente se encuentra un concepto de la Contraloría General de la Nación, en el que prohijó la tesis de que en este tipo de contratos puede pactarse la modalidad de pago a "cuota litis".

«la viabilidad de la cuota Litis como forma de pago de honorarios por parte de la administración pública requiere de una clara justificación en donde se denote que esta forma beneficia a la administración, que es la forma económicamente más adecuada de gestionar los recursos del Estado representados jurídicamente en acciones procesales de un contenido patrimonial a su favor. Corresponde en este orden al gestor fiscal demostrar que esta forma de honorarios es la que más conviene a la administración pública dada la situación concreta en que se percibe el servicio jurídico a realizar[15].»

De acuerdo con lo expuesto, teniendo en cuenta que no existe normativa alguna que prohíba el pacto de prima de éxito en los contratos estales, y que tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado, como los pronunciamientos de la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- y de la Contraloría General de la República han indicado la posibilidad de que las mismas sean incluidas, estableciendo unos elementos claros, derivados en particular del deber de planeación al que están sometido las entidades estatales, observa este Despacho sin asomo de duda que en este tipo de contratos se puede pactar como forma de pago la "cuota litis" o "prima de éxito".

3. La responsabilidad fiscal y las primas de éxito pactadas en los contratos estatales.

Sea lo primero indicar que una vez revisados los archivos no evidencia este despacho haberse pronunciado en anterior ocasión sobre la temática materia de consulta. Ahora bien, en nuestro ordenamiento legal, para que pueda configurarse una responsabilidad fiscal, a la luz de la Ley 610 de 2000, es necesario que se den los presupuestos contenidos en los artículos 4, 5 y 6, que señalan:

«Artículo 4. Objeto de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

[14] Colombia Compra Eficiente, Concepto No. 2201913000004022 del 12 de junio de 2019.
[15] Contraloría General de la República, Concepto No. 80112-EE38755 del 13 de julio de 2009.

Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.

Parágrafo 1o. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.

Artículo 5. Elementos de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:
- Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.
- Un daño patrimonial al Estado.
- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

Artículo 6. Daño patrimonial al estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.»

De lo anterior es necesario considerar que la mera constatación de un detrimento patrimonial -per se- no da lugar a la declaratoria de responsabilidad fiscal, pues, debe acreditarse la conducta culposa o dolosa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal y un nexo causal entre el daño y la conducta. En palabras de la Corte Constitucional:

> «En el acápite de aspectos generales, la ley, además de definir el proceso de responsabilidad fiscal (art. 1), señalar los principios orientadores de la actividad fiscal (art. 2) y definir lo que se entiende por gestión fiscal (art. 3), puntualiza, por una parte, que la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal (art. 4) y, por otra, que son elementos de la responsabilidad fiscal, una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal; un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre los dos elementos anteriores (art. 5).»[16]

Siguiendo esa misma línea, la finalidad de la institución de la responsabilidad fiscal pasa por salvaguardar los recursos públicos, entrando a determinar ex post si estos fueron invertidos de la mejor manera.

[16] Corte Constitucional, Sentencia C-340 del 09 de mayo de 2007.

> «Corresponde así a los entes de control fiscal verificar que la asignación de recursos públicos ha sido la más conveniente para maximizar su aprovechamiento; que los bienes y servicios adquiridos responden a calidades y precios convenientes para el Estado; que se han obtenido resultados oportunos y acordes con los objetivos y metas de la entidad; y que se ha hecho una correcta evaluación del impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y se ha asegurado su protección y conservación.»[17]

De ahí que, en lo que se refiere a responsabilidad fiscal, los principios de economía, eficacia y eficiencia revistan de medular importancia, pues, se espera que el Estado administre sus recursos aplicando una ecuación de costo-beneficio, que permita lograr más y mejores resultados con la menor cantidad de recursos posibles.

Para el caso de primas de éxito o cuota litis es necesario tener en cuenta lo incorporado en la jurisprudencia ya señalada y aspectos como: i) la complejidad y especialidad del proceso; ii) las pretensiones del mismo, de cara al posible impacto fiscal en caso de que resulte en condena y/o en que la Entidad no logre recuperar los dineros a que tiene derecho; iii) el trabajo efectivamente desplegado por el litigante y iv) el perfil del abogado (experiencia, títulos, reconocimientos, etc.).

En ese sentido, es preciso colegir que el pacto de una prima de éxito por sí misma no representa un hecho generador de responsabilidad fiscal. Ahora bien, solo cuando de dicho pacto se acredite que los honorarios pactados resultaron desproporcionados, en desmedro de los principios de la gestión fiscal y se materialicen los elementos generadores de responsabilidad fiscal es que se podría estar ante un daño patrimonial y por consiguiente ante una responsabilidad desde el punto de vista fiscal.

4. Conclusiones

De conformidad con la normatividad, jurisprudencia y conceptualización anotada, la AGR concluye lo siguiente:

I. En nuestro ordenamiento jurídico no existe normativa alguna que prohíba el pacto de prima de éxito en los contratos estales. Por lo tanto, de conformidad con la jurisprudencia y doctrina analizadas, se concluye que es perfectamente legal que en los contratos de prestación de servicios que tienen por objeto la representación judicial de las Entidades pueden pactarse primas o bonificaciones de éxito.
II. El pacto de primas o bonificaciones de éxito *per se* no genera responsabilidad fiscal. No obstante lo anterior, las entidades deben cumplir en su pacto con los requisitos jurisprudencialmente establecidos.

[17] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 2055 del 14 de abril de 2011, CP: William Zambrano Cetina.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas. El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 2015 "Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", con carácter orientador tal como lo determina la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

> «...el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a cargo. **Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que puede afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir algún efecto jurídico general y abstracto. De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a cargo no comprometen su responsabilidad 'ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución'**» (Negrilla fuera de texto)

Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Calle 26 # 69-76, Ed. Elemento, Torre 4 (Agua), Pisos 17 y 18 Bogotá, Cundinamarca o a los correos electrónicos jurídica@auditoria.gov.co y pavelasquez@auditoria.gov.co. Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web www.auditoria.gov.co ingresando por el botón SIA, seleccionando la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, estando allí, seleccione el botón Encuesta de Satisfacción e ingrese los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y las contraseñas 321832ab, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Cordial saludo,

PABLO ANDRÉS OLARTE HUGUET
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido
Proyectado por:	Paula Andrea Velásquez Ferreira
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet
Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.	