

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Concepto - Objeto

El contrato de prestación de servicios es un contrato estatal típico regulado en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Es definido como aquel 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 conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”*. La celebración de dicho contrato debe efectuarse a través de la modalidad de contratación directa.

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES Y DE APOYO A LA GESTIÓN – Definición

El contrato propiamente dicho de prestación de servicios profesionales se caracteriza por desarrollar actividades identificables e intangibles que demandan competencias y habilidades profesionales y especializadas, tendientes a satisfacer las necesidades relacionadas con la gestión administrativa o funcionamiento de la entidad. Por su parte, el contrato de prestación de servicios de simple apoyo a la gestión es aquel tendiente a desarrollar actividades en las cuales no se requiere personal profesional. Se involucra un saber técnico e implica el desempeño de un esfuerzo o actividad de apoyo, acompañamiento o soporte de carácter, entre otros, técnico, operacional, logístico, etc.

[...] mediante estos contratos se fortalece la gestión administrativa y el funcionamiento de las entidades estatales, proporcionando apoyo, acompañamiento y soporte requerido para el cumplimiento de sus funciones, cuando estas no lo pueden satisfacer por si solas o demandan conocimientos especializados, que no pueden ser prestados por los medios ordinarios. En realidad, el contrato de prestación de servicios *«resulta ser ante todo un contrato vital para la gestión y el funcionamiento de las entidades estatales porque suple las deficiencias de estas»*

CLÁUSULA DE COMISIÓN DE ÉXITO - Contrato estatal- Artículo 40 de la Ley 80 de 1993

Las cláusulas de comisión de éxito no se encuentran reguladas expresamente en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Sin embargo, su inclusión en los contratos estatales es posible en virtud del artículo 40, inciso segundo, de la Ley 80 de 1993, el cual regula el contenido del contrato estatal señalando *«Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales»*.

[...]



En tal sentido, la cláusula de comisión de éxito puede pactarse en los contratos estatales en donde se haga necesaria y conveniente para la consecución de los fines estatales de acuerdo con la justificación que al respecto realice la entidad estatal en la etapa de planeación. Cabe precisar que la comisión o prima de éxito se trata de una figura del derecho privado que se presenta como una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad dentro de las cláusulas accidentales de los contratos.



Bogotá D.C., 15 de mayo del 2024



Señor:

Fernando Mauricio Iglesias Gaona

frenandoiglesias@gmail.com

Neiva, Huila

Concepto C-074 del 2024

Temas: CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Concepto – Objeto / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES Y DE APOYO A LA GESTIÓN – Definición / CLÁUSULA DE COMISIÓN DE ÉXITO – Contrato estatal – Artículo 40 de la Ley 80 de 1993

Radicado: Respuesta a la consulta Nro. P20240416003963

Estimado señor Iglesias Gaona:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8° del artículo 11 y el numeral 5° del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 16 de abril del 2024.

1. Problema planteado

En la petición de la referencia se realiza solicitud de consulta sobre la suscripción de contratos de prestación de servicios profesionales. Al respecto usted pregunta:



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

"[...] Me permito solicitar concepto jurídico sobre la viabilidad de suscribir contratos de prestación de servicios profesionales bajo la modalidad de Comisión de éxito o prima de éxito por parte de las Entidades sometidas a la Ley 80 y como es el trámite jurídico de sus disponibilidades presupuestales? [...]". (SIC)

2. Consideraciones

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3, numeral 5° y 11, numeral 8° del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta Entidad solo tiene competencia para responder solicitudes 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 de la contratación estatal.

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 pública¹. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los

¹ La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5° de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: "[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública". Seguidamente, el numeral 8° del artículo 11 *ibidem* señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: "[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general"



documentos contractuales de donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la Entidad que suscribió el contrato y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección de Gestión Contractual –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) concepto y características de los contratos de prestación de servicios en el marco de la contratación estatal; ii) servicios profesionales y de apoyo a la gestión como especies del contrato de prestación de servicios, y iii) cláusula de comisión de éxito en los contratos estatales.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente –en adelante la ANCP-CCE–, analizó el contrato de prestación de servicios en los 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. Igualmente, se ha pronunciado sobre el alcance de la cláusula de comisión de éxito en el concepto C-646 del 22 de noviembre del 2021². Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran y se complementan en lo pertinente para dar respuesta a su consulta.

2.1. Concepto y características de los contratos de prestación de servicios en el marco de la contratación estatal

² Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.



El contrato de prestación de servicios es un contrato estatal típico, que se encuentra previsto en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y es definido como aquel 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 conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.

Las características de los contratos de prestación de servicios no solo están contenidas en disposiciones legales como la enunciada anteriormente, sino que han sido desarrolladas por medio de pronunciamientos judiciales. A partir de estas fuentes, es posible resaltar las siguientes características:

i) Solo puede celebrarse para realizar “actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”, es decir, que hagan parte de su giro ordinario o quehacer cotidiano.

ii) Admite que se suscriba con personas naturales o jurídicas. Sin embargo, cuando se celebre con aquellas, la Entidad Estatal debe justificar, en los estudios previos, que las actividades “no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados”. Esto sucede en varios eventos, por ejemplo, cuando no exista personal de planta para ejecutar las labores; o existiendo, está sobrecargado de trabajo, necesitando apoyo externo; o habiendo personal de planta, carece de la experticia o conocimiento especializado, razón por la cual es necesario contratar los servicios de una persona natural que tenga el conocimiento y la experiencia en el tema.

iii) Si bien se celebran para obtener la prestación personal de un servicio, se diferencian del contrato de trabajo³ en que quien celebra el contrato de prestación de servicios debe mantener autonomía e independencia en la ejecución de la labor, lo que significa que no debe existir *subordinación* ni *dependencia*, que es uno de los elementos constitutivos del vínculo laboral. Por

³ El artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo establece: “1. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. 2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario”.



eso, el artículo 32, numeral 3°, de la Ley 80 de 1993 establece que “En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales”. Este inciso, más que un enunciado que aluda al “ser”, se refiere al “deber ser”, pues debe interpretarse en el sentido de que los contratos de prestación de servicios profesionales *no pueden* generar relación laboral, ni dar lugar a que las Entidades Estatales paguen por su cuenta los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral del contratista. Tal como se indicó, no puede existir subordinación y dependencia; entonces, la relación laboral está proscrita y el contratista es quien, como “trabajador independiente” –como lo califican las normas de la seguridad social– debe cotizar por su cuenta y riesgo al Sistema de Seguridad Social Integral⁴.

A pesar de este mandato deontológico, es posible que en la práctica se configure una relación laboral, pues el contrato de trabajo es *de realidad*, y para perfeccionarlo rige el principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades. En el sentido anterior, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del segundo inciso del numeral 3° del artículo 32, indicando que “las expresiones acusadas del numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no vulneran los preceptos constitucionales, razón por la cual deberán ser declaradas exequibles, salvo que se acredite por parte del contratista la existencia de una relación laboral subordinada”⁵.

iv) Deben ser temporales. Así lo consideró la Corte Constitucional en la misma providencia a la que se aludió antes, expresando que:

⁴ En efecto, el artículo 244 de la Ley 1955 de 2015 dispone, en lo pertinente: “Los trabajadores independientes con ingresos netos iguales o superiores a 1 salario mínimo legal mensual vigente que celebren contratos de prestación de servicios personales, cotizarán mes vencido al Sistema de Seguridad Social Integral, sobre una base mínima del 40% del valor mensualizado del contrato, sin incluir el valor del Impuesto al Valor Agregado (IVA).

Los independientes por cuenta propia y los trabajadores independientes con contratos diferentes a prestación de servicios personales con ingresos netos iguales o superiores a un (1) salario mínimo legal mensual vigente efectuarán su cotización mes vencido, sobre una base mínima de cotización del 40% del valor mensualizado de los ingresos, sin incluir el valor del Impuesto al Valor Agregado (IVA). En estos casos será procedente la imputación de costos y deducciones siempre que se cumplan los criterios determinados en el artículo 107 del Estatuto Tributario y sin exceder los valores incluidos en la declaración de renta de la respectiva vigencia.

El Gobierno nacional reglamentará el mecanismo para realizar la mensualización de que trata el presente artículo. [...]”.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997. MP: Hernando Herrera Vergara.



"[...]La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente [...]"⁶.

v) Se celebran a través de la modalidad de contratación directa, independientemente de la cuantía y del tipo de servicio profesional, siempre que su objeto no sea la consultoría. Esto por cuanto, como lo indicó el Consejo de Estado en la sentencia de unificación jurisprudencial, si bien en ambos existe un componente intelectual y profesional, el objeto del contrato de consultoría es especial y debe celebrarse, por regla general, mediante un concurso de méritos⁷.

Debe aclararse que no debe suscribirse un contrato de prestación de servicios profesionales para ejecutar actividades que se enmarcan en los otros contratos tipificados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como, por ejemplo, la construcción de una obra.

vi) Para celebrarlo no se requiere expedir un acto administrativo de justificación de la contratación directa⁸.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid. En efecto, el numeral 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de consultoría así: "Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

"Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

"Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato".

⁸ Así lo dispone el artículo 2.2.1.2.1.4.1. del Decreto 1082 de 2015: "La Entidad Estatal debe señalar en un acto administrativo la justificación para contratar bajo la modalidad de contratación directa, el cual debe contener:

"1. La causal que invoca para contratar directamente.

"2. El objeto del contrato.

"3. El presupuesto para la contratación y las condiciones que exigirá al contratista.



vii) El contrato admite la inclusión de cláusulas excepcionales. En los contratos de prestación de servicios se puede pactar la caducidad, la modificación, interpretación o terminación unilateral, como acuerdos o elementos accidentales, así que para ejercer estas exorbitancias deben incluirse expresamente, porque no se entienden pactadas por naturaleza. Así se infiere del artículo 14, numeral 2º, de la Ley 80 de 1993⁹.

viii) No es obligatorio liquidar estos contratos, como lo establece el artículo 217 del Decreto 019 de 2012, que modificó el artículo 60 de la Ley 80 de 1993¹⁰.

ix) Para celebrarlos no se requiere estar inscrito en el Registro Único de Proponentes –RUP–, como lo señala el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007¹¹.

⁴ El lugar en el cual los interesados pueden consultar los estudios y documentos previos.

⁴ Este acto administrativo no es necesario cuando el contrato a celebrar es de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, y para los contratos de que tratan los literales (a) y (b) del artículo 2.2.1.2.1.4.3 del presente decreto”.

⁹ La norma expresa: “Art. 14. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

[...]

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. [...]”.

¹⁰ La norma dispone: “La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión”.

¹¹ Según dicho artículo: “Art. 6. Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes. [...]”.

x) No es necesario que el Estado exija garantías¹².

Estas características son comunes a las diferentes especies de contratos de prestación de servicios, como son el de servicios profesionales y el de apoyo a la gestión, modalidades que se pasan a explicar a continuación.

2.2. Servicios profesionales y de apoyo a la gestión como especies del contrato de prestación de servicios

Como especies del género *prestación de servicios*, la jurisprudencia se ha encargado de definir los contratos de prestación de servicios profesionales y los de apoyo a la gestión. El primero, denominado *contrato propiamente dicho de prestación de servicios profesionales*, se caracteriza por desarrollar actividades *identificables e intangibles* que demandan competencias y habilidades profesionales y especializadas, tendientes a satisfacer las necesidades relacionadas con la gestión administrativa o funcionamiento de la entidad. Por su parte, *el contrato de prestación de servicios de simple apoyo a la gestión*¹³, es aquel tendiente a desarrollar actividades en las cuales no se requiere personal profesional. Se involucra un saber técnico e implica el desempeño de un esfuerzo o actividad de apoyo, acompañamiento o soporte de carácter, entre otros, técnico, operacional, logístico, etc.

Conforme lo dispone el artículo 2, numeral 4º, literal h), de la Ley 1150 de 2007, para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión o para

¹² Así lo establece el Decreto 1082 de 2015: "Artículo 2.2.1.2.1.4.5. No obligatoriedad de garantías. En la contratación directa la exigencia de garantías establecidas en la Sección 3, que comprende los artículos 2.2.1.2.3.1.1 al 2.2.1.2.3.5.1. del presente decreto no es obligatoria y la justificación para exigir las o no debe estar en los estudios y documentos previos".

¹³ Sobre este contrato, conviene resaltar lo señalado por la sentencia de unificación del Consejo de Estado señaló: "Así las cosas, conviene, para mayor claridad expositiva, precisar que en el marco del contrato de simple prestación de servicios de apoyo a la gestión, las necesidades que pretenden ser satisfechas por la Administración no comprometen, en modo alguno las actividades que son propias de conocimientos profesionales o especializados; aun así, ello no excluye que dentro de esta categoría conceptual se enmarquen actividades de carácter técnico las cuales, requiriendo un despliegue intelectual, no recaen dentro del concepto de lo profesional, así como otras necesidades en donde, según las circunstancias, el objeto contractual demanda la ejecución de acciones preponderantemente físicas o mecánicas; es decir, se trata de una dualidad de actividades dentro del concepto "de simple apoyo a la gestión"; unas con acento intelectual y otras dominadas por ejecuciones físicas o mecánicas. Lo distintivo, en todo caso, es que no requiere que sean cumplidas con personal profesional".



la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales, la modalidad de selección será la de contratación directa.

Igual regulación prescribe el Decreto 1082 de 2015 que conforme a lo dispuesto en su artículo 2.2.1.2.1.4.9, las Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. Además, desarrolla los conceptos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. Esta norma 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.

La Entidad Estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos. [...]”

De acuerdo con este marco regulatorio, tanto los contratos que tienen por objeto la prestación de servicios profesionales, como los que versan sobre el apoyo a la gestión, se subsumen en el género del contrato de prestación de servicios regulado en la Ley 80 de 1993. Es decir, son especies de aquel. El Consejo de Estado se pronunció sobre este asunto en Sentencia de Unificación, en los siguientes términos¹⁴:

“[...]Se puede afirmar, sin lugar a mayor dubitación, que la realidad material de las expresiones legales “...para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión...” engloba necesariamente una misma sustancia

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 2 de diciembre de 2013. Exp. 41719. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



jurídica: la del contrato de prestación de servicios definido en el artículo 32 No 3 de la ley 80 de 1993 y que no es otro que aquel que tiene por objeto apoyar la gestión de la entidad requirente en relación con su funcionamiento o el desarrollo de actividades relacionadas con la administración de la misma, que en esencia no implican en manera alguna el ejercicio de funciones públicas administrativas. [...]"

De esta manera, mediante estos contratos se fortalece la gestión administrativa y el funcionamiento de las entidades estatales, proporcionando apoyo, acompañamiento y soporte requerido para el cumplimiento de sus funciones, cuando estas no lo pueden satisfacer por sí solas o demandan conocimientos especializados, que no pueden ser prestados por los medios ordinarios. En realidad, el contrato de prestación de servicios "resulta ser ante todo un contrato vital para la gestión y el funcionamiento de las entidades estatales porque suple las deficiencias de estas¹⁵".

Descritas las características y nociones generales de los contratos de prestación de servicios y expuestas algunas especies de estos negocios jurídicos; en particular en lo que respecta a la definición de los contratos de prestación de servicios profesionales, resulta necesario para dar respuesta a la consulta elevada realizar algunas precisiones sobre la cláusula de comisión de éxito en los contratos estatales.

2.3. Cláusula de comisión de éxito en los contratos estatales

Las cláusulas de comisión de éxito no se encuentran reguladas expresamente en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Sin embargo, su inclusión en los contratos estatales es posible en virtud del artículo 40, inciso segundo, de la Ley 80 de 1993, el cual regula el contenido del contrato estatal señalando "Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales".

Además, el inciso tercero *ibidem* señala que en los contratos que celebren las Entidades Estatales podrán incluirse las *modalidades, condiciones* y, en general, las *cláusulas o estipulaciones* que las partes consideren *necesarias y convenientes*, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los

¹⁵ Ibidem



principios y finalidades del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y a los de la buena administración. Lo anterior significa que la ley otorga libertad a las Entidades Estatales para incluir las cláusulas, modalidades y condiciones en los contratos que celebren, siempre y cuando cumplan con exigencias relacionadas con la necesidad y conveniencia para el cumplimiento de los fines estatales y con el respeto del ordenamiento jurídico.

En tal sentido, la cláusula de comisión de éxito puede pactarse en los contratos estatales en donde se haga necesaria y conveniente para la consecución de los fines estatales de acuerdo con la justificación que al respecto realice la Entidad Estatal en la etapa de planeación. Cabe precisar que la comisión o prima de éxito se trata de una figura del derecho privado que se presenta como una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad dentro de las cláusulas accidentales de los contratos.

Además de tratarse de cláusulas accidentales y de su carácter de obligaciones condicionales, conviene destacar que las comisiones de éxito deben someterse a las reglas que por vía jurisprudencial han fijado su inclusión y ejecución en los contratos estatales. Particularmente, el Consejo de Estado ha establecido las reglas que rigen las comisiones de éxito en los contratos de prestación de servicios, tipología donde es más frecuente su utilización:

“[...] la Sala considera que la estipulación de la comisión de éxito por virtud del principio de conmutatividad exige que se pacte por el Estado y los contratistas con base en referentes objetivos que se aproximen a un real equilibrio económico, sin sujetarse solamente a supuestos convencionales, bajo las siguientes reglas **fundadas en el principio de conmutatividad**: (1) por virtud del principio de planeación¹⁶ para la

¹⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico”, ob., cit., p.26. La sujeción al principio de planeación implica que los elementos del concepto del contrato estatal “no resultan lógicos ni entendibles, ni mucho menos acertados, dentro del esquema de la configuración objetiva de la conmutatividad y todo lo que ella implica, al igual que en la construcción, regulación o extinción de relaciones jurídicas patrimoniales, si no corresponden a un negocio debidamente estructurado, pensado, diseñado conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; esto es, si el negocio no se ajusta al desarrollo y la aplicación adecuados y cabales del denominado principio de planeación o de planificación aplicada a los procesos de contratación y a las actuaciones relacionadas con los contratos del Estado; en otras palabras, se busca por el ordenamiento jurídico que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación o de la mediocridad. La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal.



fijación de una comisión de éxito en los contratos de prestación de servicios que suscriba una entidad pública se debe **establecer en los estudios previos la metodología y la escala de límites razonables para determinar la cuantía de la misma con el objeto de responder al principio de conmutatividad; (2) así mismo, se debe contar** con los estudios financieros, **económicos y presupuestales, que permitan sustentar y determinar su proyección en tiempo y cuantía, lo que debe quedar incorporado** en los pliegos de condiciones y en el contrato, de manera que no se convierta en una obligación indeterminada, no motivada e irrazonable¹⁷, que pueda afectar el interés público o general¹⁸, **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**

¹⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, "El carácter conmutativo y pro regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico", ob., cit., p.29. "El legislador está radicando en cabeza de las autoridades responsables de la contratación pública una relativa libertad de estimación para adoptar las soluciones de configuración y contenido del contrato que consideren mejores y más apropiadas para atender los intereses públicos. Estas decisiones, para deslindarlas radicalmente de cualquier aproximación a la arbitrariedad, necesariamente deben ser motivadas, y se deben expresar las razones que sirven de fundamento a las decisiones contractuales adoptadas y objetivamente justificadas, esto es, conforme a las exigencias doctrinales, respaldadas y justificadas en los datos y pruebas objetivas que de manera concreta justifican la medida o decisión acogida". Puede verse también: FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, De la arbitrariedad de la administración; Civitas, Madrid, 1994, pp.82 a 89.

¹⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, "El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico", ob., cit., p.23. "El principio del interés general constituye el punto de partida y la columna vertebral de carácter material de la totalidad de los aspectos vinculados a las relaciones contractuales del Estado, incluso se puede considerar el motor sustancial de la totalidad de principios públicos del Estado. Configura elemento y a su vez requisito básico esencial para que realmente se caracterice la actividad contractual del Estado. No puede entenderse ni admitirse como válido un procedimiento contractual, un contrato o cualquier operación relacionada con éste, que no se inspire o tenga como propósito el cumplimiento o la satisfacción de los intereses generales. Desde esta perspectiva, el concepto de interés general se consolida como el más importante y precioso de los sustentos y justificaciones de todo lo relacionado con el contrato en materia estatal".



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**¹⁹. (Énfasis dentro del texto) [...]"

Estos criterios son aplicables a los contratos estatales en los que las entidades decidan incluir comisiones o primas de éxito en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pues será necesario que justifiquen con criterios objetivos en el estudio previo la necesidad y conveniencia de incluir esto para la satisfacción del interés público. Lo anterior teniendo en cuenta, además, la esencia y naturaleza del contrato a celebrar como garantía de los principios de planeación y transparencia. De igual manera, deberán fijar su cuantía de manera razonable y debidamente sustentada en estudios financieros, económicos y presupuestales, y para su reconocimiento es necesario constatar que se ha ejecutado el contrato y se ha logrado el beneficio para el patrimonio público que fue identificado en el estudio previo.

3. Respuesta

"[...] Me permito solicitar concepto jurídico sobre la viabilidad de suscribir contratos de prestación de servicios profesionales bajo la modalidad de Comisión de éxito o prima de éxito por parte de las Entidades sometidas a la Ley 80 y como es el trámite jurídico de sus disponibilidades presupuestales? [...]"

De lo expuesto, y para proceder a brindar respuesta a la consulta elevada, es preciso indicar que es viable pactar en los contratos estatales cláusulas de comisión de éxito, en este sentido es importante tener en cuenta que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 establece de manera clara y precisa que los contratos estatales son actos jurídicos generadores de obligaciones; previstos allí, o en el derecho privado o en disposiciones especiales; o derivados de la autonomía de la voluntad.

Bajo este contexto, y con fundamento en el principio de autonomía de la voluntad que rige los contratos estatales por expresa remisión de los artículos 13 y

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 06 de mayo de 2015, Expediente 35268. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



40 de la Ley 80 de 1993, las Entidades podrán incluir las cláusulas que determinen pertinentes siempre que guarden relación con el objeto del contrato y la necesidad que se pretende satisfacer. Esto quiere decir que, las Entidades de acuerdo con la evaluación de Riesgos y las condiciones de cada proceso de contratación y en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, podrán incluir en los contratos estatales, entre estos, el de prestación de servicios profesionales, la cláusula de comisión de éxito.

Ahora bien, en el evento de incluir la cláusula de comisión de éxito en un contrato de prestación de servicios, las Entidades deberán seguir las pautas establecidas por el Consejo de Estado, estas son: i) 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; ii) contar con estudios financieros, económicos y presupuestales, que permitan sustentar y determinar su proyecto en tiempo y cuantía; iii) para la cuantificación de toda comisión de éxito 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; iv) el valor de la comisión de éxito comprende tanto el IVA, como los demás impuestos a que haya lugar a cargo del contratista; v) en los contratos de prestación de servicios sólo se reconocerá la comisión de éxito siempre que efectivamente se logre beneficio o éxito objetivamente identificado en los estudios previos, para el patrimonio público o el interés general; vi) 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; vii) no se puede pagar comisión de éxito por fuera de lo estipulado contractualmente; y, viii) 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

Frente al trámite jurídico de las disponibilidades presupuestales para la suscripción de contratos de prestación de servicios profesionales en los que se incluya la cláusula de comisión de éxito, es pertinente indicar que cada Entidad en la etapa de planeación y conforme a los parámetros establecidos por el Consejo de Estado, deberá contar con estudios financieros, económicos y **presupuestales** que permitan incluir estas cláusulas accidentales. Igualmente, es pertinente aclarar



que esta etapa del proceso de contratación no cuenta con un procedimiento específico, lo que significa que las Entidades son autónomas para estructurarlo.

Finalmente, se reitera que esta Agencia brinda elementos hermenéuticos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de temas específicos corresponderá a la entidad adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. De esta manera, corresponderá a cada contratante definir la viabilidad presupuestal para la suscripción de contratos de prestación de servicios con la cláusula de comisión de éxito.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Ana María Ortiz Ballesteros
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Ximena Ríos López
Gestor código T1 Grado 11 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE

