



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Óscar Darío Amaya Navas

Bogotá, D.C., seis (6) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Número Único: 11001-03-06-000-2023-00622-00

Radicación Interna: 2512

Referencia: Contrato de administración de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales – FONPET. Adición de valor. Prórroga. Pago de remuneración.

El señor ministro de Hacienda y Crédito Público formuló consulta a la Sala sobre el pago de la remuneración en los contratos de administración de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales – Fonpet.

I. ANTECEDENTES

El ministro indicó que el Fonpet fue creado por la Ley 549 de 1998, como un fondo sin personería jurídica administrado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (en adelante, MHCP), que tiene por objeto recaudar y asignar los recursos a las cuentas de los entes territoriales establecida en dicha ley y disposiciones complementarias, así como administrar los recursos con destino al pago del pasivo pensional de las entidades territoriales.

Afirmó que de acuerdo con el artículo 3 de la mencionada ley, los recursos del Fonpet deben ser administrados a través de patrimonios autónomos constituidos para el efecto en las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, sociedades fiduciarias o en compañías de seguros de vida privadas o públicas. Con este propósito el MHCP, de conformidad con numeral 4 del artículo 7 de la Ley 549, debe realizar procesos de selección bajo la modalidad de la licitación pública prevista en la Ley 80 de 1993, para escoger a los administradores de los recursos del Fonpet y celebrar los contratos respectivos.

Agregó que en materia presupuestal las comisiones y demás gastos de administración del Fonpet se encuentran exceptuados de las normas orgánicas del presupuesto, en la medida en que dichos gastos se deben atender con los rendimientos financieros producto de la administración de los mismos recursos (Ley 1450 de 2011, artículo 25), los cuales tienen, a su turno, el tratamiento de recursos del Sistema de Seguridad Social (Estatuto Orgánico del Presupuesto, artículo 16, parágrafo 2).

Mencionó que el período más reciente de administración contractual de los recursos del Fonpet, se inició con la licitación pública 06 de 2012, en desarrollo de la cual el MHCP celebró los contratos «6.001, 6.002, 6003, 6.004 y 6005 de 2012, que estuvieron vigentes hasta abril 25 de 2023».

Indicó que el objeto contractual fue igual para todos ellos y que para su fecha de suscripción no era posible determinar el monto de los recursos objeto de los contratos -pues provienen de los descritos en el artículo 2 de la Ley 549 de 1998-, y tampoco el valor exacto de los rendimientos esperados. Por estas razones se pactó un valor estimado correspondiente al monto de las comisiones proyectadas durante la vigencia de los contratos, para lo cual cita como ejemplo el valor del contrato 6.001-2012, de la siguiente manera:

Cláusula tercera. Valor. El valor estimado del presente contrato será hasta la suma de sesenta y nueve mil novecientos cincuenta millones de pesos moneda corriente (\$69.950.000.000,00), correspondiente al monto total de las comisiones proyectadas que se causen a favor de la administradora durante el término de su vigencia. [Mayúsculas suplidas, paréntesis textual].

Señaló que por la misma «incertidumbre», la remuneración del administrador («comisiones») se acordó por el sistema de porcentaje «(0,9%)» sobre los rendimientos brutos obtenidos en la gestión, estimados a partir de la proyección de estos, para lo cual transcribe, a título de ejemplo, la cláusula cuarta del aludido contrato:

Cláusula cuarta. Comisión – Remuneración. La remuneración de la administradora consistirá en la comisión adjudicada sobre los rendimientos brutos obtenidos trimestralmente en la gestión de los recursos del patrimonio autónomo, esto es del cero punto nueve por ciento (0.9%). [*Ibidem*].

Realizada la anterior introducción, el ministro aseveró que el contrato de administración de recursos del Fonpet tiene las siguientes características especiales¹: «i) Es un contrato atípico de 'Administración del patrimonio autónomo pensional'; ii) Su valor corresponde a un estimado, es decir, que es indeterminado pero determinable; iii) La remuneración consiste en comisiones pactadas en un porcentaje (0,9%) de los rendimientos brutos obtenidos trimestralmente en la gestión de los recursos. Rendimientos que se estiman a partir de una proyección, la que a su vez, es la forma como se determina el valor del contrato (cláusula tercera); iv) El Ministerio no requiere de certificación de disponibilidad presupuestal ni de la autorización de vigencias futuras para atender el pago de comisiones, en la medida en que dichos gastos se deben atender con los rendimientos financieros de los mismos recursos, los cuales son de propiedad de las entidades territoriales; v) La comisión fiduciaria se descuenta de los rendimientos que se obtienen por el manejo de los recursos del contrato suscrito con la fiduciaria adjudicataria».

¹ Cita para el efecto el Decreto 1068 de 2015, artículo 2.12.3.1.4.

Agregó que el plazo de los contratos se estableció inicialmente por cinco años, teniendo como fecha de inicio el 6 de noviembre de 2012. Posteriormente, el plazo de ejecución se prorrogó en varias ocasiones, por última vez, hasta el 25 de abril de 2023, y que el valor del contrato se incrementó hasta por un monto estimado «que no excedió el límite establecido en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993», considerando el monto de las comisiones que debían atenderse con base en los rendimientos que se venían generando y una proyección estimada de los mismos, como desde el inicio de los contratos se estableció.

De esta manera afirmó que en vigencia de los contratos se pactaron siete otrosies, de los cuales «cuatro tuvieron adiciones en el valor del contrato» y que el valor de cada una de las adiciones «respecto al valor inicial de cada contrato expresado en salarios mínimos y porcentajes» cumplieron con el mencionado límite legal.

Explicó que en la última de las «prórrogas» acordadas -para el caso del contrato 6.001-2012, el «Otrosí Nro. 7»-, se pactó para cada uno de los contratos que la remuneración se continuaría pagando en la forma prevista en el contrato inicial, sin exceder, en todo caso, «\$121.198.632.760,00», monto señalado como «valor actual del contrato» 6.001-2012. Para ilustrar este aspecto en la consulta se transcribe la cláusula segunda del otrosí 7, en los siguientes términos:

Cláusula segunda. Comisión – Remuneración. Los valores que se llegaren a causar por la presente prórroga, serán pagados de acuerdo con la comisión pactada en el contrato principal, es decir el 0.9%, sobre los rendimientos brutos obtenidos trimestralmente en la gestión de los recursos del patrimonio autónomo y de acuerdo con las reglas definidas en la cláusula cuarta del Contrato Nro. 6.001-2012, sin exceder en todo caso el valor actual del contrato el cual corresponde a la suma de \$121.198.632.760,00 moneda corriente. [Mayúsculas y negrilla suplidas].

El ministro refirió que, a pesar de la anterior estipulación, «en el periodo de corte de los dos últimos trimestres de la última prórroga, esto es, entre septiembre de 2022 y marzo de 2023, la remuneración pactada como porcentaje de los rendimientos obtenidos en la gestión (0.9%), superó el valor establecido hasta el Otrosí Nro. 7, con lo cual, el valor de las comisiones realmente causadas superó el valor porcentual de adiciones establecido en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993. Lo anterior en consideración a que las dinámicas atípicas del mercado superaron las proyecciones realizadas, que por sus mismas características dependían de factores externos y futuros».

Explicado lo anterior, el organismo consultante inquiere que resulta oportuno definir la «procedencia y legalidad del pago de las comisiones causadas en exceso del tope contractual establecido en la última prórroga, más aún cuando estas comisiones superan el valor permitido de adiciones en relación con el contrato inicial (50%)».

De esta manera, para el ministro, el objeto de la consulta está relacionado con la séptima prórroga, otrosí 7, cuyo monto ejecutado superó en cada uno de los

contratos el valor de las comisiones que se habían pactado en ellos de acuerdo con la estimación y, que individualmente superan el 50% del valor fijado en el contrato.

Con base en lo expuesto, formula las siguientes

II. PREGUNTAS

1. «¿El valor total de la comisión fiduciaria pactada a ser reconocida y pagada, determinada como un porcentaje (0.9%) de los rendimientos obtenidos en la gestión de los recursos, está limitada al valor 'actual' del contrato que se estimó en el Otrosí Nro. 7?».

2. «¿El monto total de las comisiones causadas en los términos del contrato está limitado al establecido en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993?».

3. «¿Resulta jurídicamente viable reconocer y pagar a los administradores de los recursos del FONPET, en la etapa de liquidación del contrato, el monto total de las comisiones causadas en vigencia del contrato, cuando estas superan el límite del valor contractual y, a su vez, el 50% del valor inicial del contrato expresado en salarios mínimos?».

4. «En caso de que la respuesta a la pregunta anterior fuese negativa ¿cuál sería el procedimiento legal para pagar el monto causado en exceso?».

III. CONSIDERACIONES

A. Planteamiento del problema jurídico

La consulta presenta, en primer término, inquietudes sobre el valor del contrato de administración de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -Fonpet- (se toma como ejemplo el contrato 6.001-2012) correspondiente a las comisiones pactadas, pues las realmente causadas superan el límite del valor contractual y, a su vez, el límite del 50% previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

Dicha determinación, a juicio del ministerio consultante, es útil para los efectos de la «prórroga» pactada en el otrosí 7 del citado contrato, por lo que subyace en la consulta la aplicación del límite del 50% previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993. En atención a tal premisa, para el ministerio el límite de la «prórroga» estaría ligado a la locución «valor actual» que se estimó en el otrosí 7.

Bajo tal contexto, la Sala deberá resolver los siguientes problemas jurídicos:

- i) Dado que el otrosí 7 al contrato 6.001-2012 utiliza la expresión «valor actual» ¿Qué se entiende por esa locución frente al límite legal previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993?

ii) Ante el acaecimiento del límite legal previsto en esa norma ¿pueden pagarse las comisiones causadas en vigencia del contrato que superaron dicho límite?

Para resolver la consulta la Sala desarrollará los siguientes temas: *i)* breve alusión a la creación del Fonpet; *ii)* los contratos de administración de los recursos de ese fondo y su régimen jurídico; *iii)* la determinación del valor en tales contratos; *iv)* la adición del valor y prórroga de los contratos estatales de administración de los recursos del Fonpet y el alcance del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, frente a esta clase de contratos; *v)* consecuencias derivadas de la ejecución del otrosí 7 al contrato 6.001-2012, ante el acaecimiento de dicho límite.

B. Advertencia preliminar

Las consideraciones de la Sala no estarán referidas a determinación de valores o sumas líquidas de dinero ni realizará ejercicios financieros o numéricos para el efecto, así como posibles proyecciones sobre los mismos, pues estos requieren de estudios o análisis de carácter técnico – financiero que expliquen las metodologías, cálculos y resultados obtenidos, cuya competencia no corresponde a la Sala en ejercicio de su función consultiva, por lo que se sugiere al ministerio consultante adelantar dicha gestión.

Dado lo anterior, y en atención a que las preguntas formuladas en la consulta se relacionan directa o indirectamente con los aspectos mencionados, la Sala realizará el análisis jurídico correspondiente para resolverlas, teniendo en cuenta los documentos aportados, sin señalar montos o sumas líquidas de dinero.

C. Desarrollo argumentativo

1. La creación del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -Fonpet-, objeto y finalidad

La Ley 549 de 1999 «Por la cual se dictan normas tendientes a financiar el pasivo pensional de las entidades territoriales, se crea el Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones en materia prestacional», estableció en su artículo 3, lo siguiente:

ARTÍCULO 3o. Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet. Para efectos de administrar los recursos que se destinan a garantizar el pago de los pasivos pensionales en los términos de esta ley, créase el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, como un fondo sin personería jurídica administrado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual tiene como objeto recaudar y asignar los recursos a las cuentas de los entes territoriales y administrar los recursos a través de los patrimonios autónomos que se constituyan exclusivamente en las administradoras de fondos de pensiones y cesantías privadas o públicas, en sociedades fiduciarias privadas o públicas o en compañías de seguros de

vida privadas o públicas que estén facultadas para administrar los recursos del Sistema General de Pensiones y de los regímenes pensionales excepcionados del Sistema por ley.

En todo caso la responsabilidad por los pasivos pensionales territoriales corresponderá a la respectiva entidad territorial. Por consiguiente, el hecho de la creación del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, de la destinación de recursos nacionales para coadyuvar a la financiación de tales pasivos o de que por disposición legal la Nación deba realizar aportes para contribuir al pago de los pasivos pensionales de las entidades del nivel territorial, no implica que esta asuma la responsabilidad por los mismos.

En dicho Fondo cada una de las entidades territoriales poseerá una cuenta destinada al pago de sus pasivos pensionales. Los valores registrados en las cuentas pertenecerán a las entidades territoriales y serán complementarios de los recursos que destinen las entidades territoriales a la creación de Fondos de Pensiones Territoriales y Patrimonios Autónomos destinados a garantizar pasivos pensionales de conformidad con las normas vigentes (...). [Se subraya].

La Sala ha precisado en múltiples oportunidades las razones que llevaron a la creación del Fonpet, su fundamento constitucional, objeto y finalidad, para lo cual se remite a los Conceptos 1504 de 2003, 2010 – 2035 de 2010, 2084 de 2012 y 2240 de 2015, entre otros. Para enmarcar la temática del presente concepto, se retoman los criterios más relevantes, a saber:

- a) Con el fin de asegurar la estabilidad económica del Estado - artículo 1° Ley 549 de 1999-, y dentro del marco de los principios constitucionales de coordinación, concurrencia, subsidiaridad - art. 288 CP- y solidaridad, así como del derecho a la seguridad social - arts. 48 y 53 *ibidem*-, se dictaron normas tendientes a financiar y cubrir el pasivo pensional de las entidades territoriales, las cuales carecían de recursos para tales efectos y, para ello, se creó el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales.
- b) Para solucionar esta situación, la Ley 549 de 1999 adoptó tres medidas esenciales: (i) obligó a las entidades territoriales a calcular, presupuestar y asegurar la cobertura de su pasivo pensional (artículo 1); (ii) determinó las fuentes con las que se debe asegurar dicha cobertura, las cuales provienen, entre otros, de los recursos generados por la propia entidad territorial, de sus derechos de participación en las rentas nacionales² y de un porcentaje de los

² Artículo 78, Ley 715 de 2001, modificado parcialmente por la Ley 1450 de 2011 «(...) Del total de los recursos de la participación de propósito general asignada a cada distrito o municipio una vez descontada la destinación establecida para inversión u otros gastos inherentes al funcionamiento de la administración municipal de que trata el inciso anterior y la asignación correspondiente a los municipios menores de 25.000 habitantes, definida en el inciso 3o del artículo 4° del Acto Legislativo 04 de 2007, cada distrito y municipio destinará el ocho por ciento (8%) para deporte y recreación, el seis por ciento (6%) para cultura y el diez por ciento (10%) para el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet.

recursos que les corresponden por regalías y explotación de juegos de azar (artículo 2); y (iii) crea el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para la administración separada e independiente de tales recursos (artículo 3).

- c) El Fonpet no cuenta con personería jurídica y es administrado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- d) Su objeto es (i) recaudar, (ii) asignar los recursos a las cuentas de los entes territoriales y (iii) administrarlos a través de los patrimonios autónomos constituidos exclusivamente por las administradoras de fondos de pensiones y cesantías privadas o públicas³, las sociedades fiduciarias privadas o públicas o las compañías de seguros de vida privadas o públicas que estén facultadas para administrar los recursos del Sistema General de Pensiones y de los regímenes pensionales excepcionados del Sistema por ley.
- e) Para cubrir los pasivos pensionales se consideró necesario el esfuerzo conjunto de la Nación y los entes territoriales, mediante el redireccionamiento de recursos o la reasignación de rubros presupuestales, orientados a constituir un ahorro forzado, sin que fuera necesario para ello crear nuevos impuestos, tasas o contribuciones.
- f) Los recursos recaudados en cumplimiento de la Ley 549 de 1999 tienen destinación específica y no pueden utilizarse para fines distintos al pago del pasivo pensional territorial. Por tal circunstancia, no son de libre disposición

³ Según la cita textual tomada del Concepto 1504 de 2003, en la ponencia para primer debate en el Senado, se expuso: «Como se puede apreciar a primera vista el Fonpet, según la propuesta puesta a nuestra consideración por el gobierno nacional, será responsable de una enorme cantidad de recursos. Infortunadamente, los últimos años han demostrado con suficiente ilustración que nuestras entidades gubernamentales son especialmente ineficientes cuando de administrar recursos financieros se trata. No queremos entrar en detalles pero los problemas financieros del Seguro Social y de las cajas de previsión demuestran claramente que la administración de cuantiosos fondos, particularmente pensionales, en el mejor de los casos sirve para apalancar la deuda pública y el peor para engrosar los expedientes de los organismos de control del Estado // Por eso una de las ideas innovadoras que proponemos como ponentes de este proyecto es crear mecanismos mediante los cuales los recursos del Fonpet sean administrados por los fondos privados de pensiones. No se trata de volver a épocas afortunadamente superadas, donde se le rendía culto ciego a la actividad privada negando la posibilidad de aciertos en el sector oficial. El neoliberalismo es un capítulo de revisión en el mundo. Lo que se busca, más bien, es aprovechar las ventajas que tiene el sector privado para obtener evidentes beneficios públicos. Nadie puede negar que en la actualidad son los fondos privados de pensiones (AFP) los que mejores rendimientos financieros han dado a sus ahorradores (...) Las AFP, o sea las administradoras de estos fondos, han demostrado eficiencia y transparencia en el manejo de los recursos de los trabajadores y hasta la fecha han respondido con creces a los deberes que éstos les han impuesto. (...) Por demás, las AFP, a diferencia de las fiduciarias, tienen obligaciones de resultado y no solamente de medio. Es decir, que tienen la obligación legal de garantizar resultados y rendimientos financieros».

por las entidades aportantes. En consecuencia, tales recursos no son en favor de las entidades territoriales como tales, sino para la cobertura de su pasivo pensional; se registran a su nombre, pero tienen una destinación legal específica y permiten que el administrador del Fondo, en ejercicio de sus funciones legales, asegure su recaudo.

Expuestos los aspectos más relevantes sobre el objeto y finalidad del Fonpet, la Sala pasa a exponer el tema relacionado con el mandato legal de administración de los recursos de ese fondo a través de patrimonios autónomos.

2. Los contratos de administración de los recursos del Fonpet y su régimen jurídico: limitaciones legales en materia negocial estatal

Como ha quedado establecido en el punto anterior, la Ley 549 de 1999 crea el Fonpet como un fondo-cuenta sin personería jurídica, le asigna las funciones que debe cumplir y, para el efecto, lo nutre con recursos públicos, para cuya administración se deberán constituir patrimonios autónomos en las instituciones financieras señaladas en el citado artículo 3 de la Ley 549 de 1999.

Complementa el anterior mandato, lo dispuesto en el artículo 7 *ibidem*, en lo pertinente, norma vigente para el año 2012, época en la que se celebraron los contratos mencionados en la consulta:

ARTÍCULO 7o. Reglas para el funcionamiento del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales. Para el funcionamiento del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

(...)

4. Los recursos se administrarán a través de Patrimonios Autónomos que constituirá el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Públicas Territoriales en las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, en sociedades fiduciarias o en compañías de seguros de vida que sean seleccionadas a través de un proceso de licitación pública, la cual se adelantará conforme a lo previsto por la Ley 80 de 1993. Para efectos de dicha licitación las cuentas de las entidades territoriales en el Fondo podrán agruparse en la forma que determine el Gobierno con el fin de que se pueda contar con varias entidades administradoras. En todo caso, las entidades deberán cumplir los índices de solvencia que determine el Gobierno Nacional.

5. (Derogado por el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011...). [Subraya la Sala].

Se destaca de la regla transcrita, que la selección de las instituciones financieras que administren los recursos del Fonpet, a través de patrimonios autónomos, se realizará mediante la modalidad de licitación pública, la cual se adelantará conforme a lo previsto por la Ley 80 de 1993. Sobre el origen de este mandato legal resulta pertinente acudir a la ponencia para primer debate, en Cámara de Representantes, que introdujo modificaciones al proyecto que se convertiría en la Ley 549:

[s]e modifica la forma de distribuir los recursos del Fondo entre las entidades facultadas para administrarlos. A tal efecto se prevé la realización de una licitación pública. De esta manera los recursos podrán ser administrados a través de varias entidades legalmente facultadas para el efecto que presenten las mejores propuestas. Con este mecanismo se asegura una selección objetiva y se puede lograr mayor eficiencia en la administración de recursos. En todo caso se prevé que las entidades que administren estos recursos deben cumplir los índices de solvencia que fije el Gobierno.⁴ (*Ibidem*).

Por su parte, el Decreto 1044 de 2000⁵, reglamentó parcialmente las normas legales citadas, para lo cual se transcriben y comentan los apartes pertinentes para el presente concepto:

ARTICULO 2. Administración de recursos. Los recursos del Fonpet serán administrados a través de patrimonios autónomos que se constituirán para el efecto en las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantía, sociedades fiduciarias o en compañías de seguros de vida que estén facultadas para administrar los recursos del sistema general de pensiones y de los regímenes excepcionados del sistema por ley.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en su condición de administrador del Fonpet, seleccionará los administradores de dichos patrimonios mediante un proceso de licitación pública que se desarrollará de conformidad con las reglas de la Ley 80 de 1993, sus normas reglamentarias, y el presente decreto. Así mismo, el ministerio celebrará los contratos respectivos.

En cuanto a la contraprestación por la administración de los recursos del Fonpet, la norma vigente para el momento de la celebración de los contratos señalados en la consulta correspondía al artículo 25 de la Ley 1450 de 2011 «por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014», que estableció:

ARTÍCULO 25. Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - Fonpet. Las comisiones de administración de los patrimonios autónomos del Fonpet se pagarán con cargo a los rendimientos financieros de los recursos. También se pagarán con cargo a dichos rendimientos los gastos relacionados con la auditoría especializada que deberá contratarse para la supervisión de la gestión de los administradores. Todos los gastos administrativos que hoy se financian con cargo al fondo, no podrán superar un 8% de los rendimientos que generen estos recursos.

El Gobierno Nacional definirá el régimen de inversiones de los patrimonios autónomos del Fonpet y otros patrimonios autónomos públicos destinados a la garantía y pago de pensiones, teniendo en cuenta que tales operaciones deberán realizarse en condiciones de mercado, atendiendo a criterios de seguridad, rentabilidad y liquidez. La enajenación de acciones por parte de estos patrimonios se realizará de acuerdo con las reglas del mercado de valores. El Gobierno definirá además la rentabilidad mínima que deberán garantizar los administradores de los

⁴ Gaceta del Congreso 492 del 30 de noviembre de 1999, página 5.

⁵ «Por medio del cual se reglamenta parcialmente la Ley 549 de 1999».

patrimonios autónomos del Fonpet, atendiendo a las particularidades propias de estos contratos.

El monto del impuesto de registro que se debe incorporar a la base de los ingresos corrientes de libre destinación de los departamentos para el cálculo del aporte al Fonpet, de acuerdo con el numeral 9 artículo 2 de la Ley 549 de 1999, se destinará en adelante por dichas entidades al pago de cuotas partes pensionales.

El cobro de los aportes al que se encuentra facultado el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en su calidad de administrador, podrá adelantarse en cualquier tiempo, teniendo en cuenta la destinación especial de estos recursos. [Se subraya].

Como puede verse, la norma transcrita dispuso que la contraprestación por la gestión de administración de los recursos del Fonpet sería una comisión, la cual se cubriría con cargo a los rendimientos financieros de tales recursos. En este sentido, se establece que los administradores del fondo deben garantizar una rentabilidad mínima y establece un tope para los gastos administrativos que se financian con cargo al fondo, los cuales «no podrán superar un 8% de los rendimientos que generen estos recursos».

El artículo 25 de la Ley 1450, fue reglamentado parcialmente por el decreto 1094 de 2012, que en lo pertinente señaló:

Artículo 1. *Gastos Administrativos.* Para efectos de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 1450 de 2011, se entiende por gastos administrativos los indispensables para garantizar el funcionamiento del Fonpet en el momento de publicación de la ley en mención, dentro de los cuales se encuentran:

1. Las comisiones que deban pagarse a las entidades administradoras de los patrimonios autónomos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - Fonpet.
2. Los gastos asociados al Sistema de Información del Fondo, siempre y cuando estos gastos no se encuentren incluidos dentro del pago de las comisiones.
3. La auditoría especializada a que se refiere el artículo 25 de la Ley 1450 de 2011.
4. Los gastos administrativos para el seguimiento y actualización de cálculos actuariales, los del Programa de Historias Laborales y del Modelo de Administración Financiera, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 863 de 2003.
5. Los gastos ordenados en el artículo 243 de la Ley 1450 de 2011.
6. Los gastos asociados a la implementación de la contabilidad del Fonpet conforme lo ordenado en la Resolución 423 de diciembre de 2011, de la Contaduría General de la Nación.

Artículo 2. *Límite de gastos.* En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 1450 de 2011, los gastos anuales de administración del fondo a los que se

refieren el artículo anterior, no podrán superar el equivalente al 8% de los rendimientos financieros que arroje la administración de sus recursos durante el mismo periodo de tiempo. (*ibidem*)

El decreto reglamentario reitera que la contraprestación para los administradores de los recursos del Fonpet, corresponderá a una comisión que debe cubrirse con cargo a los rendimientos financieros de tales recursos, y que los gastos de administración del Fonpet no pueden superar el 8% de esos rendimientos, tope legal que se constituye en una norma imperativa y, por lo mismo, deberá ser tenida en cuenta por las partes al celebrar los contratos de administración ordenados por la Ley 549 de 1999.

Además de lo previsto en la Ley 549 de 1999, existen reglas para la administración de los recursos desarrolladas originalmente por el artículo 4 del Decreto Reglamentario 1044 de 2000, modificado por el Decreto Reglamentario 1266 de 2001, cuyo texto vigente para la época de celebración de los contratos relacionados con la consulta, era el siguiente⁶:

ARTICULO 4. Administración de recursos. Para la administración de los recursos del Fonpet se seguirán las siguientes reglas:

a) Con anterioridad a la apertura de una licitación, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, calculará en forma aproximada, de acuerdo con sus estimativos y proyecciones, el monto de los recursos a administrar, especificando el monto correspondiente a cada uno de los años calendario, teniendo en cuenta lo dispuesto por la Ley 549 de 1999, en cuanto a la causación para cada tipo de recurso. Si estos recursos se han causado con anterioridad a la ejecución del contrato, el ministerio indicará los montos estimados, diferenciándolos de los proyectados para el futuro;

b) Las sociedades administradoras de fondos de pensiones, AFP, las sociedades fiduciarias y las compañías de seguros de vida que estén facultadas para administrar los recursos del sistema General de pensiones y de los regímenes excepcionados del sistema por ley, podrán presentar propuestas individuales o conjuntas de administración de patrimonios autónomos del Fonpet, indicando el monto máximo de los recursos que administrarían para cada uno de los años señalados en el pliego de condiciones, tomando en cuenta los datos suministrados en calidad de estimativos y proyecciones, siempre que su margen de solvencia sea suficiente;

c) Con fundamento en la adjudicación realizada, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público celebrará con las entidades adjudicatarias contratos de administración de patrimonios autónomos. El total adjudicado será la suma de los montos adjudicados a cada contratista. En la medida en que se reciban los aportes, a cada entidad administradora se le entregará los correspondientes recursos de acuerdo con lo que disponga el respectivo pliego de condiciones, siempre teniendo en cuenta sus márgenes de solvencia. Los recursos que reciba cada administradora se reflejarán en unidades cuyo valor inicial será de mil pesos (\$ 1.000). En todo caso, la

⁶ Actualmente, el texto vigente se encuentra en el Decreto Único Reglamentario 1068 de 2015, artículo 2.12.3.1.4.

adjudicación no implicará la obligación de entregar al adjudicatario el monto propuesto por éste, cuando el recaudo efectivo de los recursos sea inferior a lo proyectado;

d) Las entidades administradoras podrán recibir recursos adicionales a los asignados según su propuesta, si expresan su voluntad de hacerlo, siempre que su margen de solvencia se lo permita, y con sujeción a las reglas del pliego de condiciones y a los límites previstos en la Ley 80 de 1993, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Los recursos recaudados excedan los estimados y proyectados en una vigencia fiscal.
2. alguna de las administradoras durante el contrato presente incumplimiento en su margen de solvencia.
3. Se produzca la terminación anticipada del contrato de alguna administradora;

e) (Modificado por el artículo 22 del Decreto 4105 de 2004, modificado por el artículo 4 del Decreto 4758 de 2005, modificado por el artículo 7 del Decreto 4478 de 2006) En cualquier evento en que no sea posible asignar los recursos adicionales de que trata el literal d) anterior, o no sea viable prorrogar los contratos de administración o suscribir nuevos contratos, o cuando los cupos ofrecidos por las entidades licitantes no sean suficientes para atender los recaudos del Fonpet, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público podrá disponer la administración transitoria de los recursos del Fonpet a través de la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional⁷.

f) En los casos en que el portafolio de un administrador se transfiera a otro, la transacción se hará a precios de mercado de acuerdo con la metodología establecida por la Superintendencia Bancaria;

g) *Derogado por el art. 6, Decreto 946 de 2006.*

h) En caso de cesión de uno o varios consorciados o miembros de la unión temporal, se observarán cuando fuere del caso, las restricciones previstas en la Ley 80 de 1993. (Se subraya, nota al pie fuera de texto).

De las normas citadas hasta el momento, se puede deducir que las Leyes 549 de 1999 y 1450 de 2011 regularon elementos trascendentes de la autonomía de la voluntad⁸, para los contratos de fiducia que se celebren para la administración de los recursos del Fonpet, mediante disposiciones de carácter imperativo frente a las cuales no pueden sustraerse las partes que celebren tales contratos.

⁷ El texto original del Decreto Reglamentario 1044 de 2000 respecto del literal e), establecía: «e) El término de duración de los contratos celebrados con base en la primera adjudicación será de tres (3) años para la siguiente contratación, el Ministerio de Hacienda deberá dar inicio a un nuevo proceso de licitación en las condiciones establecidas en el presente decreto».

⁸ La cual se encuentra claramente limitada por la ley y, «(...) en veces atenuada o ausente, ya por ius cogens, orden público, normas imperativas, ora por moralidad, ética colectiva o buenas costumbres (artículos 15 y 16. Código Civil)». Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 30 de agosto de 2011, Exp. 11001-3103-012-1999-01957-01.

De tiempo atrás la jurisprudencia y doctrina nacional ha señalado que dicha autonomía contractual se ve reflejada en los siguientes campos, para los cuales las Leyes 549 y 1450 regulan aspectos relevantes, como se expone a continuación:

- 2.1. **La elección de contratar o no contratar:** es claro que dichas leyes contienen un mandato imperativo que se traduce en ordenar al MHCP la celebración de contratos de administración de los recursos del Fonpet mediante la constitución de patrimonios autónomos en los términos definidos en ellas;
- 2.2. **Escoger la persona del co-contratante:** la Ley 549 no deja ningún margen de autonomía al respecto, toda vez que los contratos que deben celebrarse tienen como contratistas sujetos calificados, esto es, los administradores de los recursos serán «sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantía, sociedades fiduciarias y compañías de seguros de vida que estén facultadas para administrar los recursos del sistema general de pensiones y de los regímenes excepcionados del sistema por ley». Se trata de instituciones financieras, las cuales deben estar legalmente establecidas en Colombia y sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, en los términos del artículo 3 del Decreto Reglamentario 1044 de 2000, hoy Superintendencia Financiera⁹.

Además, dicha norma reglamentaria exige que los administradores acrediten índices de solvencia suficientes para administrar los recursos que les sean asignados como consecuencia del proceso de selección. También es posible que los recursos del Fonpet puedan ser administrados a través de uniones temporales o consorcios conformados por dos o más entidades de las arriba mencionadas.

- 2.3. **Determinar el tipo de contrato que va a celebrarse:** la Ley 549 señala imperativamente el negocio jurídico a celebrarse para la administración de

⁹ «**ARTICULO 3. Calidades de los administradores.** Para efectos de la selección de las entidades financieras administradoras de recursos del Fonpet, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público tendrá en cuenta, entre otros, que los proponentes cumplan con las siguientes calidades:

a) Las entidades administradoras serán sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantía, sociedades fiduciarias y compañías de seguros de vida que estén facultadas para administrar los recursos del sistema general de pensiones y de los regímenes excepcionados del sistema por ley. Dichas entidades deberán estar legalmente establecidas en Colombia y sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria,

b) Modificado art. 1 Decreto 1266 de 2001 'b) Las entidades administradoras deberán acreditar índices de solvencia suficientes para administrar los recursos que les sean asignados como consecuencia del proceso de selección. El cumplimiento de dicho requisito deberá verificarse mensualmente por parte de la Superintendencia Bancaria (...), y

c) Los recursos del Fonpet podrán ser administrados a través de uniones temporales o consorcios por dos o más entidades de las mencionadas en el literal a) del artículo tercero de este decreto. En tal caso, se dará aplicación al artículo 5º del Decreto 1797 de 1999».

los recursos públicos afectos a un fin preciso como es el de cumplir las funciones asignadas al Fonpet, se trata de «contratos de administración de los recursos mediante la constitución de patrimonios autónomos», en los términos definidos en esa ley.

Más adelante la Sala se referirá a los negocios jurídicos que permiten la «constitución de patrimonios autónomos».

- 2.4. Definir el contenido y régimen del acto jurídico:** en la Ley 549 de 1999 se define el objeto esencial de los mencionados contratos que corresponde a la administración de los recursos del Fonpet destinado al cumplimiento de las funciones asignadas al fondo, las cuales fueron expuestas en el punto 1 de este concepto.

En lo atinente al régimen jurídico, es el MHCP, en su calidad de administrador del Fonpet, quien selecciona a los administradores de los patrimonios autónomos, mediante la modalidad de licitación pública regida por la Ley 80 de 1993, y celebra los contratos correspondientes.

Al estar sometidos a dicha modalidad, se exige la debida confección de los pliegos de condiciones, los cuales se constituirán en la «ley del proceso de selección», el adelantamiento del proceso de selección tendiente a la selección objetiva del contratista, y a la adjudicación de los contratos estatales de administración de patrimonios autónomos.

El MHCP es una entidad estatal de las señaladas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, «Por la cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública» y, por lo mismo, celebra contratos estatales. En este sentido, el artículo 32 *ibidem* dispone que son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades enlistadas en el artículo 2° *ibidem* y, además, los previstos en «disposiciones especiales», así como los contratos de obra, de consultoría, de concesión, de prestación de servicios y los encargos fiduciarios y fiducia pública, los cuales son señalados a título enunciativo.

La Ley 549 de 1999 es una «disposición especial» que ordena al MHCP la celebración de contratos de administración de los recursos del Fonpet mediante la constitución de patrimonios autónomos en los términos definidos en esa ley, y en lo allí no previsto, se encontrarán sometidos a la Ley 80 de 1993, a las normas civiles y mercantiles pertinentes (artículo 13, Ley 80) y a los decretos reglamentarios de esas leyes, en que corresponda.

En cuanto al contenido, las normas imperativas citadas en precedencia aluden tanto al proceso de selección como a aspectos del contrato, según se indica a continuación:

- a. Deber de adelantar la selección del contratista mediante la modalidad de licitación pública, bajo la observancia de las reglas establecidas en la Ley 80 de 1993 y las que la modifican y adicionan;
- b. En la etapa previa a la apertura de la licitación, el MHCP calculará en forma aproximada, de acuerdo con sus estimativos y proyecciones, el monto de los recursos a administrar;
- c. Los proponentes en sus ofertas deberán indicar el monto máximo de los recursos que administrarían para cada uno de los años señalados en el pliego de condiciones, tomando en cuenta los datos suministrados en calidad de estimativos y proyecciones, siempre que su margen de solvencia sea suficiente;
- d. Con base en la adjudicación realizada se celebrarán los correspondientes contratos de administración de patrimonios autónomos y agrega el literal c) del artículo 4 del Decreto Reglamentario 1044: «El total adjudicado será la suma de los montos adjudicados a cada contratista. En la medida en que se reciban los aportes, a cada entidad administradora se le entregará los correspondientes recursos de acuerdo con lo que disponga el respectivo pliego de condiciones, siempre teniendo en cuenta sus márgenes de solvencia».

De lo anterior se sigue que al momento de la adjudicación y posterior celebración del contrato, los contratistas conocerán la suma que les corresponderá administrar, la cual incluso puede ser menor cuando el recaudo de los recursos sea inferior a lo proyectado.

- e. La contraprestación por la gestión de administración de los recursos del Fonpet es una comisión, la cual se debe cubrir con cargo a los rendimientos financieros de tales recursos.
- f. En este sentido, se establece que los administradores del fondo deben garantizar una rentabilidad mínima y establece un tope para los gastos administrativos que se financian con cargo al fondo, los cuales «no podrán superar un 8% de los rendimientos que generen estos recursos».
- g. Este tope legal que se constituye en una norma imperativa y, por lo mismo, deberá ser tenida en cuenta por las partes al celebrar los contratos de administración ordenados por la Ley 549 de 1999.
- h. Se alude a la adición de tales contratos con la posibilidad de incrementar los recursos inicialmente asignados, «con sujeción a las reglas del pliego de condiciones y a los límites previstos en la Ley 80 de 1993», y

- i. La viabilidad de su prórroga se sujeta a lo previsto en la Ley 80, por tratarse de un contrato estatal.

Se concluye por todo que los lo anterior que los contratos de administración de los recursos del Fonpet mediante la constitución de patrimonios autónomos, son contratos estatales sometidos a: *i)* las Leyes 549 de 1999 y 1450 de 2011, y los decretos reglamentarios que las desarrollaron, que regularon en su integridad los elementos integrantes de la autonomía de la voluntad mediante disposiciones de carácter imperativo a las que no pueden sustraerse las partes de tales contratos, y *ii)* en lo no previsto en esas normas especiales, así como las que la modifiquen o adicionen; se aplicarán las disposiciones que rigen la contratación de las entidades estatales previstas en la Ley 80 de 1993, y las que la modifiquen o adicionen, en particular, a los principios que rigen la actividad contractual del Estado, la modalidad de selección de licitación pública y el acto de adjudicación correspondiente, su adición y prórroga, entre otros aspectos.

Señalados los aspectos generales del régimen jurídico aplicable a los contratos de administración de los recursos del Fonpet, corresponde a la Sala profundizar en un aspecto esencial de esos contratos: dichos recursos serán administrados a través de patrimonios autónomos que se constituirán para el efecto.

2.5. Los patrimonios autónomos para la administración de los recursos del Fonpet

Por mandato del artículo 3 de la Ley 549 de 1999, los recursos del Fonpet deben ser administrados a través de los patrimonios autónomos que se constituyan para el efecto. En la legislación colombiana la locución «patrimonio autónomo» es característica del contrato de fiducia mercantil, tal como lo sostuvo la Sala en el Concepto del 30 de junio de 2022, radicación 110010306000202200066 00.

De lo expuesto en ese concepto, se destaca que la fiducia mercantil es un negocio jurídico inspirado en la figura del «trust» angloamericano¹⁰, que corresponde a una

¹⁰ La Corte Suprema de Justicia ha señalado: «Con ese propósito, memórase que la fiducia mercantil, desde una óptica etiológica, fundamentalmente es la expresión en el derecho continental del denominado "trust" angloamericano –al que le antecedió el "use"-, en el que una persona llamada "trustor", "settlor" o constituyente, transfiere ciertos bienes a otra, llamada "trustee", para el beneficio de un tercero denominado "cestui que trust", "beneficiary" o beneficiario, siendo su principal característica –y a su turno, el mayor inconveniente para el cabal entendimiento de este contrato en el derecho patrio-, que genera un doble tipo de propiedad sobre el bien fideicomitado: una propiedad legal o formal y una propiedad equitativa o material, la primera radicada en el "trustee" y la segunda en el beneficiario, bifurcación esta del derecho real aludido que, hay que acotarlo desde ya, pugna o rivaliza abiertamente con el concepto absoluto y unitario que consagra el Código Civil en torno al dominio (art. 669), que sólo admite una separación de algunos de sus atributos, como en los derechos reales de usufructo, uso y habitación. Ahora bien, aunque en general la fiducia que regula el Código de Comercio, hunde sus raíces en el "trust" anglosajón, como se acotó, es útil señalar que el concepto de fiducia –lato sensu- no es, en todo caso, completamente extraño al derecho romano –específicamente en lo que atañe a la modalidad de

especie o clase de negocio fiduciario que se encuentra definido en el artículo 1226 del Código de Comercio, en los siguientes términos:

La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.

Con base en la anterior definición, la Corte Suprema de Justicia ha indicado: «De la regulación legal colombiana y, en particular de su definición normativa, comporta el negocio jurídico de fiducia mercantil, la transferencia real y efectiva de uno o más bienes, el encargo de gestión reflejado en su administración o enajenación, la finalidad determinada en interés del constituyente, beneficiario o fideicomisario y la remuneración del fiduciario (artículos 1226 y 1237 Código de Comercio)»¹¹.

Para una parte de la doctrina, el contrato de fiducia mercantil se define como «el negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero»¹².

Bajo el anterior contexto, son elementos del contrato de fiducia mercantil la transferencia real y efectiva de uno o más bienes; la constitución de un patrimonio autónomo; la realización de un encargo (de administración o enajenación); la determinación de una finalidad establecida por el constituyente, y la remuneración del fiduciario, características que pasan a explicarse:

fiducia en garantía-, que amén de la propiedad fiduciaria, conoció las denominadas fiducia cum amico contractus y cum creditore contractus. En virtud de la primera, se transmitía la propiedad sobre una cosa determinada a una persona de confianza, con la finalidad exclusiva de que fuera usada o custodiada y después devuelta al accipiens. Por razón de la segunda –de particular importancia en el sub lite, por referir a la precitada modalidad-, se garantizaba el pago de una obligación mediante la transferencia al acreedor de la potestad dominical sobre una cosa, que únicamente se retornaría al deudor si solucionaba la deuda en la oportunidad prevista para ello; en caso contrario, el creditor fiduciarius satisfacía su derecho de crédito a través de la res fiduciae data, según lo convenido». Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de febrero de 2006. Exp. 05001-3103-012-1999-1000-01.

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de julio de 2008. Radicación número: 11001-3103-036-1999-01458-01.

¹² Rodríguez Azuero., Sergio, *Negocios Fiduciarios su significación en América Latina*. Bogotá, D.C., Editorial Legis, p. 186.

a) Se trata de un negocio jurídico que permite la consecución de múltiples propósitos, lo que ha llevado a la jurisprudencia a denominarlo un negocio jurídico «dinámico» o «elástico». Así, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

I. Por su importancia en el *sub lite*, conviene señalar que esa finalidad determinada por el constituyente, es la que hace de la fiducia mercantil un negocio jurídico dinámico, amén que "elástico", en la medida en que puede servir para múltiples propósitos, como se evidencia en algunas de sus modalidades: fiducias de inversión, inmobiliaria, de administración, en garantía, etc., todas ellas manifestaciones de un negocio jurídico dueño de una propia y singular fisonomía, a la vez que arquitectura, que no puede ser confundido con otras instituciones, como el mandato, la estipulación para otro, o incluso el encargo fiduciario, como recientemente lo señaló esta Sala (Sent. de noviembre de 2005; exp.: 03132-01)¹³.

b) Conlleva la participación de tres intervinientes: i) el fiduciante o fideicomitente; ii) el fiduciario, y iii) el fideicomisario o beneficiario:

1. **El Fiduciante o Fideicomitente** es aquella persona natural o jurídica de naturaleza pública o privada, que encomienda a la fiduciaria una gestión determinada para el cumplimiento de una finalidad, pudiendo, para ello entregarle uno o más bienes. Puede ser a la vez fideicomisario o beneficiario.

Derivado de la celebración del contrato de fiducia, el fideicomitente adquiere derechos fiduciarios, que son bienes inmateriales que representan la participación de este en el patrimonio autónomo.

2. **El Fiduciario**, esto es, las sociedades fiduciarias, que corresponden a sociedades de servicios financieros, constituidas como sociedades anónimas, sujetas a la inspección y vigilancia permanente de la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera). Reciben mandatos de confianza, los cuales desarrollan con objeto de cumplir una finalidad específica, siendo a la vez asesoras de sus clientes y tienen derecho a una remuneración por la labor encomendada.

3. **El Fideicomisario o Beneficiario**, es la persona natural o jurídica, de naturaleza pública o privada, en cuyo provecho se desarrolla la fiducia y se cumple la finalidad perseguida¹⁴.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de febrero de 2006. Exp. 05001-3103-012-1999-1000-01. Por su parte, la doctrina ha indicado: «La fiducia mercantil es flexible. Se adapta de manera muy fácil a muy variadas y complejas circunstancias. Y lo hace porque constituye un esquema elástico para realizar negocios y obtener resultados. Como se ha dicho repetidamente por la doctrina, la fiducia abre un amplio espacio a la imaginación al permitir combinar un número limitado de bienes y finalidades legítimas. Como, de suyo, puede concebirse como un recipiente al que cada cual puede ponerle un contenido, las posibilidades son todas. Basta en efecto, transferir un bien -cualquier bien- con el propósito de obtener una finalidad-cualquier finalidad legítima para llenar ese continente con un contenido. Por ello hemos dicho como recurso nemotécnico que, ante todo, la fiducia es un mecanismo instrumental que "no es si nada pero que sirve para hacer mucho». Rodríguez Azuero, ob. cit, p. 136.

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 4 de octubre de 2018. Radicación número: 08001-23-33-001-2012-00237-01(21292).

Sobre el fiduciario es pertinente agregar que «el legislador, consciente del entramado fáctico y jurídico que supone el agenciamiento de esta particular tipología negocial y de la pluralidad de contratos que pueden surgir a partir de su constitución, propugnó por exigir la calificación profesional de quienes pretendan participar en esas actividades como fiduciarios, restringiéndola a los establecimientos de crédito y a las sociedades de esa naturaleza que deben estar especialmente autorizados para el efecto por la Superintendencia Financiera (art. 1226 ib.)». ¹⁵

d) Con los bienes transferidos se constituye un patrimonio autónomo: en palabras de la Sección Primera del Consejo de Estado, la fiducia mercantil supone la transferencia de bienes por parte de un constituyente para que con estos se cumpla una finalidad específica y previamente determinada. Ese conjunto de bienes transferidos a una fiduciaria es lo que conforma o se denomina patrimonio autónomo, pues los bienes: i) salen real y jurídicamente del patrimonio del fideicomitente –titular del dominio-, ii) no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario, sino que solo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida y, iii) están afectos al cumplimiento de las finalidades señaladas en el acto constitutivo. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 26 de junio de 2020. Radicación Número: 50001-23-31-000-2010-00543-01) ¹⁶.

De esta manera, el fiduciante o fideicomitente transfiere al fiduciario el derecho de dominio de un conjunto de bienes, de tal suerte que estos salen real y jurídicamente del patrimonio del primero. Frente al alcance de esta transferencia, la Corte Suprema de Justicia ha indicado:

A dicho respecto, en afán de claridad, precisa ahora la Corte, el fiduciario “no recibe –ni se le transfiere- un derecho real integral o a plenitud”, para sí mismo, esto es, no adquiere el dominio para incorporarlo a su propio patrimonio sino para conformar un patrimonio autónomo y aplicarlo a la finalidad fiduciaria, pero para estos menesteres, la transferencia del derecho real es plena, integral y con todos sus caracteres.

[...]

En efecto, la propiedad transferida por el fiduciante y adquirida por el fiduciario está fuertemente limitada por su destinación única y exclusiva a las finalidades fiduciarias, circunscrita a éstas y, con ella se integra un patrimonio de afectación o destinación; [...] ¹⁷.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de diciembre de 2021. Exp. 05001 31 03 010 -2014 01068 01.

¹⁶ En similar sentido se ha pronunciado la doctrina al afirmar: «La fiducia es un contrato típico, principal y especial cuyos elementos esenciales son la transferencia o tradición real y efectiva de bienes del patrimonio del fideicomitente al fiduciario y la afectación del patrimonio autónomo, que con tal transferencia se produce, a una finalidad específica». Rengifo García, Ernesto. La fiducia mercantil y pública en Colombia. Universidad Externado de Colombia. 2012, p. 73.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de julio de 2008. Radicación número: 11001-3103-036-1999-01458-01.

En relación con el patrimonio autónomo que caracteriza a la fiducia mercantil la Corte Suprema de Justicia, ha señalado:

Efecto de la confianza, es la conformación de un patrimonio autónomo, separado e independiente al de las partes, afecto y destinado exclusivamente a la finalidad fiduciaria (M.B., V. *di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, 89; L.B., U.G., *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. D.*, Milano, 1982), cuya legitimación dispositiva, activa y pasiva, sustancial y procesal, para celebrar actos, negocios y contratos, adquirir derechos, contraer obligaciones, disponer de lo suyo, comprometer su responsabilidad y representarlo en juicio, ostenta *ministerium legis* el fiduciario¹⁸.

Asimismo, por expreso mandato legal, los bienes que integran el patrimonio autónomo no hacen parte del patrimonio de la fiduciaria, no integran la garantía general de sus acreedores y únicamente garantizan las obligaciones contraídas para el cumplimiento de la finalidad perseguida. Así, el artículo 1233 del Código del Comercio consagra:

ARTÍCULO 1233. SEPARACIÓN DE BIENES FIDEICOMITIDOS. Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo.

Esta Corporación ha interpretado la anterior norma de la siguiente manera:

[d]ebe tenerse claro que "los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida" y que, además, "para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo", aspecto al cual se suma que por disposición específica de la ley "será ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente, por causa del negocio fiduciario, el dominio de los bienes fideicomitidos"¹⁹.

En consecuencia: i) los bienes que constituyen el patrimonio autónomo deben utilizarse para la satisfacción de una finalidad específica, ya sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero; ii) el patrimonio autónomo no corresponde a una persona natural, jurídica o sociedad de hecho²⁰, y iii) con la celebración del

¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 1 de julio de 2009. Exp. 11001-3103-039-2000-00310-01.

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 3 de septiembre de 2020. Radicación número: 25000-23-37-000-2012-00328-00(20611).

²⁰ «Como se observa, los patrimonios autónomos no pueden calificarse como personas naturales, jurídicas o sociedades de hecho. Actúan a través de la sociedad fiduciaria, como vocera y

contrato de fiducia, el fideicomitente adquiere derechos fiduciarios, entendidos estos como «bienes inmateriales que representan la participación de este en el patrimonio autónomo»²¹.

e) La fiduciaria es la administradora y vocera del patrimonio autónomo: la fiduciaria «tiene la «personería» del patrimonio autónomo en todas las actuaciones para proteger y defender los bienes que lo conforman contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente»²².

En línea con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

Análogamente, el fiduciario en desarrollo del encargo de gestión adquiere la obligación de administrar o enajenar los bienes fideicomitados (artículos 1226 y 1234 Código de Comercio) sin convertirse en mandatario ni representante ordinario, tanto cuanto más que en la celebración de los actos, contratos y negocios jurídicos, actúa no en nombre ni por cuenta de otro, sino en su carácter de vocero del patrimonio autónomo con poder dispositivo del mismo para la finalidad fiduciaria y, por ello, en línea de principio, dicho patrimonio asume todos los efectos, riesgos, ventajas, utilidades y pérdidas, como la titularidad de los derechos y obligaciones²³.

De esta manera, es indiscutible que el fiduciario es «un gestor profesional de intereses ajenos, en cuanto actúa en representación de ese patrimonio autónomo». (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de septiembre de 200. Radicación número: 1100131030121991-15015-01).

f) La fiducia es esencialmente remunerada: Es de la «esencia de la fiducia mercantil la remuneración en favor del fiduciario»²⁴, por mandato del artículo 1237 del Código de Comercio.

administradora» Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 4 de octubre de 2018. Radicación número: 08001-23-33-001-2012-00237-01(21292).

²¹ *Ibidem*. Por su parte, la doctrina ha señalado los derechos fiduciarios en los siguientes términos: «En ese orden de ideas, en un sentido amplio, la expresión derechos fiduciarios podría servir para hacer referencia a los derechos originados en un contrato fiduciario reconocido por el ordenamiento colombiano, de los cuales es titular el sujeto de derecho que tiene la calidad de fideicomitente o constituyente, o de beneficiario, en el negocio fiduciario respectivo. No obstante, en la práctica de la industria fiduciaria colombiana se emplea comúnmente una acepción restringida del término derecho fiduciario, según la cual corresponde al derecho personal de contenido económico del que es titular el beneficiario, vinculado a los bienes objeto del negocio fiduciario, que lo faculta para exigir al fiduciario la entrega del beneficio generado en la ejecución del contrato y el cumplimiento de su finalidad». Varón Palomino, Juan Carlos y Abella Abondano, Germán Darío. Derechos fiduciarios y mercado de valores. Universidad de los Andes, Asociación de Fiduciarias, 2013, pp. 4-5.

²² Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 4 de octubre de 2018. Radicación número: 08001-23-33-001-2012-00237-01(21292).

²³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de julio de 2008. Exp. 11001-3103-036-1999-01458-01.

²⁴ Rengifo García, Ernesto, op. cit., pág. 80.

2.6. Conclusiones sobre el régimen jurídico

Revisadas las normas aplicables a los contratos de administración de patrimonios autónomos de los recursos del Fonpet, se puede afirmar que son contratos estatales sometidos a las Leyes 549 de 1999, 80 de 1993 y el Código de Comercio, en relación con las normas imperativas de la fiducia mercantil, así como a los decretos reglamentarios correspondientes. En cuanto a la contraprestación del contratista, se deberá seguir lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 1450 de 2011 y el decreto reglamentario 1094 de 2012, y aquellas normas que los modifiquen o adicionen.

Lo anterior indica que la autonomía de la voluntad en esta clase de contratos se encuentra claramente limitada por las normas imperativas citadas en precedencia que predeterminan la modalidad de selección -licitación pública-, los pliegos de condiciones, la adjudicación, celebración, ejecución y liquidación de los contratos, sus adiciones o prórrogas, así como el objeto y su contraprestación, entre otros aspectos relevantes para este concepto.

Dilucidado el régimen jurídico aplicable a los contratos de administración de los recursos del Fonpet, pasará la Sala a analizar el valor en tales acuerdos de voluntades.

3. El valor en los contratos de administración de patrimonios autónomos de los recursos del Fonpet: la remuneración consistente en la comisión pactada

En términos generales, el valor de un contrato se entiende referido a la contraprestación que se fija a favor de una de las partes por la realización de la prestación prevista en el objeto contractual. Así, en un contrato de compraventa, el valor del contrato corresponde al pago que realiza una de las partes por la cosa vendida (art. 1849 C.C.).

El artículo 41 de la Ley 80 de 1993, dispone que los «contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito».

Por su parte, el artículo 25 de la Ley 1450 de 2011 establece que los administradores de los recursos del Fonpet recibirán como contraprestación una comisión por la gestión encomendada, en los términos que fueron explicados por la Sala.

Como se advirtió en puntos anteriores, al aludir a la caracterización del contrato de fiducia mercantil, es claro que el fiduciario tiene derecho a una remuneración por la gestión realizada (artículo 1237 del Código de Comercio), aspecto que resulta concordante con lo establecido en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993,

que establece que uno de los derechos del contratista es «recibir oportunamente la remuneración pactada».

Descendiendo al caso concreto, en el artículo 4 del Decreto Reglamentario 1044 del 2000, explicado en el numeral anterior, en la etapa previa a la apertura de la licitación, el MHCP calculará en forma aproximada, de acuerdo con sus estimativos y proyecciones, el monto de los recursos a administrar.

Por su parte, los proponentes en sus ofertas deberán indicar el monto máximo de los recursos que administrarían para cada uno de los años señalados en el pliego de condiciones, tomando en cuenta los datos suministrados en calidad de estimativos y proyecciones, siempre que su margen de solvencia sea suficiente.

Así las cosas, en el pliego de condiciones de la licitación pública 06 de 2012, se aprecia que la cantidad variable la constituían los recursos a administrar y los rendimientos que se generarían sobre ese capital, y es en ese contexto que se entendería «valor estimado» del contrato, o que «**para efectos fiscales** los contratos son de cuantía indeterminada, pero determinable», según la aseveración del numeral 1.12 del mencionado pliego de condiciones, al aludir al «presupuesto oficial estimado» y a la «proyección de los recursos». (Se resalta).

En este sentido, se observa que en el numeral 7.2. «Etapa de Adjudicación» al fijar los elementos que constituyen la oferta de cada proponente se dijo que correspondían a «calidad y precio», del cual se derivaría un puntaje conforme a la fórmula allí señalada. En cuanto al precio se estableció que correspondía a:

$$\text{Precio: } (4.0\% - \text{Oferta}) / (4.0 - \text{OfertaMin})$$

donde,

Oferta: corresponde a la oferta de comisión a cobrar por parte del proponente, expresada como un porcentaje de los rendimientos obtenidos con un único decimal.

OfertaMin: corresponde a la oferta de comisión a cobrar más baja dentro de todas aquellas enviadas por los proponentes. (Se subraya)

De esta manera, se aprecia que la cantidad variable en los contratos objeto de consulta la constituían los recursos a administrar y los rendimientos que se generarían sobre ese capital, según los estudios para la configuración del pliego de condiciones y el proceso de selección correspondiente, de allí que se acuda a la locución «valor estimado».

Superada la etapa de selección y encontrándose las partes al momento de la celebración del contrato, para ellas era claro que: *i)* los servicios del administrador

tendrían como contraprestación el pago de una «comisión» sobre los «rendimientos brutos obtenidos trimestralmente en la gestión de los recursos del patrimonio autónomo», cuyo cálculo y deducción se fijarían detalladamente en el contrato, y *ii*) que esas comisiones están sometidas a un tope legal, pues según lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1450 de 2011, los gastos administrativos que se financian con cargo al fondo, entre los cuales se incluyen las comisiones a favor de los administradores del Fonpet, «no podrán superar un 8% de los rendimientos que generen estos recursos».

Dicho lo anterior, se pasa a revisar las cláusulas tercera y cuarta del contrato 6.001-2012, que según la entidad consultante corresponden a estipulaciones similares frente a todos los contratos celebrados. En estas cláusulas se acuerda el valor estimado del contrato y la remuneración al administrador de los recursos del Fonpet, en los siguientes términos:

Cláusula tercera. Valor. El valor estimado del presente contrato será hasta la suma de sesenta y nueve mil novecientos cincuenta millones de pesos moneda corriente (\$69.950.000.000,00), correspondiente al monto total de las comisiones proyectadas que se causen a favor de la administradora durante el término de su vigencia (Mayúsculas suplidas, paréntesis textual. Subraya la Sala).

Cláusula cuarta. Comisión – Remuneración. La remuneración de la administradora consistirá en la comisión adjudicada sobre los rendimientos brutos obtenidos trimestralmente en la gestión de los recursos del patrimonio autónomo, esto es del cero punto nueve por ciento (0.9%). Para el cálculo y deducción de la comisión se tendrán en cuenta las siguientes reglas (...) [Mayúsculas suplidas, paréntesis textual, subraya la Sala].

En las cláusulas transcritas no se fija el monto de los recursos a administrar, ni se puede inferir cuáles serían los rendimientos esperados; se trataría de una cantidad variable constituida por los recursos a administrar y los rendimientos que se generarían sobre ese capital, y es en ese contexto que se entiende «valor estimado» del contrato.

No obstante, resulta cierto que las partes acordaron la remuneración en el texto del contrato, fijando la comisión en un porcentaje (0,9%) sobre los rendimientos brutos obtenidos, pero dentro de un límite previsto en el valor estimado del contrato, el cual se estableció que este no superaría los \$69.950.000.000,00., monto que correspondería al valor máximo del contrato durante su plazo de ejecución.

Como se recordará, la autonomía de la voluntad de las partes se encuentra limitada en este aspecto, pues la Ley 1450 de 2011, fija un tope legal para los gastos de administración del Fonpet, incluidos en ellos las comisiones por la administración de los recursos. La observancia de esa norma imperativa vincula la manifestación de la voluntad de las partes, de allí que estas utilicen la preposición «**hasta** la suma

de...», que, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua «Indica el límite máximo de una cantidad variable. Estaba dispuesta a pagar hasta sesenta euros»²⁵.

En consecuencia, el valor del contrato 6.001-2012 y la remuneración, correspondiente a la comisión, están relacionadas directamente, de lo cual se sigue que el valor máximo del contrato es la suma de \$69.950.000.000,00., que se abonará en función de la prestación ejecutada y según lo pactado.

Ahora, puede suceder que el monto de la contraprestación sea menor, pues no puede pasarse por alto que respecto de los recursos administrados se exige una rentabilidad mínima, que debe ser verificada por la Superintendencia Financiera con base en los requerimientos técnicos exigidos por esa autoridad y que para ello los administradores deben remitir un informe con las cifras y cálculos requeridos, aspectos que se detallan exhaustivamente en el literal d) de la cláusula cuarta del contrato 6.001-2012.

Dicha rentabilidad mínima, que se exige en la ley y se pactó en el contrato, también incide en la causación de la comisión a favor de los administradores, pues en el literal b) de la citada cláusula se estipula:

b) cuando la entidad administradora no cumpla con la rentabilidad mínima establecida en las normas vigentes deberá restablecerla en la forma en que estas lo indiquen. En caso de que la ADMINISTRADORA tuviese pendiente el pago de algún saldo generado en el incumplimiento de la rentabilidad mínima establecida en el numeral 3 de las obligaciones de la ADMINISTRADORA, la comisión se entenderá abonada al pago de dicho déficit y hasta concurrencia del mismo, si fuere el caso. (Mayúsculas textuales)

Así las cosas, el monto pactado a título de comisiones puede ser compensado en caso de incumplimientos parciales de la rentabilidad mínima, cuando en periodos posteriores se ajuste dicha rentabilidad y se cubra el déficit correspondiente durante el plazo del contrato. En todo caso, el MHCP es el único que podrá autorizar la deducción de las comisiones causadas, previa la verificación de toda la información para el efecto y «*solo en el caso en que se obtengan rendimientos*», tal como lo disponen los dos incisos finales de la cláusula cuarta del contrato, y el numeral 2 de la cláusula séptima *ibidem*.

Al estar atadas las comisiones a la rentabilidad de los recursos administrados, existe un riesgo financiero del cual son conscientes las partes contratantes, por tratarse de profesionales en este tipo de negocios, con mayor razón cuando los contratistas son instituciones financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera.

²⁵ «Hasta. 1. prep. Indica el límite final de una trayectoria en el espacio o en el tiempo. Trabajan hasta las tres. Llegaremos hasta la cima

2. prep. Indica el límite máximo de una cantidad variable. Estaba dispuesta a pagar hasta sesenta euros.» <https://dle.rae.es/hasta?m=form>. Consultado el 29 de enero de 2024.

Esta afirmación se confirma con la lectura de la cláusula octava del contrato 6.001 – 2012, relativa a la «distribución de los riesgos en la ejecución» de ese negocio, cuando se tipifica, asigna y estima el **riesgo financiero** de la siguiente manera:

Tipo de Riesgo	Tipificación	Asignación	Estimación del Riesgo Impacto/probabilidad de ocurrencia
Financiero	«Disminución o pérdida de la comisión por pérdidas en el portafolio con ocasión de movimiento de precios en el mercado».	«Administradoras»	«Medio/Medio»

Lo pactado se entiende en una mayor dimensión cuando se analiza el pliego de condiciones de la licitación pública 06 de 2012, que al respecto dispuso:

5.7.4. Tipificación, estimación y asignación del riesgo de la contratación

Para los efectos del presente proceso de selección, son riesgos previsibles los siguientes:

La administración de los recursos del Fonpet por parte de los contratistas conlleva los siguientes riesgos previsibles que tienen su origen en el régimen legal del Fondo:

-Rentabilidad mínima: Las administradoras de recursos del Fonpet deberán cumplir con la rentabilidad mínima definida en las normas vigentes. En caso de incumplimiento, la administradora deberá completar con sus propios recursos el monto necesario para cubrir dicha rentabilidad.
 (...)

-Comisión de administración: En la medida en que la comisión de administración se calcula como un porcentaje de los rendimientos generados por los recursos administrados, esta se verá afectada por los movimientos en los precios de mercado de los activos bajo administración. De hecho, el pago de la comisión de administración solo se causa cuando los recursos administrados generen rendimientos positivos en el periodo evaluado que corresponda a la rentabilidad mínima exigida por la Ley. (Mayúsculas suplidas. Se subraya).

Conscientes del mencionado riesgo, las partes acordaron la remuneración en el texto del contrato en un porcentaje (0,9%) sobre los rendimientos brutos obtenidos, cuyo límite máximo no superaría los \$69.950.000.000,00., durante la vigencia de este. Es claro que ese valor puede llegar a ser menor, pues el contratista asume el riesgo financiero, conforme a lo pactado en el contrato.

Este riesgo (margen de incertidumbre) de que la comisión sea menor es lo que llevaría al ministerio consultante al entendimiento de que el valor del contrato es «indeterminado pero determinable» y que se aluda a la locución «valor estimado». No obstante, puede sostenerse que respecto del contrato 6.001-2012 el valor no puede superar los \$69.950.000.000,00, límite máximo de la contraprestación a favor del contratista, durante el plazo del contrato previsto inicialmente.

El entendimiento de que es un valor estimado con un límite máximo se ve reflejado en otras estipulaciones del contrato, como por ejemplo en la cláusula novena sobre garantías, en la cual se aprecia que el riesgo de «cumplimiento general de las obligaciones contractuales» corresponde a una cuantía equivalente al 10% del «valor del contrato, es decir por la cantidad de seis mil novecientos noventa y cinco millones de pesos moneda corriente (\$6.995.000.000)» [Mayúsculas suplidas, paréntesis textual].

En esa misma cláusula el riesgo de «calidad del servicio, puesta a disposición del Fonpet» la garantía también debe cubrir el 10% del «valor del contrato, es decir por la cantidad de seis mil novecientos noventa y cinco millones de pesos moneda corriente (\$6.995.000.000)» [*ibidem*]. Y respecto al riesgo de «pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones», el valor de la garantía es del 5% del valor del contrato.

Como puede verse, las partes toman como valor del contrato para las garantías exigibles, el valor máximo determinado en la cláusula tercera de \$69.950.000.000,00, aspecto que no es de poca monta, pues como se sabe el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 exige la aprobación de las garantías para la ejecución del contrato.

En consecuencia, el valor del contrato 6.001 – 2012, debe corresponder a lo pactado como contraprestación en las cláusulas tercera, cuarta y novena *ibidem*, esto es, un máximo de \$69.950.000.000,00.

Expuesto lo anterior, y en consideración a que en los antecedentes de la consulta se alude a la adición del valor y prórroga de los contratos estatales de administración de los recursos del Fonpet, pasará la Sala a revisar tales aspectos.

4. La adición del valor y prórroga de los contratos estatales de administración de los recursos del Fonpet. Alcance del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, frente a esta clase de contratos

La Sala realizó en el Concepto 2473 de 2022 un análisis detallado sobre las nociones adición y prórroga de los contratos estatales, estudio al cual se remite en su integridad. Para la presente consulta retomará los aspectos esenciales de dicho concepto en esas materias, en orden a resolver las inquietudes planteadas respecto los contratos de administración de los recursos del Fonpet.

4.1. La adición del contrato estatal. Noción de «valor inicial»

Al respecto, sea lo primero señalar que la Ley 80 de 1993 no regula, como tampoco lo hacía el Decreto Ley 222 de 1983, qué es un contrato modificatorio ni una adición del contrato, de tal manera que la labor de determinar al alcance de

estas figuras ha quedado en manos de la jurisprudencia, de la función consultiva del Consejo de Estado²⁶ y de la doctrina nacional.

La adición del contrato estatal representa un tema jurídico de amplias aristas, razón por la cual, la Sala se limitará en este acápite a mencionar los aspectos relevantes para el objeto de la consulta: esto es, lo relativo al límite previsto en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y el alcance del valor inicial de los contratos estatales como parámetro para determinar el referido límite legal, norma que conviene recordar:

Artículo 40.- Del contenido del contrato estatal. [...] Parágrafo. - [...]

Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado este en salarios mínimos legales mensuales. [Subraya la Sala].

Esta norma se refiere, de manera general, a los contratos estatales²⁷, entendiéndose por estos los que se encuentran comprendidos dentro de la definición que trae el artículo 32 de la misma ley, entre los que se incluye los contratos de administración de patrimonios autónomos de los recursos del Fonpet, tal como fue explicado en numeral 2 de este concepto.

Así las cosas, el límite establecido en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 rige, por regla general, para todos los contratos estatales, sin perjuicio de la existencia de reglas especiales o de excepciones previstas para determinados tipos de contratos.

²⁶ Cfr. Sobre el concepto de modificación y adición de contratos también puede verse el Concepto del 17 de marzo de 2016. Exp. 2263, de la Sala de Consulta y Servicio Civil.

²⁷ Cabe anotar en este punto, que con motivo de la pandemia ocasionada por el COVID-19, el Gobierno nacional exceptuó del límite de adición, los contratos estatales dirigidos a atender y mitigar la situación presentada por dicho fenómeno. En efecto, el artículo 8° del Decreto Legislativo 440 de 2020, «Por el cual se adoptan medidas de urgencia en materia de contratación estatal, con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la Pandemia COVID-19», dispuso lo siguiente:

«Artículo 8°. Adición y modificación de contratos estatales. Todos los contratos celebrados por las entidades estatales que se relacionen con bienes, obras o servicios que permitan una mejor gestión y mitigación de la situación de emergencia, podrán adicionarse sin limitación al valor. Para este propósito, la Entidad Estatal deberá justificar previamente la necesidad y la forma como dichos bienes y servicios contribuirán a gestionar o mitigar la situación de emergencia.

Igualmente, esta disposición se aplicará a los contratos que se celebren durante el término de la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica y durante el término que dicho estado esté vigente.

Una vez termine el estado de emergencia económica, social y ecológica, no podrán realizarse nuevas adiciones en relación con estos contratos, salvo aquellos que no hayan superado el tope establecido en el inciso final del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993».

La Corte Constitucional declaró exequible este artículo, mediante la sentencia C-162 del 4 de junio de 2020.

Las entidades estatales, en observancia de los principios de transparencia, publicidad, libertad de concurrencia e igualdad de concurrencia que rigen la contratación estatal, deben prever, al celebrar los contratos estatales, que el valor acordado cubra, de forma completa y adecuada, el objeto del contrato, según la obra o el servicio de que se trate, de acuerdo con los cálculos y proyecciones hechas para alcanzar la realización plena de dicho objeto.

Sin embargo, a pesar de la planeación y los estimativos efectuados, en ocasiones surgen circunstancias especiales ajenas al contratista, que ameritan ser tenidas en cuenta para lograr los fines del contrato estatal y, por tanto, si dado el caso, se observa la insuficiencia del valor acordado, es claro que se presenta la necesidad de adicionar el valor del respectivo contrato y se debe proceder a la aplicación de esta figura legal.

La Sala de Consulta y Servicio Civil, en diversas oportunidades, se ha pronunciado sobre la interpretación de la «adición del contrato estatal» en torno a la aplicación del límite previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 para los contratos de obra pública a precio unitario, como puede apreciarse en los Conceptos 1439 de 2002 y 1920 de 2008. En este último, al interpretar la citada norma sostuvo que las expresiones «adicionar» y «valor inicial», tienen un significado común:

Para la Sala no hay duda acerca de que el vocablo «adicionar» que emplea la norma supone que se trata de un contrato al que debe agregarse algo; y su límite está expresado en un porcentaje del «valor inicial», que corresponde a la suma convenida en el contrato como valor de éste, expresada en salarios mínimos mensuales legales, pues éstos permiten una actualización de ese valor, con lo cual es factible que la suma que se adicione al precio pactado en el contrato original exceda el monto de dicho «valor inicial» expresado en términos absolutos. [*Ibidem*].

Recientemente, en el Concepto 2473 de 2022, al resolver una consulta sobre el contrato de concesión, la Sala precisó algunos aspectos en relación con lo que debería entenderse por valor inicial del contrato en los términos del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

Afirmó la Sala que, para el valor del contrato de concesión se deben tener en cuenta la aplicación de diversas variables financieras que inciden en su ejecución, las cuales son individualizadas por la Administración al momento de fijar el valor estimado del contrato y luego son expresadas en la fórmula sobre el valor del contrato previstas en su clausulado y aplicadas a lo efectivamente ejecutado durante la concesión.

En criterio de la Sala, el valor de los contratos de concesión corresponde, en términos generales, a los ingresos totales recibidos por la realización del objeto de la concesión y que se generan durante el plazo contractual. No obstante, en cada caso, es necesario determinar lo que establecieron las partes, pues de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, estos contratos, por

su naturaleza, se caracterizan por tener un valor del contrato indeterminado pero determinable.

Ahora bien, para la presente consulta es preciso indicar que las distintas variables que configuran el valor de un contrato de concesión cambian frente a otro tipo de contratos, pero, en general, tratándose de negocios de tracto sucesivo y onerosos como el contrato de fiducia mercantil, deberá tenerse en cuenta el modelo financiero del negocio, los ingresos y egresos que se proyectan realizar en el contrato y el plazo o duración del mismo, y en este caso puntual, todos los elementos económicos de los contratos de administración de recursos del Fonpet, aspectos que fueron explicados en puntos anteriores de este concepto.

Bajo las consideraciones planteadas, en el Concepto 2473 la Sala reiteró que, en principio, el «valor inicial» es aquél estimado o pactado en el contrato original, a efectos de aplicar el límite previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

En consecuencia, como las partes del Contrato 6.001-2012 pactaron como contraprestación en las cláusulas tercera, cuarta y novena *ibidem*, la suma límite de \$69.950.000.000,00., este monto servirá de base como «valor inicial» del mencionado contrato.

Ahora, como lo ha sostenido la Sala en los conceptos citados, el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, establece un límite o tope para la adición, por lo tanto, es una norma de carácter prohibitivo, que además está delimitada por los principios que gobiernan la contratación pública, por lo que no puede ser interpretada como una autorización abierta o general para adicionar los contratos estatales.

El carácter prohibitivo de la norma citada puesto de presente por la Sala es compartido por diferentes autores. Al respecto, se destaca el siguiente criterio:

Una primera conclusión a que se llegaría después de la lectura de esta disposición es que más que una autorización para suscribir contratos adicionales, lo que ella contiene es una prohibición para adicionar el valor inicial del contrato en más de un 50%. Esta forma normativa de presentación no es casuística, sino que denota algo fundamental. Ello es que la adición de los contratos es excepcional porque lo lógico y normal es que el objeto pactado cubra todo lo que la entidad requiere y que el precio corresponde a ese objeto. En estricto rigor la adiciones por falta de previsión o adecuados estudios repugnan a un adecuado principio de planeación, y si bien en aras de la tutela del interés público podrían ser de recibo, deben generar también responsabilidad para los servidores públicos comprometidos. Esa excepcionalidad debe presidir el análisis de la figura²⁸.

²⁸ Dávila, L. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera Edición. 2016. Editorial Legis, Bogotá. p. 589.

De esta manera, la Sala en el Concepto 2473 de 2022, retomando lo dicho en el concepto 2148 de 2013, sostuvo lo siguiente:

De la jurisprudencia y la doctrina citadas se puede concluir que la adición de los contratos estatales consiste en una modificación a los mismos, efectuada por las partes, de común acuerdo, o unilateralmente por la entidad estatal, para: (i) agregar al objeto inicial del contrato bienes, obras, servicios o actividades no previstas inicialmente en dicho objeto, pero que guardan una estrecha relación con el mismo y se requieren para su debida ejecución y, en últimas, para el logro de la finalidad perseguida con el contrato, y/o (ii) modificar el precio del contrato, entendido éste como el precio global acordado, los precios unitarios, el valor de los honorarios reconocidos al contratista etc., según la modalidad de remuneración acordada, siempre que dicho ajuste tenga un fundamento legal, técnico y económico, y no se trate de la simple actualización de los precios estipulada inicialmente por las partes (cláusulas de actualización o reajuste de valor) o de la revisión de los mismos por el acaecimiento de hechos sobrevinientes extraordinarios o imprevisibles (teoría de la imprevisión, hecho del príncipe etc.).

En esta medida, la Sala sostiene que la noción de adición del valor del contrato estatal se refiere, en términos generales, a un aumento del valor pactado en el contrato, que implica una modificación a las condiciones originariamente previstas²⁹.

Desde este punto de vista, es importante señalar que, conforme a la doctrina de la Sala y la posición mayoritaria de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la modificación de los contratos estatales debe respetar la sustancia del contrato celebrado, su esencia y la de su objeto, es decir, tiene como límite el cambio de objeto o el tipo de contrato³⁰.

En síntesis, existe una posición mayoritaria en la doctrina de la Sala de Consulta y Servicio Civil y en parte de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que concluye que la adición del valor de los contratos estatales, a que se refiere el inciso segundo del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, se admite en dos casos: *i*) para agregar al objeto inicial del contrato bienes, obras, servicios o actividades no previstas inicialmente en dicho objeto, en las condiciones mencionadas en la celebración del negocio, y/o *ii*) para modificar el

²⁹ La Ley 1508 de 2012, «Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones», establece en los artículos 13, 18 y 21 límites a la adición y prórrogas de los contratos celebrados bajo esta modalidad.

Dado que el caso consultado no corresponde a ese tipo de negocios jurídicos, la Sala simplemente desea resaltar que la Ley 1508, al referirse a la adición o prórroga de los contratos celebrados a través de APP, utiliza el vocablo «valor del contrato originalmente pactado», el cual podría considerarse un equivalente al «valor inicial» utilizado por el artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

³⁰ Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de junio de 2012. Exp. 23966 y Sentencia del 29 de mayo de 2013. Radicación núm. 76001-23-31-000-1997-25178 01(27926). C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

valor del contrato, también en las condiciones establecidas en dicha celebración (valor inicial).

4.2. La adición del valor en los contratos estatales de administración de los recursos del Fonpet – Contrato 6.001-2012

De conformidad con lo informado por el MHCP en el escrito de consulta y sus anexos, las cláusulas de los contratos mencionados son similares a las estipuladas en el contrato 6.001 – 2012, las cuales fueron analizadas por la Sala en el numeral 3 de este concepto. Así mismo con la consulta se anexó el documento de justificación del otrosí 5, en donde constan las adiciones en el valor de dicho contrato. De esta manera, allí se indica:

Valor del contrato original: sesenta y nueve mil novecientos cincuenta millones pesos moneda corriente (69.950.000.000,00)

Plazo: cinco (5) años.

Fecha de suscripción: 6 de noviembre de 2012

Fecha iniciación: 20 de noviembre de 2012

Fecha terminación: 19 de noviembre de 2017

(...)

Otrosí No. 1: mediante el cual se prorrogó el plazo de ejecución hasta el día 19 de febrero de 2019 y se adicionó el valor del contrato hasta por la suma de \$11.680.321.571,00 moneda corriente, para un total de hasta \$81.630.321.571,00 moneda corriente.

Otrosí No. 2: mediante el cual se prorroga el plazo de ejecución hasta el día 19 de noviembre de 2019.

Otrosí No. 3: mediante el cual se prorrogó el plazo de ejecución hasta el día 19 de marzo de 2020 y se adicionó el valor del contrato hasta por la suma de \$10.515.560.780,00 moneda corriente, para un total de hasta \$92.145.882.351,00 moneda corriente.

Otrosí No. 4: mediante el cual se prorrogó el plazo de ejecución hasta el día 19 de enero de 2021 y se adiciono el valor del contrato hasta por la suma de \$17.497.738.089,00 moneda corriente, para un total de hasta \$109.643.620.430,00 moneda corriente

2. SOLICITUD DE MODIFICACIONES:

Otrosí No. 5: mediante el cual se realizan las siguientes modificaciones

Se prorroga el plazo de ejecución del contrato No. 6001 – 2012.

Nueva (sic) plazo 19 noviembre de 2021

Valor: \$11.555.012.330,00

Nuevo valor del contrato: \$121.198.632.760,00

En consecuencia, de la prórroga antes señalada, se adiciona el valor del contrato, determinado en la Cláusula Tercera, hasta en la suma de \$11.555.012.330,00 correspondiente al monto total de la comisión proyectada, para los diez meses siguientes al 19 de enero de 2021, de conformidad con la comisión señalada en la cláusula cuarta del contrato (...). [Mayúsculas y negrilla suplidas. Subraya la Sala]

Con base en los datos transcritos se tiene que respecto del Contrato 6.001 – 2012, se han pactado modificaciones al plazo contractual -prórrogas- y al valor estipulado, las cuales se reflejan en un aumento de su valor, es decir, incrementando el precio originalmente previsto³¹.

Así las cosas, si el valor inicial del contrato es **\$69.950.000.000,00.**, puesto que constituye el límite máximo de la contraprestación a favor de la administradora, como lo determinó la Sala en el numeral 3 de este concepto, suma que coincide con lo que el MHCP denomina «Valor del contrato original», la adición del valor de ese contrato debe observar la restricción contenida en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, según la cual «los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales».

Para la Sala, lo que el MHCP denomina «Valor del contrato original», es equivalente a la expresión «valor inicial», prevista en el mencionado parágrafo.

En el citado documento de justificación del otrosí 5 al Contrato 6.001 – 2012, el MHCP también entendía que el valor inicial del contrato era **\$69.950.000.000,00.**, y en sus cálculos -los cuales no corresponde a la Sala avalar o controvertir-, era manera inminente el acaecimiento del límite previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, según se transcribe a continuación:

5. Porcentajes que determinan la viabilidad de la modificación:

Adiciones:

Valor inicial (sic) del contrato en smmlv: 123.433.92

Valor de las adiciones en smmlv: 61.183.22

Porcentaje total de las adiciones: 49.57% [Ibidem]

En consecuencia, las adiciones acordadas sobre el valor («inicial u original», en los términos precedentes) del contrato 6.001-2012, convertido a salarios mínimos

³¹ La Ley 1508 de 2012, «Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones», establece en los artículos 13, 18 y 21 límites a la adición y prórrogas de los contratos celebrados bajo esta modalidad.

Dado que el caso consultado no corresponde a ese tipo de negocios jurídicos, la Sala simplemente desea resaltar que la Ley 1508, al referirse a la adición o prórroga de los contratos celebrados a través de APP, utiliza el vocablo «valor del contrato originalmente pactado», el cual podría considerarse un equivalente al «valor inicial» utilizado por el artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

legales mensuales vigentes en la fecha de su suscripción, en ningún caso podían superar el 50% del valor inicial del contrato determinado en la cláusula tercera de ese acuerdo de voluntades.

Ahora, comoquiera que en la información suministrada por el MHCP se alude a la prórroga en el plazo de ejecución del contrato, pasa la Sala a analizar esa materia.

4.3. El plazo en los contratos estatales y su prórroga

4.3.1. Concepto de plazo en las obligaciones y en los contratos, en general

Como punto de partida la Sala retomará el análisis realizado en el Concepto 2473 de 2022. Así, conviene recordar que, en materia de obligaciones, se distingue entre las que se denominan «puras y simples» y aquellas otras que se encuentran sujetas a «modalidades». Dentro de estas últimas, se encuentran las obligaciones sujetas a condición, a plazo o a modo.

El artículo 1551 del Código Civil define el plazo como «la época que se fija para el cumplimiento de la obligación», el cual «puede ser expreso o tácito». Este último es el indispensable para cumplir la obligación.

En relación con el plazo, en el citado concepto se señalaron dos características esenciales que debe tener y que permiten distinguirlo de otras figuras jurídicas, como la condición: *i)* debe ser un hecho futuro, esto es, no puede ser un acontecimiento presente ni pasado, y *ii)* ha de ser cierto, es decir, debe consistir en un hecho que indefectiblemente vaya a suceder, aunque no se sepa cuándo (como la muerte de una persona).

Desde este punto de vista, el plazo puede ser determinado (como una fecha futura) o indeterminado, pero determinable. No obstante, en ambos casos, debe existir certeza sobre su acaecimiento.

Con respecto al plazo *extintivo, resolutorio o final*, la doctrina acepta que dicho plazo existe, aunque no esté mencionado ni regulado en el Código Civil, y se refiere al hecho futuro y cierto que extingue o pone fin a la obligación, es decir, el momento *hasta el cual* el deudor se encuentra obligado a ejecutar la prestación. Como es entendible, esta clase de plazo se aplica, generalmente, en aquellas obligaciones denominadas de *ejecución o tracto sucesivo*, o de *ejecución diferida*, que son aquellas en las que la prestación no se agota en un solo acto, sino en una secuencia de actos sucesivos y homogéneos, como sucede con las derivadas de los contratos de arrendamiento, de obra o de prestación de servicios, entre otros, o con las obligaciones negativas (de abstención). En tales casos, la obligación del deudor subsiste *hasta* la llegada del plazo acordado o previsto en la ley, y se extingue a partir de ese momento, sin que ello implique, en ningún caso, [valga la

pena aclarar] la condonación o terminación de las obligaciones que han debido cumplirse, con anterioridad³².

Lo explicado hasta ahora, pone de manifiesto que la definición y las características generales del plazo, derivadas de las normas del Código Civil, deben complementarse con los preceptos especiales que en esta materia contiene la Ley 80 de 1993, junto a lo explicado sobre aquellas por la jurisprudencia y la doctrina.

4.3.2. El plazo en los contratos estatales

Al revisar la Ley 80 de 1993, con las modificaciones efectuadas por las Leyes 1150 de 2007³³ y 1474 de 2011³⁴, principalmente, en relación con las normas generales sobre los contratos estatales, se puede deducir que regula directamente el plazo para la liquidación de los contratos estatales que requieren de dicha diligencia³⁵, pero solo se refiere tangencialmente al plazo de ejecución o cumplimiento del contrato. En relación con este último, permite vislumbrar, en todo caso, que se relaciona con el término de ejecución de las obligaciones derivadas de ese acuerdo de voluntades.

No obstante, para la Sala resulta indispensable recordar, en este punto, lo prescrito por el artículo 40 de la Ley 80 de 1993³⁶, que autoriza expresamente a las entidades estatales para celebrar los contratos y demás acuerdos (convenciones) que permite el principio de la autonomía de la voluntad y que se requieran para el cumplimiento de los fines estatales. También las faculta para incluir, en dichos actos jurídicos, las «modalidades», condiciones y demás cláusulas que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución Política, a la ley, al orden público, a los principios y finalidades previstos en la Ley 80, ni a los de la buena administración; todo ello, sin perjuicio de las estipulaciones que deben entenderse incorporadas, por virtud de la ley, en cada tipo de contrato, de acuerdo con las normas civiles, comerciales

³² HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones, tomo I. Tercera edición. Universidad Externado de Colombia, 2007. Páginas 911 y 912.

³³ Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

³⁴ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

³⁵ Artículo 11 Ley 1150.

³⁶ **Artículo 40. Del contenido del contrato estatal.** Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

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

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración. [...] [Se subraya].

Radicación interna: 2512

y demás que los regulen, por tratarse de elementos de su esencia o de su naturaleza.

Dentro de esas cláusulas que las partes pueden pactar en los contratos estatales, para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, y, particularmente, dentro de las «modalidades» que la norma menciona, debe entenderse incluido el plazo de ejecución del contrato que, como ya se mencionó, corresponde al plazo de ejecución de las obligaciones derivadas de ese acto jurídico, que, tal como se explicó, puede ser suspensivo o extintivo, y constituye una de las modalidades en las que puede pactarse el cumplimiento de las obligaciones, junto con la condición y el modo.

Acerca de las clases de plazo y sus efectos sobre la ejecución de las obligaciones contractuales y la extinción del vínculo jurídico que ata a las partes, el Consejo de Estado manifestó lo siguiente³⁷, en la cual también hizo alusión a la jurisprudencia previa de la misma corporación:

Legalmente -art. 1551, C.C.- el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación. Y según sus efectos, el mismo puede ser suspensivo o extintivo, siendo el primero aquel cuyo cumplimiento marca la exigibilidad de la obligación y el ejercicio del derecho, pues antes se suspenden tanto la una como el otro, pero una vez llega el término fijado, se puede ejercer el derecho y se toma exigible la obligación; y el segundo, aquel durante el cual el derecho puede ser disfrutado pero una vez se cumple, el mismo desaparece o se extingue, como sucede, a título de ejemplo, con el contrato de arrendamiento. En los contratos estatales, como el que es objeto de la presente controversia, por lo general el plazo es de la primera modalidad, es decir, suspensivo, pues obedece al término que se pacta para ejecutar las prestaciones objeto del contrato, y las obligaciones se hacen exigibles una vez culmina el mismo. De igual manera, el cumplimiento del plazo acordado por las partes, que es el que se considera como necesario y suficiente para la ejecución del objeto contractual, marca el momento de la terminación del contrato y el inicio de la etapa de liquidación. En relación con el plazo de ejecución de los contratos, ha dicho la jurisprudencia:

[D]e otra parte, no se desconoce que en los contratos cuya ejecución se prolonga en el tiempo (verbigracia el de obra pública), el vencimiento del plazo contractual no representa la extinción ipso jure de los mismos, por lo cual la ley prevé un plazo para liquidarlos, precisamente, con el objetivo de extinguirlos, pues una cosa es que termine el plazo de ejecución y otra, muy distinta, que termine el vínculo contractual.

Tampoco pasa inadvertido que a la terminación del plazo de ejecución, la Administración debe verificar si la obligación de dar, hacer o no hacer sobre la que versa el contrato se ha cumplido en su totalidad, para dar paso a su liquidación, etapa en la que se realizará una verificación o control del cumplimiento del objeto contractual y se efectuará el balance económico a que

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 19 de febrero de 2021, radicación 25000-23-26-000-2010-00975-01(47774).

Radicación interna: 2512

haya lugar, de mutuo acuerdo por las partes o unilateralmente por la Administración en caso de renuencia del contratista para hacerlo³⁸.

De acuerdo con lo anterior, el hecho de que la administración, con posterioridad al vencimiento del plazo pactado, acceda a que el contratista continúe realizando distintas labores, no se traduce en una prórroga o adición de dicho término; como lo ha dicho la jurisprudencia, "(...) el hecho de que se pueda recibir o aceptar en mora el cumplimiento de la obligación, no puede ser entendida como una extensión regular del plazo previsto en el contrato para ejecutarlo"³⁹, razón por la cual, una vez finaliza, sin haber sido formalmente adicionado -recuérdese que el contrato estatal es solemne, y por lo tanto las prórrogas y adiciones deben constar por escrito-, el contrato se termina y se da inicio a la etapa de liquidación [...] [Se resalta].

Como corolario de lo expuesto, puede afirmarse que, en materia de contratación estatal, uno es el plazo de ejecución del contrato, que coincide con el término de ejecución de las obligaciones surgidas de ese acto jurídico (generalmente con efectos suspensivos), y otro es el plazo de liquidación (en los contratos que legalmente la requieren, como los de ejecución sucesiva, o en aquellos otros en que las partes lo hayan pactado).

El primero determina la exigibilidad de las obligaciones y la mora del deudor (si este no ha cumplido), cuando se trate de un plazo suspensivo, o la terminación, hacia el futuro, de las obligaciones de ejecución sucesiva, cuando se trate de un plazo extintivo, resolutorio o final. En ambos casos, genera también la terminación del contrato, pero no la extinción total y definitiva del vínculo jurídico nacido de dicho acto, entre las partes (pues este pervive, para efectos de su liquidación, incluyendo los arreglos o acuerdos que pueden celebrarse en esta etapa e incorporarse en el acta respectiva).

Por su parte, el plazo de liquidación determina la época en la que el contrato debe ser liquidado, ya sea bilateral o unilateralmente, luego de haberse producido su terminación, por cualquier causa, con el fin de hacer un balance final de la ejecución contractual y extinguir definitivamente el vínculo jurídico entre las partes.

4.3.3. El plazo en los contratos estatales de administración de los recursos del Fonpet

Ni la Ley 549 de 1999 ni la Ley 80 de 1993 al establecer el régimen de tales contratos estatales, disponen cuál es el plazo de estos, ni cómo deben fijarlo las partes, motivo por el cual resultan aplicables, en principio, las reglas sobre plazo señaladas en precedencia, en particular las referidas al plazo extintivo en los contratos de tracto sucesivo.

³⁸ «[12] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, expediente 17031, C.P. Ruth Stella Correa Palacio».

³⁹ «[13] *Ibidem*».

Ahora, dado que a los mencionados contratos se aplican las disposiciones de la fiducia mercantil previstas en el Código de Comercio, se tiene que el artículo 1244 *ibidem*, establece:

ARTÍCULO 1240. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL NEGOCIO FIDUCIARIO. Son causas de extinción del negocio fiduciario, además de las establecidas en el Código Civil para el fideicomiso⁴⁰, las siguientes:

- 1) Por haberse realizado plenamente sus fines;
- 2) Por la imposibilidad absoluta de realizarlos;
- 3) Por expiración del plazo o por haber transcurrido el término máximo señalado por la ley (...). (Nota al pie, fuera de texto).

En este sentido, resulta pertinente reiterar la doctrina de la Sala planteada en el Concepto 2150 de 2013, en el que sostuvo por su naturaleza, función y finalidad los contratos son efímeros o transitorios. Ello significa que no tienen vocación de perpetuidad, tal como lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil:

"(...) los contratos (...) son instrumentos para una función práctica o económica social, no tienen vocación perpetua y están llamadas a extinguirse mediante el cumplimiento o demás causas legales.

La perpetuidad, extraña e incompatible al concepto de obligación, contraria el orden público de la Nación por suprimir *ad eternum* la libertad contractual (artículos 15, 16 y 1602, Código Civil; 871 y 899, Código de Comercio).

(...)

La Constitución Política de 1991, incorporó al derecho interno los tratados o convenios internacionales sobre derechos humanos, consagró disposiciones de principio, enunció un catálogo mínimo de derechos fundamentales, libertades y garantías, enfatizó en la persona como centro motriz del ordenamiento, en su dignidad, libertad e igualdad, libre desarrollo de la personalidad, trabajo, profesión u oficio, garantía de la propiedad privada, función social de los derechos, iniciativa económica y libertad de empresa, cuya sola mención excluye toda relación perpetua al aniquilar *per se* la libertad, cuestión ésta de indudable orden público por concernir a principios ontológicos de la estructura política, el ordenamiento jurídico y a intereses vitales para el Estado y sociedad. Por demás, la transitoriedad de la relación jurídica y la prohibición de relaciones contractuales u obligatorias perpetuas, deriva de los principios generales de las obligaciones⁴¹.

⁴⁰ Artículo 800, C. Civil: «Toda condición de que penda la restitución de un fideicomiso, y que tarde más de veinte años en cumplirse, se tendrá por fallida, a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución (...).

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de agosto de 2011. Exp. No. 11001-3103-012-1999-01957-01

En cuanto a la Jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Tercera⁴², se ha indicado que en los contratos estatales se pueden distinguir los modos normales y anormales de terminación de los contratos. «[s]egún la doctrina y la jurisprudencia. En la primera categoría, esto es entre los *modos normales de terminación de los contratos de la Administración*, suelen y pueden incluirse las siguientes causales: **a)**, cumplimiento del objeto; **b)**, vencimiento del plazo extintivo de duración del contrato; **c)**, terminación o vencimiento del plazo extintivo convenido para la ejecución del objeto del contrato y **d)**, acaecimiento de la condición resolutoria expresa, pactada por las partes».

Los anteriores criterios orientarán el análisis de la Sala sobre la prórroga del contrato estatal de administración de los recursos del Fonpet solicitada en la consulta, sin perjuicio de las consideraciones que más adelante realizará sobre la relación existente entre la prórroga y los principios constitucionales y legales de la contratación estatal.

4.3.4. Noción de prórroga y sus límites

La expresión prorrogar, según el Diccionario de la Lengua Española, alude a continuar, dilatar o extender algo por un tiempo determinado⁴³.

La prórroga, según la teoría general de los negocios jurídicos, se ha entendido, en líneas generales, como la figura a través de la cual se extienden las obligaciones contenidas en un contrato, sin que se altere la estructura ni las condiciones esenciales que dieron lugar a su configuración o estructuración.

La Ley 80 de 1993 ni el régimen obligacional y contractual del derecho privado se refieren, en específico, al significado de la prórroga del contrato, como tampoco a su alcance, contenido y límites. En general ha sido la jurisprudencia y la doctrina, las que, siguiendo, entre otros, al derecho comparado, se han encargado de precisar las particularidades de este supuesto.

Es importante resaltar que en el Concepto 2252 del 2015, esta Sala definió a la prórroga del contrato como una modificación de los elementos del negocio jurídico, sin hacer una calificación o condicionamiento específico. Veamos:

Así entendida, la prórroga del contrato puede definirse como la modificación que las partes acuerdan de uno de los elementos (generalmente accidentales) del contrato, como es el plazo, en el sentido de ampliarlo o extenderlo. Sin embargo, en la medida en que, una vez prorrogado el contrato, este continúa generando obligaciones (y derechos correlativos) entre las partes por un tiempo adicional, la prórroga del contrato puede entenderse, desde una perspectiva más profunda, como la renovación del consentimiento o acuerdo de voluntades que las partes

⁴² Sentencia del 9 de mayo de 2012, Radicación: 85001233100020000019801, Exp. 20.968.

⁴³ Real Academia de la Lengua, <https://dle.rae.es/prorrogar>.

expresaron inicialmente al celebrar el contrato, en relación con el objeto del mismo. [Se Subraya].

Tal renovación del acuerdo de voluntades debe constar por escrito, dado el carácter solemne del contrato estatal (artículo 41, Ley 80 de 1993). Entonces, prorrogar un contrato significa la ampliación temporal de las obligaciones en él contenidas, o de la voluntad que tuvieron las partes al celebrarlo, lo cual implica que se mantenga y ejecute en las mismas condiciones que lo originaron, pero no implica, *per se*, un cambio adicional o alteración del sustrato obligacional primigenio.

Comoquiera que en el derecho privado los contratos se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, se ha entendido que nada impide que se estipulen cláusulas que contengan o prevean este instituto, aunque en tanto ello no derive en un vínculo perenne o perpetuo, toda vez que los negocios jurídicos tienen una finalidad práctica y económica, mas no una vocación *ad eternum*, como ya se dijo.

Cuestión diferente ocurre en el campo de los contratos del sector público. Así, cabe precisar que ni la Ley 80 de 1993 ni las demás leyes que regulan la actividad contractual del Estado prohíben la prórroga, pero la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han considerado, por ejemplo, que no resultan viables las prórrogas automáticas en esta especie de negocios jurídicos.

Vale la pena destacar que, de un profundo estudio jurisprudencial efectuado en el Concepto del 2252 de 2015, varias veces citado, la Sala arribó a las siguientes conclusiones sobre la prórroga en los contratos estatales:

(i) La prórroga de tales contratos no resulta en sí misma ilegal ni inconstitucional, porque la ley no la prohíbe, salvo en casos especiales, ni es contraria a los principios y las normas constitucionales que regulan el ejercicio de la función pública y, en particular, la contratación estatal.

(ii) Sin embargo, resulta inconstitucional e ilegal la prórroga automática de los contratos estatales, porque desconoce varios principios que deben regir la actividad contractual de todas las entidades, órganos y organismos del Estado, como la libre competencia económica, el derecho de las personas a participar en la vida económica de la nación en igualdad de condiciones, la prevalencia del interés público, el deber de planeación y los principios de selección objetiva, economía, transparencia y eficiencia, entre otros.

(iii) Por las mismas razones, resultarían inconstitucionales las normas y las cláusulas que permitan la prórroga sucesiva e indefinida de esta clase de contratos, pues se reitera «la perpetuidad es extraña e incompatible al concepto de obligación, [y] contraría el orden público de la Nación por

suprimir *ad eternum* la libertad contractual», tal como lo dijo la Sala en el concepto 2150 de 2013.

(iv) En cualquier caso, tanto la decisión de prorrogar un contrato celebrado por alguna entidad pública, como la duración y las condiciones de dicha prórroga, deben obedecer a lo previsto en la ley y a la aplicación de los principios generales que gobiernan la contratación estatal. En general, la prórroga puede celebrarse si constituye en cada caso concreto un medio adecuado, eficiente, económico y eficaz para realizar el interés público o general involucrado en el respectivo contrato.

(v) En consecuencia, la prórroga de cualquier contrato celebrado por una entidad estatal debe obedecer, no solamente a la voluntad de las dos partes elevada a escrito, sino en especial, a la decisión informada de la entidad pública contratante, luego de evaluar las opciones jurídicas que tenga a su disposición en cada caso, con relación a la terminación o a la continuación del contrato, y de analizar cuidadosamente sus costos, riesgos, ventajas y, en general, sus pros y contras.

(vi) No puede considerarse que la prórroga de los contratos estatales constituya un derecho del contratista.

De lo explicado se concluye que la prórroga es un supuesto permitido por la ley, que implica la extensión del contenido obligacional de un contrato estatal siempre que se mantengan las condiciones o elementos esenciales que dieron lugar a su suscripción, es decir, sin que se alteren o modifiquen las cláusulas que motivaron a las partes a ponerse de acuerdo respecto del objeto, contenido y contraprestación, pero que, en todo caso, no puede ser estipulada como una cuestión automática. *Mutatis mutandis*, en líneas generales, la prórroga es una figura jurídica que impacta el aspecto temporal de un negocio jurídico, que puede o no implicar un cambio en el aspecto económico del mismo.

4.3.5. Relación entre el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y la prórroga de los contratos estatales de administración de los recursos del Fonpet

Vale la pena recordar el texto de la norma citada, en su parte pertinente: «Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales».

Ahora, tal como se explicó en el acápite anterior, la prórroga de los contratos estatales y de los contratos, en general, constituye, técnicamente, un acuerdo de voluntades (convención) que tiene por objeto modificar uno de los elementos del contrato -el plazo-, en el sentido de ampliarlo o extenderlo (hacia el futuro).

Radicación interna: 2512

Así, la adición y la prórroga de los contratos estatales son dos instituciones o fenómenos jurídicos distintos, que pueden darse de manera separada o de manera conjunta⁴⁴. Es decir, en principio puede haber prórroga sin adición, o adición sin prórroga; pero también puede modificarse un contrato estatal, en el sentido de prorrogarlo y adicionarlo, de manera simultánea, como aconteció con el contrato 6.001-2012, cuyos datos relevantes se transcribieron en el punto anterior.

En efecto, es importante observar que, tanto en los contratos de ejecución instantánea como en los ejecución sucesiva o continuada, la prórroga del plazo pactado para la ejecución del contrato, o de alguna o algunas de sus obligaciones, no tiene, en principio, incidencia sobre el objeto del contrato, ni genera necesariamente un efecto sobre su valor, tal como se demuestra con los siguientes ejemplos:

- En un contrato de compraventa (típico contrato de ejecución instantánea), si las partes acuerdan prorrogar el plazo para la entrega del bien al comprador y, correlativamente, el término para el pago del precio acordado (o su saldo) al vendedor, dicha modificación no implica cambio alguno en el objeto del contrato ni en su valor, y no constituye, por lo tanto, una adición.
- En un contrato de obra, de prestación de servicios, de mandato o de sociedad (típicamente, de ejecución sucesiva), si las partes deciden prorrogar el plazo del contrato, dentro del cual debe terminarse la obra contratada, ejecutarse los servicios o las gestiones encomendadas al contratista o seguir existiendo la sociedad, según el caso, dicho ajuste tampoco implica modificación alguna en el objeto ni, por sí mismo, en el valor del contrato -a menos que las partes lo acuerden expresamente-.

⁴⁴ A este respecto, vale la pena mencionar, a título ilustrativo, que el Régimen General de Contratación del Banco de la República, contenido en la Resolución Interna 2 de 2010, modificada por la Resolución Interna 4 de 2019, expedidas por su Junta Directiva regula, de forma separada, los límites para la prórroga y para la adición de los contratos celebrados por dicha entidad, en sus artículos 20 y 21:

Artículo 20. Plazos y prórrogas: Los contratos tendrán un plazo inicial máximo de tres (3) años, a menos que el Comité de Compras, previa justificación en cada caso, autorice un plazo inicial superior.

Los contratos podrán prorrogarse por escrito, por periodos que, sumados, no excedan dos veces el plazo inicialmente pactado, salvo para los contratos celebrados con contratistas del exterior.

Artículo 21o. Adiciones: Ningún contrato podrá adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial. Para efectos de calcular el límite mencionado, no se tendrán en cuenta los factores o porcentajes de ajuste que el Banco determine periódicamente para mantener el valor real de los contratos. [Se resalta]. Fuente: <https://www.banrep.gov.co/es/marco-normativo-adquisiciones>



Radicación interna: 2512

Al analizar el contrato de suministro, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, sostuvo:

En ese orden, son sus notas características la duración y la previsión futura, dado que, como lo expone el profesor Joaquín Garrigues, «la duración del cumplimiento incide en la causa del contrato, de tal suerte que éste no cumpla su función económica si su ejecución no se prolonga en el tiempo; la utilidad para el contratante es proporcional a la duración del contrato. La causa en los contratos de duración no consiste en asegurar a las partes una prestación única, aunque realizada en momentos diversos, sino en asegurar por cierto tiempo varias prestaciones o una prestación continuada»⁴⁹

Lo explicado permite deducir que, en principio, la prórroga de los contratos estatales no tendría relación con la limitación prevista en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en tanto que esta se refiere a la *adición* de los contratos, en lo atinente a su valor y, eventualmente, a su objeto, mientras que la prórroga solo se refiere, por sí misma, al plazo.

Sin embargo, es necesario reconocer que otras situaciones resultan menos claras, como la que se presenta con aquellos contratos estatales de ejecución sucesiva en los que la contraprestación o remuneración al contratista o a la entidad contratante, según el caso, se pacta en forma periódica y proporcional a los bienes o servicios suministrados por la otra parte, también de forma continua. Tal sería el caso de los contratos estatales de administración de los recursos del Fonpet, según las características analizadas en este concepto.

En efecto, la prórroga del contrato de administración del patrimonio autónomo no conlleva solamente a la extensión del plazo en el que deben seguirse ejecutando las obligaciones de las partes, sino también la continuidad de las contraprestaciones pactadas. Se observa que la prórroga del contrato implica, para una de las partes, la necesidad de continuar realizando gastos e inversiones, y, para la otra parte, honrar la contraprestación acordada. Es evidente, entonces, que, en tales hipótesis, la prórroga del contrato produce un claro efecto económico, que podría ser interpretado, en principio, como una *adición* al valor inicial del contrato.

Al respecto, es importante reiterar que en los contratos de administración de los recursos del Fonpet, dada su naturaleza y estructura económica y modelo financiero (ligada al valor de las inversiones que deben efectuarse y al monto de los ingresos que se espera obtener, entre otros), las prórrogas generan, por regla general, una *adición* al valor inicial del contrato (sin perjuicio de las otras adiciones que se pacten, simultánea o posteriormente), lo que lógicamente implica un mayor valor del contrato, y por lo mismo están sujetas al límite previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80.

⁴⁹ Sentencia del 13 de noviembre de 2019, Radicación n° 11001-31-03-006-2015-00145-01

La anterior afirmación no solo tiene soporte en el régimen jurídico del contrato de administración del patrimonio autónomo de los recursos del Fonpet y en la función jurídica y económica del contrato de fiducia mercantil, en su carácter oneroso y esencialmente remunerado, sino en la buena fe y el deber de información, entre otros aspectos según pasa a verse.

En la cláusula cuarta del contrato relativa a la «comisión – remuneración», se pactan reglas muy precisas para la liquidación de esta, a saber:

- d) La comisión se liquidará sobre los rendimientos generados por los patrimonios autónomos que se administran, de conformidad con lo estipulado en el literal anterior. LA ADMINISTRADORA deducirá trimestralmente dicho pago, previo el cumplimiento del procedimiento que a continuación se establece:

LA ADMINISTRADORA junto con el informe sobre los rendimientos obtenidos por los recursos del Patrimonio Autónomo durante el respectivo trimestre, presentará al Auditor y/o Supervisor del contrato, dentro de los cinco (5) primeros días hábiles siguientes al vencimiento de cada trimestre calendario, una relación de la comisión causada y el valor de la misma, con el respectivo soporte de su cálculo, certificado por el Representante Legal.

LA ADMINISTRADORA en la misma oportunidad, entregará a la Superintendencia Financiera de Colombia – Dirección de Superintendencia de Ahorro Individual, con copia al Auditor y/o Supervisor del contrato, la información del portafolio FONPET que tiene a su cargo, de acuerdo con los requerimientos técnicos exigidos por dicha Superintendencia, para la verificación del cumplimiento de la rentabilidad mínima exigida por la Ley.

La Superintendencia Financiera de Colombia contará con un plazo de quince (15) días, tomados a partir de la entrega de las cifras por LA ADMINISTRADORA, para verificar el cumplimiento de la rentabilidad mínima exigida por la Ley.

Para efectos contractuales, no son atribuibles a EL MINISTERIO, las demoras en el pago de las comisiones ocasionadas por los errores, inconsistencias o deficiencias en la información presentada por las Entidades Administradoras a la Superintendencia Financiera de Colombia, que ocasionen como resultado correcciones y/o aclaraciones que afecten los tiempos del proceso de revisión por parte de dicha Superintendencia. En estos casos, el plazo comenzará a contar a partir

Radicación interna: 2512

del momento en que LA ADMINISTRADORA entregue nuevamente la información corregida a la Superintendencia Financiera de Colombia.

EL MINISTERIO aprobará la relación de la comisión causada dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al informe de verificación entregado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Si transcurridos quince (15) días calendario a partir de la entrega de las cifras por parte de LA ADMINISTRADORA a la Superintendencia Financiera de Colombia ésta no se pronuncia, EL MINISTERIO dentro del término citado, procederá a autorizar las comisiones, de acuerdo con los cálculos preliminares efectuados por las mismas, siempre y cuando el informe de la Auditoría no presente ningún reparo a la gestión de LA ADMINISTRADORA que afecte la determinación sobre la comisión a pagar.

Se entiende, que el pago de las comisiones sin el informe de verificación de la Superintendencia Financiera de Colombia solo será posible una vez se cuente con el informe de la Auditoría Externa, de lo contrario siempre será requisito contar con el informe de la Superintendencia. Lo anterior sin perjuicio de que cualquier diferencia a favor o en contra, atribuible a los cálculos preliminares de LA ADMINISTRADORA, sea compensada o deducida en el pago del siguiente periodo.

Cualquier diferencia en contra ocasionada por errores en la información presentada por LA ADMINISTRADORA, generará intereses sancionatorios a cargo de dicha administradora y a favor del FONPET por el mismo porcentaje de los rendimientos obtenidos en dicho periodo.

En el evento de que EL MINISTERIO no autorice las comisiones dentro del término señalado, reconocerá intereses sobre el valor de la comisión en el porcentaje citado anteriormente.

Sólo hasta que la relación de la comisión causada quede aprobada por EL MINISTERIO, podrá LA ADMINISTRADORA proceder a su deducción. La aprobación se entenderá realizada cuando EL MINISTERIO envíe la autorización de descuento de la comisión causada a LA ADMINISTRADORA.

En todo caso, LA ADMINISTRADORA sólo será autorizada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para deducir dichas comisiones de administración en el evento en que se obtengan rendimientos.

De lo transcrito puede extraerse lo siguiente:

- a. Dentro de los 5 días hábiles siguientes al vencimiento de cada trimestre, el administrador presentará al auditor y/o supervisor del contrato un informe sobre los rendimientos obtenidos por el patrimonio autónomo, acompañada de una «relación de la comisión causada y el valor de la misma, con el respectivo soporte de su cálculo, certificado por el Representante Legal».
- b. En la misma oportunidad entregará a la Superfinanciera con copia al auditor y/o supervisor del contrato, la información del portafolio Fonpet que tiene a su cargo, para la verificación de la rentabilidad mínima exigida.

Radicación interna: 2512

- c. El MHCP aprobará la relación de la comisión causada dentro de los 15 días hábiles siguientes al informe de verificación entregado por la Superfinanciera.
- d. En todo caso, el MHCP es el único que podrá autorizar la deducción de las comisiones causadas, previa la verificación de toda la información para el efecto y «solo en el caso en que se obtengan rendimientos», tal como lo disponen los dos incisos finales de la cláusula cuarta del contrato

Esta breve relación de las obligaciones de información pactadas en el contrato para el reconocimiento y pago de la comisión permite sostener que las partes habían previsto elementos para calcular el valor de las comisiones durante la ejecución del contrato, aspecto que resultaba relevante para efectos del límite previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

Ahora, al momento de tramitar el otrosí 7 al citado contrato, el MHCP elaboró un documento de justificación para esa modificación, del cual se extrae lo siguiente:

2. Solicitud de modificaciones:

a. Modificaciones realizadas:

(...)

Otrosí No. 5: Mediante el cual se prorrogó el plazo de ejecución hasta el 19 de noviembre de 2021 y se adicionó el valor del contrato hasta por la suma de \$11.555.012.330,00 moneda corriente, para un total de hasta \$121.198.632.760,00 moneda corriente

Otrosí No. 6: Mediante el cual se prorrogó el plazo de ejecución hasta el día 22 de junio de 2022 y se modificó parcialmente el párrafo segundo del numeral 2 "póliza de infidelidad y riesgos financieros – IRF- o global bancaria" de la cláusula 9 "garantías".

b. Modificación en trámite:

Otrosí No. 7: mediante el cual se prorroga el plazo de ejecución hasta el día 25 de abril de 2023.

3. Información de ejecución

Estado actual del contrato en tiempo: con corte al 31 de mayo de 2022

Tiempo transcurrido: nueve (9) años, seis (6) meses, once (11) días.

Porcentaje de tiempo transcurrido: 99.37%

Avance del contrato: 99.37% (Mayúsculas y negrillas suplidas).

Nótese que a diferencia de otrosí 5, en la justificación de los otrosíes 6 y 7 no se indica el valor que se adicionaría con la correspondiente prórroga, lo cual constituía un deber, pues, como se ha dicho, en esta clase de contratos la prórroga produce un claro efecto económico, que implica una *adición* al valor inicial del contrato.

En efecto, dada la estructura económica y características del contrato de fiducia mercantil que informa los contratos de administración de patrimonios autónomos de los recursos del Fonpet, en particular que son esencialmente remunerados (artículo 1237 del Código de Comercio), existe una estrecha e inseparable relación entre el valor del contrato y su plazo de ejecución, de tal manera que el plazo se traduce por regla general en mayor valor.

Todo lo anterior permite concluir que, en tales contratos, las prórrogas deben ser cuantificadas o valorizadas, y generan, por regla general, una adición al valor inicial del contrato (sin perjuicio de las otras adiciones que se pacten, simultánea o posteriormente), para efectos del cumplimiento del límite previsto en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

Al respecto, el mismo MHCP reconoce en el escrito de consulta que, celebrado el otrosí 7, «en el periodo de corte de los dos últimos trimestres de la última prórroga, esto es, entre septiembre de 2022 y marzo de 2023, la remuneración pactada como porcentaje de los rendimientos obtenidos en la gestión (0.9%), superó el valor establecido hasta el Otrosí Nro. 7, con lo cual, el valor de las comisiones realmente causadas superó el valor porcentual de adiciones establecido en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993. Lo anterior en consideración a que las dinámicas atípicas del mercado superaron las proyecciones realizadas, que por sus mismas características dependían de factores externos y futuros».

No le corresponde a la Sala realizar la cuantificación de cada una de las prórrogas del contrato 6.001-2012 y, por lo tanto, verificar desde cuál otrosí pudo superarse el límite previsto en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, ni las razones por las cuáles se presentó esta situación.

En todo caso, se resalta que el contratista tenía especiales deberes de información en relación con la ejecución del contrato, teniendo en cuenta su carácter profesional en la gestión y administración de recursos.

En efecto, las actuaciones contractuales de las entidades estatales se deben desarrollar con arreglo a los principios propios de la contratación estatal y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa⁴⁶, siendo

⁴⁶ Ley 80 de 1993. Artículo 23. De los Principios en las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales. «Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo».

Radicación interna: 2512

relevante destacar el **principio de buena fe contractual**⁴⁷, entendido como criterio orientador que obliga a las partes a asumir una actitud de permanente colaboración, lealtad y honestidad en la relación contractual, con el fin de garantizar la ejecución del objeto del contrato y procurar la satisfacción del interés general comprometido en la contratación del Estado⁴⁸.

Bajo este contexto, en jurisprudencia del Consejo de Estado se ha señalado que:

[...] Es claro que el principio de la buena fe en la relación contractual reviste especial importancia, de una parte como norma de conducta en los distintos momentos del contrato y de otra principalmente, en la preservación de la equivalencia o proporcionalidad entre las prestaciones desde el inicio del contrato y durante su ejecución, como manifestación de equidad, dado que en ellos cada parte se obliga a una prestación a cambio de que la otra se obligue a la propia, regla "do ut des", (te doy para que me des), es decir, que entre las partes surgen derechos y obligaciones que conforman la equivalencia económica de las prestaciones recíprocas.

Al respecto, uno de los deberes que se derivan del principio de buena fe es el deber de información. Deber que, debido a su trascendencia, debe orientar el actuar de los sujetos contractuales tanto en la etapa de formación, como de ejecución y aún en la de liquidación. Así lo ha mencionado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

La información es un elemento trascendente al momento de decidir la contratación.

[...]

Se proyecta no solo al momento del perfeccionamiento, sino a toda la vida del contrato definitivo mismo. Las partes están obligadas a informar adecuada y correctamente a la contraria para que esta decida sin error, engaño o confusión.

[...]

La información debe ser adecuada, completa y precisa⁴⁹. [se resalta].

En ese sentido, para efectos de esta consulta, es necesario mencionar la importancia del deber de información, como deber implícito en la contratación estatal, y el desarrollo jurisprudencial y doctrinal que se le ha otorgado.

⁴⁷ Ley 1437 de 2011. Artículo 3. Principios. « [...] Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad ».

⁴⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez, radicado 15324.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección III, sentencia del 12 de agosto de 2014. Consejero Ponente Enrique Gil Botero. expediente n.º26332.

Radicación interna: 2512

El deber de información es un deber general, una norma secundaria de conducta, que se deriva del principio general de buena fe y que debe ser acatado por las partes durante todo el *iter* contractual⁵⁰. Bajo esta premisa, se debe precisar que dicho deber secundario de conducta, específicamente en la etapa de ejecución contractual, consiste en brindar información clara, cierta y completa a la otra parte del extremo contractual y contar con todos los datos inherentes al asunto informado, que permitan disponer de suficientes elementos de juicio para adoptar decisiones idóneas⁵¹.

Cabe destacar que, el deber de información debe entenderse de doble vía, tanto de quien tiene la información y debe suministrarla como de aquel que la requiera y debe solicitarla. Lo anterior significa que, el deudor de la información y el acreedor de la información, o el informante y el informado, según corresponda, de tener la información o los medios necesarios para la búsqueda de esta, consecuentemente, tiene la obligación de informarlo a su contraparte interesada⁵².

Por ello, el sujeto contratante que se encuentra en una posición especial o cualificada para obtener la información o aquel que puede obtenerla con mayor facilidad, es a quien se le puede exigir, en sentido más estricto, el cumplimiento del deber en comento. Por tal razón «la responsabilidad solo es factible edificarla sobre la base de la ignorancia inexcusable de la otra», es decir, siempre que se compruebe la diligencia del acreedor y/o deudor para conseguir informarse, el sujeto no estará llamado a responder por la falta o indebida información suministrada⁵³.

Al respecto, esta corporación ha señalado que se trasgrede el deber de información cuando, a pesar de haberse informado e informar, la información no es veraz, auténtica, clara o completa, y/o cuando acaecen los siguientes eventos:

[...] a) El desconocimiento de una información por una de las partes siempre y cuando que ésta no la haya podido conocer por sí misma con normal diligencia o que ese saber requiera de especiales conocimientos de lo propio que el titular no tiene y que no debe tener en razón de su profesión u oficio; b) La otra parte conoce, o debe conocer, la información que aquella desconoce y, por mandato legal, o por ser determinante para la otra, o porque se le ha pedido o porque se ha decidido a informar o hay específicas relaciones de confianza entre ellas, tiene el deber de

⁵⁰ [...] «De lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el *iter* contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe». *Ibidem*.

⁵¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de agosto de 2011, expediente 6146.

⁵² Barreto Cifuentes, S & otros / Benavides, J (editor). Fallos referentes en contratación estatal. Universidad Externado de Colombia. Primera edición.

⁵³ *Ibidem*. [pág. 531].

Radicación interna: 2512

informar; y c) La parte que tiene la información no se la brinda a quien la desconoce⁵⁴ [se resalta].

Por consiguiente, en el marco de la relación contractual, las partes deben ceñir su actuar a los postulados de la buena fe, entre esos el deber de información, el cual debe ser acatado por estas, cumpliendo así la equivalencia recíproca de las prestaciones. En efecto, en atención a dicho deber, no solo se debe procurar que la información tenga las características previamente mencionadas (veracidad, autenticidad, claridad, suficiencia), sino que, a su vez, se asigna una carga adicional de informar a quien ostente una posición cualificada con relación a la información necesaria para la toma de decisiones en el ejercicio contractual.

En consecuencia, dado el deber de información exigible en los contratos de fiducia mercantil, en particular lo pactado en el contrato 6.001 – 2012 para el reconocimiento y pago de la comisión, es procedente sostener que para las partes era previsible conocer el acaecimiento del límite previsto en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, y era su deber evitar que se consumara la conducta prohibida por esa norma imperativa en cualquier momento de la ejecución del contrato.

Además del señalado límite, la adición y prórroga en los contratos de administración de los recursos del Fonpet debía observar los principios de la contratación estatal, según se profundiza a continuación.

4.3.6. Principios constitucionales y legales aplicables a la adición y prórroga de los contratos estatales. Reiteración de la doctrina de la Sala

En relación con los citados principios, es pertinente recordar lo sostenido por la Sala de manera reiterada⁵⁵ en el sentido que la contratación estatal tiene un claro fundamento constitucional, razón por la cual toda la actividad contractual, desde la planeación de los futuros procesos de contratación hasta la liquidación (cuando sea procedente) de los contratos celebrados y ejecutados, debe tener en cuenta los principios consagrados en la Constitución Política, entre otros, los de legalidad (arts. 6, 121 y 122 C.P), igualdad (art.13 y 209 C.P, que se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición), debido proceso (art. 29), buena fe⁵⁶ (art. 83

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección III, sentencia del 19 de noviembre de 2012. Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente n.º 22043.

⁵⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos 2148, 2150 y 2156 de 2013, 2227 de 2014, 2260 de 2015, 2312 de 2017 y 2473 de 2022, solo por citar los más recientes.

⁵⁶ Los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligan no solo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural (artículos 1603 C.C. y 871 C.Co.). En el ámbito de la contratación estatal la buena fe, principio general del derecho elevado a canon constitucional en el artículo 83 C.P., se traduce en la obligación de rectitud y honradez recíproca que deben observar las partes en la celebración, interpretación y ejecución de negocios jurídicos, esto es, el

Radicación interna: 2512

C.P), responsabilidad (art. 90 C.P), moralidad, eficacia, economía, celeridad imparcialidad y publicidad (art. 209 C.P.) y transparencia^{57 58}.

Hará énfasis la Sala en esta oportunidad en el deber de igualdad de oportunidades, libre concurrencia y libre competencia.

4.3.7. Libre concurrencia y libre competencia

Recordó la Sala recientemente, en el Concepto 2448 de 2021, que con arreglo a lo dispuesto en los artículos 13, 333 y 334 del texto superior, los particulares tienen el derecho a participar en la actividad económica de la Nación, en ejercicio del derecho a la libertad de empresa. El ejercicio de este derecho debe ser garantizado en igualdad de condiciones. Sobre el particular, en la Sentencia C-815 de 2001, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

El derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado en la contratación de la [A]dministración pública, como en el caso del contrato de concesión, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, por virtud del cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración.
 [...]

3.3 La libre competencia económica

La libre competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita.

cumplimiento de los deberes de fidelidad, lealtad y corrección tanto en los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción o formación del contrato, como durante el transcurso y terminación del vínculo jurídico contractual ya establecido.

⁵⁷ El principio de transparencia (art. 24 de la Ley 80 de 1993, art. 2 Ley 1150 de 2007) es de imperativa aplicación en los contratos celebrados por las entidades estatales sometidas al derecho privado, pues si bien a través de estos negocios jurídicos -en los que se compromete su gestión y los recursos del patrimonio público para facilitar el cumplimiento de las funciones a ellas asignadas- se flexibiliza el régimen jurídico contractual en algunos aspectos -por ejemplo, la modalidad de selección o la exigencia de garantías, entre otros-, su celebración y ejecución, además de ser imparcial, alejada de todo favoritismo y, por ende, extraña a cualquier motivo de carácter subjetivo (político, económico o familiar, etc.), es decir, objetiva, debe hacerse en forma visible, diáfana, clara, motivada, pública, abierta y accesible a los interesados y a la comunidad, quienes así pueden controvertirla y ejercer un control de esta forma de contratación.

⁵⁸ Cabe mencionar que estos principios de la contratación estatal "...no son simples definiciones legales, sino normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento en toda la contratación estatal, sea cual fuere la modalidad en que ésta se realice", según los señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C-508 de 2002, citada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de diciembre de 2007, Exp. n.º 24715.

De acuerdo con los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, se reconoce y garantiza la libre competencia económica como expresión de la libre iniciativa privada en aras de obtener un beneficio o ganancia por el desarrollo y explotación de una actividad económica. No obstante, los cánones y mandatos del Estado Social imponen la obligación de armonizar dicha libertad con la función social que le es propia, es decir, es obligación de los empresarios estarse al fin social y a los límites del bien común que acompañan el ejercicio de la citada libertad.

Bajo estas consideraciones se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo (artículo 88 de la Constitución), cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo [...]

Por ello, la protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado [Se subraya].

Como una manifestación de los anteriores principios, especialmente el de igualdad, el parágrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, entiende la licitación como el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable.

En esta medida, las entidades deben garantizar el cumplimiento de los principios de igualdad y transparencia, para hacer efectiva la supremacía del interés general, la libre concurrencia de los interesados en contratar con el Estado, la igualdad de los oferentes,⁵⁹ la publicidad de todo el *iter* contractual, la selección objetiva del contratista, así como el derecho a cuestionar o controvertir las decisiones que en esta materia realice la Administración⁶⁰.

Por su parte, el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011⁶¹ dispone, a su vez, que la oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y

⁵⁹ Consejo de Estado, SCA, S.3, sentencia del 19 de julio de 2001, Expediente 12037.

⁶⁰ Consejo de Estado, SCA, S.3, sentencia de 27 de enero de 2016. Radicación 78001-23-31-000-2005-02371.

⁶¹ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos.

La Sala prohija los argumentos expuestos en la jurisprudencia de esta Corporación⁶² en los que se ha resaltado cómo el deber de selección objetiva constituye uno de los más importantes de la contratación estatal, dada su capacidad de asegurar el cumplimiento de los demás, en tanto con él se persigue garantizar la elección de la oferta más favorable para la entidad y el interés público implícito en esta actividad de la Administración, mediante la aplicación de precisos factores de escogencia, que impidan una contratación fundamentada en una motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva, lo cual sólo se logra si en el respectivo proceso de selección se han honrado los principios de transparencia, igualdad, imparcialidad, buena fe, economía y responsabilidad⁶³.

En este sentido recuerda, además, lo expuesto en el punto 2 de este concepto, en el que se ponía de presente la exposición de motivos del proyecto que se convertiría en la Ley 549 de 1999, el cual promovía la modalidad de selección de licitación pública, para garantizar la selección objetiva de los administradores de los recursos del Fonpet.

En cuanto a las adiciones y prórrogas automáticas a los contratos estatales, además de las limitaciones señaladas en este concepto, llevan como consecuencia que no se permita la participación de terceros interesados en presentar ofertas en un concurso abierto y público, lo que impide la libre competencia, y también la libre competencia económica, razón por la que es dable concluir que tales prácticas vulneran las disposiciones superiores, las cuales encuentran desarrollo en la Ley 80 de 1993.

Al respecto, es importante reiterar que en los contratos de administración de los recursos del Fonpet, dada su naturaleza y estructura económica y modelo financiero (ligada al valor de las inversiones que deben efectuarse y al monto de los ingresos que se espera obtener, entre otros), las prórrogas generan, por regla general, una adición al valor inicial del contrato (sin perjuicio de las otras adiciones que se pacten, simultánea o posteriormente), lo que lógicamente implica un mayor valor del contrato, y por lo mismo, están sujetas al límite previsto en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80.

Dentro de este marco, las prórrogas, insiste la Sala, deben observar la restricción contenida en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, según la cual «los

⁶² Consejo de Estado, SCA, S.3, sentencia de 27 de enero de 2016. Radicación citada.

⁶³ Consejo de Estado, SCA, S.3, sentencia de 3 de diciembre de 2007. Procesos números 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447 -acumulados-. ver también sentencia del 30 de enero de 2013. Exp 21.492.

contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales».

5. Consecuencias derivadas de la ejecución del contrato 6.001-2012 con transgresión del artículo 40, parágrafo, de la Ley 80 de 1993: Nulidad absoluta

Dado que, según lo ha reconocido la misma entidad consultante, como resultado de la ejecución del contrato 6.001 – 2012, en particular de las prórrogas y adiciones celebradas en los diferentes otrosíes pactados, se transgredió el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, se tiene como consecuencia su nulidad absoluta por objeto ilícito, por disposición del artículo 44 de esa ley, en concordancia con los artículos 1741 y 1519 del Código Civil.

En efecto, el citado artículo 44 establece que los «contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común...». Por su parte, el artículo 1741 del Código Civil establece que son nulidades absolutas las producidas «por un objeto o causa ilícita», y el artículo 1519 ibidem dispone que «Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la nación», en este caso, la norma imperativa prevista en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80.

Asimismo, el artículo 899 del Código de Comercio dispone que es «nulo el negocio jurídico cuando contraria una norma imperativa».

Ante tal situación, la nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona o declarada de oficio por el juez, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.

En consideración a que, según lo informado por el MHCP el plazo contractual ya venció y que el contrato se encuentra en etapa de liquidación, será el juez del contrato el competente para decidir sobre el reconocimiento y pago de las contraprestaciones mutuas derivadas de ese negocio jurídico.

5.1. Alcance de la función consultiva

En los Conceptos 1950 de 2009, 1966 y 1984 de 2010 y 2227 de 2014, entre otros, la Sala ha sostenido que la función consultiva prevista en el numeral 1 del artículo 112 del CPACA, no constituye un trámite controversial de tipo judicial, ni tampoco un mecanismo de coadministración; se encuentra establecida como un medio constitucional dirigido a asegurar que la actuación de la Administración se adecue al ordenamiento jurídico y al interés general por el que le corresponde velar en el ejercicio de sus funciones. La defensa del ordenamiento jurídico por esta vía se realiza a través de un órgano independiente y autónomo del poder

Radicación interna: 2512

judicial, que actúa por tanto con independencia de criterios, dentro de una lógica de colaboración armónica de poderes (art.113 C.P).

No se trata entonces dicha función de dar la razón a una u otra posición en temas controvertibles, sino de rendir un concepto jurídico que sirva a la Administración en la búsqueda del cumplimiento de las finalidades esenciales del Estado⁶⁴.

En este orden de ideas, no le corresponde a la Sala arrogarse la función de declarar la invalidez de actos o contratos, y señalar sus efectos, toda vez que ello es competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa o de los jueces naturales del contrato, aun cuando en sus conceptos bien puede advertir o prevenir a la Administración de la carencia de los presupuestos necesarios para su regularidad o validez.

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala

RESPONDE:

1.«¿El valor total de la comisión fiduciaria pactada a ser reconocida y pagada, determinada como un porcentaje (0.9%) de los rendimientos obtenidos en la gestión de los recursos, está limitada al valor 'actual' del contrato que se estimó en el Otrosí Nro. 7?».

El valor total de la comisión fiduciaria que a título de contraprestación se pague a los administradores de los recursos del Fonpet, en el otrosí 7 y en los demás otrosíes que se hayan celebrado en este contrato está limitado por el artículo 25 de la Ley 1450 de 2011, que dispone que los gastos de administración del Fonpet no pueden superar el 8% de los rendimientos.

Asimismo, la referida comisión está limitada por el porcentaje máximo previsto para la adición de los contratos en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

A partir de dichas restricciones legales, en el contrato 6.001 – 2012 se previó como valor máximo de la contraprestación a reconocer a título de comisión fiduciaria la suma de \$69.950.000.000,00. Este valor estimado por las partes se debe tener como valor inicial del contrato, para contabilizar el límite previsto en el párrafo precitado.

2.«¿El monto total de las comisiones causadas en los términos del contrato está limitado al establecido en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993?».

Si. El monto total de las comisiones causadas en el contrato 6.001 – 2012, incluidas las de sus adiciones y prórrogas, deben observar la restricción contenida

⁶⁴ Ver Concepto No. 1966 del 5 de octubre de 2009.

Radicación interna: 2512

en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, según la cual «los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales».

3. «¿Resulta jurídicamente viable reconocer y pagar a los administradores de los recursos del FONPET, en la etapa de liquidación del contrato, el monto total de las comisiones causadas en vigencia del contrato, cuando estas superan el límite del valor contractual y, a su vez, el 50% del valor inicial del contrato expresado en salarios mínimos?».

4. «En caso de que la respuesta a la pregunta anterior fuese negativa ¿cuál sería el procedimiento legal para pagar el monto causado en exceso?».

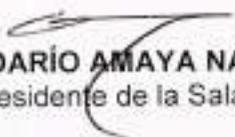
Por conexidad temática, la Sala responde:

Si en la ejecución del contrato 6.001 – 2012, en particular de las prórrogas y adiciones celebradas en los diferentes otrosies pactados se supera el límite previsto en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, podría generarse respecto de estas la nulidad absoluta por objeto ilícito, por disposición del artículo 44 de esa ley, en concordancia con los artículos 1741 y 1519 del Código Civil, y 899 del Código de Comercio.

La nulidad absoluta podría ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona o declarada de oficio por el juez.

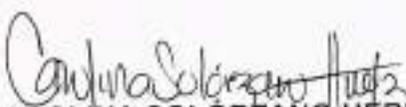
En consecuencia, será el juez del contrato el competente para decidir sobre el reconocimiento y pago de las contraprestaciones mutuas derivadas de ese negocio jurídico.

Remítase al Ministro de Hacienda y Crédito Público y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República


ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
 Presidente de la Sala


MARÍA DEL PILAR BAHAMÓN FALLA
 Consejera de Estado


ANA MARÍA CHARRY GAITÁN
 Consejera de Estado


REINA CAROLINA SOLORZANO HERNÁNDEZ
 Secretaria de la Sala