



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 1121 de 1998 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Definición de vínculos para la Norma: i=6751; i=6751;

ENCARGO FIDUCIARIO - Administración Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros / FIDUCIA PUBLICA - Determinación Valor del Contrato / ADICION DEL CONTRATO DE FIDUCIA - Imprudencia por Ineficacia de la Cláusula Contractual / PAGO DE COMISION FIDUCIARIA - Aumento de Recaudos

Para el contrato de encargo fiduciario celebrado entre la Corporación Conferencia Nacional de Gobernadores y el Consorcio Fondo Cuenta Improex, constituido por Fiducolumbia S.A. y Fiducomercio S.A., para el recaudo, la administración y el pago de los recursos obtenidos por concepto de los impuestos al consumo de productos extranjeros, el valor es la cifra que resulte de multiplicar los recursos administrados por el porcentaje del 1.98o / o, de \$10.000.000.001 hasta \$15.000.000.000, adicionada con la cifra que resulte de multiplicar por el porcentaje hasta del 1.8o / o los recursos administrados en cuantía de \$15.000.000.001 hasta \$20.000.000.000, más la cifra que resulte de multiplicar por el porcentaje hasta del 1.5o / o los recursos administrados en cuantía de \$20.000.000.001 en adelante. La determinación del precio pactado en el contrato de fiducia objeto de esta consulta, la cual debe hacerse conforme a las reglas previstas en el contrato, en cuanto no sean ineficaces, no constituye una adición del contrato y por consiguiente no está limitada al monto previsto en el parágrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993. Los compromisos y pagos deben hacerse con sujeción a las apropiaciones y a las vigencias futuras autorizadas, pero estas son susceptibles de modificarse por medio de una adición presupuestal que incorpore nuevos recursos y aumente las apropiaciones insuficientes para cumplir las obligaciones contractuales. Los pagos a que se obliga la Conferencia sí están subordinados a los certificados de disponibilidad presupuestal. Los pagos deben hacerse de acuerdo con la disponibilidad presupuestal inicial. Los mayores costos que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales del contrato deberán ser cubiertos con cargo a la apropiación global del presupuesto destinada a cubrir costos imprevistos. No es viable obtener una autorización de compromiso de vigencias futuras sin especificar su valor. Lo que sí es viable es adicionar las autorizaciones de compromisos con fundamento en la adición presupuestal que refleje los mayores recaudos de los recursos del Fondo - Cuenta objeto del encargo fiduciario. El procedimiento aplicable al caso consultado no es el de la adición del contrato, sino el de la determinación del precio cuya cuantía es incierta, pues se pactó sobre un valor estimado y con la previsión de ajustarla en caso de presentarse mayores recaudos a los estimados. No obstante, la circunstancia de la ineficacia de la cláusula contractual de la remuneración, en cuanto excede los parámetros definidos en el pliego de condiciones, hace necesario sanear dicho vicio y fijado el porcentaje liquidarlo en la forma atrás expresada.

CONTRATO ADICIONAL Y ADICION DE CONTRATOS - Diferencias

Son diferentes los conceptos de contrato adicional y adición de contratos. Aquel es un nuevo contrato, mientras ésta es una modificación de un contrato en ejecución cuando se requiere agregarle elementos no previstos pero que son conexos con el objeto contratado y su realización indispensable para cumplir las finalidades que tuvo la entidad estatal al contratar.

Autorizada su publicación el 14 de septiembre de 1998.

[Ver arts. 25, 32 y 40, Ley 80 de 1993](#) , [Ver el art. inciso 2, parágrafo del art. 40, Ley 80 de 1993](#) , [Ver arts. 144 y 150, Decreto Ley 1421 de 1993](#) , [Ver art. 13, Decreto Nacional 679 de 1994](#), [Ver el Concepto del Consejo de Estado 1439 de 2002](#)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente :

César Hoyos Salazar

Santafé de Bogotá, D.C., veintiseis (26) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).-

Radicación número 1.121

Referencia : FIDUCIA PUBLICA. Valor del contrato cuando la remuneración equivale a un porcentaje de los recursos recaudados o administrados. ¿Se requiere adición del contrato para pagar la comisión fiduciaria por aumento de los recaudos?. ¿Es viable pagar por encima de la apropiación presupuestal ?

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público informa a la Sala que la Corporación Conferencia Nacional de Gobernadores, en cuyo presupuesto la ley 223 de 1995 creó un fondo-cuenta especial destinado a depositar los recaudos por concepto de los impuestos al consumo de **Concepto Sala de Consulta C.E. 1121 de 1998 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil** **1** **EVA - Gestor Normativo**

productos extranjeros, celebró con el Consorcio Fondo Cuenta Improex, constituido por Fiducolumbia S.A. y Fiducomercio S.A., un contrato de fiducia para el recaudo, la administración y el pago de los recursos obtenidos con destino al mencionado fondo; con una duración de tres años, contados a partir del primero de marzo de 1997 hasta el 29 de febrero del año 2000. En dicho contrato se pactó una remuneración a favor del consorcio contratista equivalente a una comisión del 1.98% sobre los recursos administrados, y conforme a la cantidad de los recursos que se estimaba recaudar la aplicación de dicho porcentaje arrojó como valor estimado del contrato la suma de \$996.600.000.00. Para atender los pagos derivados del contrato, con recursos del fondo - cuenta especial, se efectuó una apropiación presupuestal para la vigencia fiscal de 1997 y se tiene para las futuras vigencias de 1998, 1999 y 2000 una autorización del Consejo de Administración de dicho fondo.

Explica el consultante que el recaudo estimado de los impuestos fue superado en más de un cincuenta por ciento (50%) y, como consecuencia, se ha presentado un problema entre las partes sobre el valor máximo que se puede cancelar por concepto de comisión fiduciaria, frente a las disposiciones legales y contractuales. Por esta razón, el señor Ministro formula a la Sala la siguiente consulta :

"1. ¿ Debe tomarse como valor del contrato la suma de novecientos noventa y seis millones seiscientos mil pesos moneda corriente (\$996.600.000.00) para todos los efectos legales ?

2. ¿ Es viable jurídicamente adicionar el contrato en más de un cincuenta por ciento del valor inicial ?

3. ¿ Es posible realizar compromisos y pagos en exceso de las apropiaciones y de las vigencias futuras autorizadas ?

4. ¿ Los pagos a que se obliga la Conferencia están subordinados a los certificados de disponibilidad presupuestal ?

5. Si los recaudos fueron aproximadamente de 39.000 millones de pesos para 1997, ¿ es válido cancelar cuatrocientos noventa y cinco millones de pesos, equivalentes a la disponibilidad presupuestal inicial para 1997, aumentada, en un 50% y en 45 millones de pesos de imprevistos que estaban presupuestados y, posteriormente, adicionar nuevamente en 285 millones de pesos, aproximadamente, el valor del contrato ?

6. En caso de ser permitido aumentar el valor del contrato en más de un cincuenta por ciento (50%), ¿ sería viable obtener una autorización de compromiso de vigencias futuras sin especificar su valor, por estar sujeto a la apropiación presupuestal que se haga durante la vigencia fiscal, y en este caso cómo se haría la imputación presupuestal correspondiente ?

7. De no ser admisible adicionar el valor de la comisión fiduciaria en más de un 50%, ¿ podría hablarse de un desequilibrio contractual, a pesar de que el contratista conocía desde el pliego de condiciones el valor máximo que podía obtener como remuneración del contrato ? "

La Sala procede a resolver sin la intervención del señor Consejero doctor Luis Camilo Osorio Isaza, por cuanto se aceptó el impedimento por él propuesto para participar en todo lo concerniente a esta consulta.

1. CONSIDERACIONES :

1.1. La Corporación Conferencia Nacional de Gobernadores y el Fondo-Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros. De acuerdo con la documentación aportada con la consulta, la corporación Conferencia Nacional de Gobernadores "es una entidad pública de segundo grado, sin ánimo de lucro, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente". Ha sido constituida según las disposiciones constitucionales vigentes y congrega a todos los gobernadores de los departamentos de Colombia. Su personería jurídica fue reconocida por resolución número 548 de septiembre 16 de 1994, de la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá, D.C.

La ley 223 de 1995 "por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones" creó el fondo-cuenta especial de impuestos al consumo de productos extranjeros dentro del presupuesto de la Asociación Conferencia Nacional de Gobernadores, para que en él se depositen los recaudos de dichos impuestos. Además, dispuso : "La administración, la destinación de los rendimientos financieros y la adopción de mecanismos para dirimir las diferencias que surjan por la distribución de los recursos del Fondo-Cuenta será establecida por la Asamblea de Gobernadores y del Alcalde del Distrito Capital, mediante acuerdo de la mayoría absoluta" (art. 224).

La misma ley establece que los dineros recaudados y depositados en dicho fondo cuenta se distribuirán y girarán, dentro de los primeros quince días calendario de cada mes, a los departamentos y al Distrito Capital, en proporción al consumo en cada uno de ellos; proporción que se determinará con base en la relación de declaraciones que del impuesto hayan presentado los importadores o distribuidores ante los departamentos y el Distrito Capital (art. 196).

1.2. Los elementos del contrato estatal. El artículo 13 de la ley 80 de 1993 somete los contratos que celebren las entidades estatales a las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en dicha ley. Según el artículo 32 de la misma ley son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a las cuales se refiere el estatuto de contratación, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, define el artículo citado.

Por su parte, el Código Civil señala, en el artículo 1501, que en cada contrato se distinguen las cosas que son de su esencia, esto es, aquellas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; las que son de su naturaleza, o sea las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y las accidentales, que son aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen a un contrato, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

Algunos autores extranjeros¹ distinguen dos clases de elementos en los contratos administrativos : a) los esenciales, y b) los propios de la

Concepto Sala de Consulta C.E. 1121 de 1998 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

naturaleza, o no esenciales. Estos últimos, también han sido denominados "eventuales", "accidentales o accesorios". Dentro de la primera clase incluyen los sujetos, el consentimiento, el objeto, la causa, la finalidad y la forma; y en la segunda analizan el plazo, la licitación y pliego de condiciones, las garantías y las sanciones. Naturalmente la determinación de los elementos constitutivos del contrato estatal depende del régimen jurídico positivo de cada país.

La ley 80 de 1993 dispone en su artículo 40 que las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en dicha ley, correspondan a su esencia y naturaleza. Y, el artículo 41 *ibídem* prescribe : "Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito".

"Perfeccionar" significa completar los requisitos exigidos para que el contrato tenga plena fuerza jurídica. Por tanto, la omisión de cualquiera de los requisitos previstos en las disposiciones legales, salvo excepciones consignadas en las mismas, determina que el contrato no se forma, no produce efecto alguno.

En nuestro ordenamiento jurídico actual, los elementos de los contratos que celebran las entidades estatales son los que las disposiciones civiles, comerciales y la ley 80 de 1993 determinen como de la esencia y la naturaleza. Adicionalmente, la ley orgánica de presupuesto introdujo otro requisito de perfeccionamiento del contrato, el cual se explicará más adelante. Como la consulta versa sobre el valor del contrato y específicamente sobre la remuneración de un encargo fiduciario determinado, la Sala analizará este elemento del contrato en el contexto del estatuto contractual y del régimen presupuestal.

La exigencia de la formalidad del escrito en los contratos de las entidades estatales está consignada en el artículo 39 de dicho estatuto. Con todo, no se requiere escritura pública sino en los casos determinados en el mencionado artículo; ni se exigen las formalidades plenas cuando se trate de contratos cuyos valores correspondan a los que se relacionan en la misma norma. Así mismo, conforme al inciso 3º del artículo 41 *ibídem*, en caso de situaciones de urgencia manifiesta se podrá omitir el escrito y aún el acuerdo acerca de la remuneración, la cual se acordará con posterioridad al inicio de la ejecución de lo contratado.

Al prever el artículo 40 de la ley 80 que las estipulaciones que corresponden a la esencia y naturaleza del contrato no son sólo las de las normas civiles y comerciales, sino también las previstas en dicha ley, y estatuir el artículo 41 de la misma ley que el contrato se perfecciona al reunir, entre otros requisitos, el acuerdo sobre la contraprestación (el precio), debe concluirse que dicho elemento es de la esencia de todo contrato estatal oneroso, así la misma disposición permita en los casos de urgencia manifiesta posponer el acuerdo sobre la remuneración².

La contraprestación en los contratos estatales está sujeta a diversas modalidades, según la especie de contrato. Por vía de ejemplo puede mencionarse que la ley 80 prevé, para el contrato de concesión, una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden (art. 32 num. 4º). Posteriormente, la ley 105 de 1993 autorizó establecer garantías de ingresos mínimos para obras de infraestructura de transporte, realizadas por el sistema de concesión.

El anterior estatuto de contratación administrativa, decreto ley 222 de 1983, contemplaba las siguientes formas de pago para los contratos de obra:

"A precio global" : el contratista obtiene como remuneración una suma global fija que incluye sus honorarios;

"A precios unitarios" : consiste en pactar el precio por unidades o cantidades de obra, con lo cual el valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije;

"Por el sistema de reembolso de gastos y pago de honorarios", fijados éstos de acuerdo con las tarifas que, con aprobación previa del gobierno nacional, establezcan las asociaciones profesionales que tuvieren el carácter de cuerpo consultivo del gobierno;

"Por el sistema de administración delegada" : la remuneración se pacta en forma de porcentaje o de precio fijo, de acuerdo con el objeto del contrato y las conveniencias del contratante, y

"Por el sistema de concesión" : la remuneración puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación de la autoridad competente, el concesionario cobre a los usuarios por un tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual en relación con el producido de dichos derechos o tarifas. La ley 105 de 1993 autoriza a la entidad concedente para establecer garantías de ingresos mínimos en los contratos para obras de infraestructura de transporte (art. 33)³.

Por ser la fiducia la materia objeto de la consulta, debe indicarse que el Código de Comercio, en el artículo 1226, define el contrato de fiducia mercantil sin incluir como elemento esencial del mismo un precio o contraprestación. Y, en el artículo 1237 establece que "Todo negocio fiduciario será remunerado conforme a las tarifas que al efecto expida la Superintendencia Bancaria". Sin embargo, esta entidad aún no ha fijado dichas tarifas.

En caso de no pactarse expresamente la remuneración de la fiducia o encargo fiduciario, o de convenir las partes contratantes que no habrá lugar al pago de retribución, se entiende que hay derecho a ella, según lo dispuesto en el artículo mencionado, sin que el hecho de no pactarla o

el acuerdo de no cobrarla determinen que el contrato no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente. Por tanto, la remuneración en el contrato de fiducia, en el ámbito de la contratación mercantil, es de la naturaleza y no de la esencia del mismo. En cambio, en la contratación estatal dicha remuneración, por constituir la contraprestación un requisito para el perfeccionamiento del contrato, se torna en elemento esencial de los contratos de fiducia pública y de encargo fiduciario.

El sistema de tarifas, que la ley mercantil prevé para la fiducia, indica que, según la clase de negocio fiduciario, aquellas pueden corresponder, entre otras, a las siguientes modalidades : una suma fija determinada, una cifra acordada entre una cantidad mínima y una máxima, una cifra equivalente a un porcentaje fijo, una cifra equivalente a un porcentaje gradual creciente o decreciente, o la combinación de algunas de las formas indicadas.

La adopción del sistema de porcentaje obedece, en muchos casos, a la incertidumbre sobre el monto del valor de las cosas que serán objeto de la finalidad determinada por el constituyente de la fiducia o encargo fiduciario.

Surge entonces una primera cuestión : ¿la exigencia de acuerdo sobre la contraprestación implica que ésta debe ser determinada o puede ser determinable ? La Sala considera que esta pregunta la absuelve el artículo 1518 del Código Civil al fijar reglas sobre las cosas que pueden ser objeto de la declaración de voluntad. En efecto, esta norma prescribe : "La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla".

1.3. Los contratos estatales y el régimen presupuestal. Según el artículo 25 de la ley 80 de 1993 cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales se abrirán licitaciones o concursos e iniciarán procesos de suscripción de contratos (numeral 6º); las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios; igualmente incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.

La misma ley se refiere en otras disposiciones al "presupuesto anual" para determinar algunas competencias, requisitos y modalidades de contratación. El significado y alcance de dicha expresión, conforme al artículo 13 del decreto 679 de 1994, es el de presupuesto inicialmente aprobado por cada entidad individualmente considerada, incluyendo gastos de inversión y de funcionamiento. Si hay modificación por alguna adición o reducción se tendrá en cuenta el valor del presupuesto modificado.

El estatuto orgánico de presupuesto, compilado en el decreto 111 de 1996, contiene varios preceptos aplicables a la contratación estatal. De acuerdo con el artículo 71 todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar previamente con certificados de disponibilidad que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender los respectivos gastos. Dichos compromisos deben contar igualmente con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. "En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos".

La exigencia del registro presupuestal del contrato, como requisito de perfeccionamiento del mismo, introduce un elemento adicional a los establecidos en la ley civil, comercial y la ley de contratación estatal.

Por consiguiente, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Consejo Superior de Política Fiscal (Confis) o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras.

Conforme al artículo 89 *ibidem*, las apropiaciones incluidas en el presupuesto general son autorizaciones máximas de gasto que la corporación competente aprueba para ser ejecutadas o comprometidas durante la vigencia fiscal respectiva. Al finalizar el año, expiran las autorizaciones y, en consecuencia, no podrán comprometerse, adicionarse, transferirse, ni contracreditarse. Los compromisos que al 31 de diciembre no se hayan cumplido, a pesar de estar legalmente contraídos y desarrollar el objeto de la apropiación, deberán ser incluidos por el respectivo órgano en las reservas presupuestales y éstas sólo podrán utilizarse para cancelar los compromisos que les dieron origen.

El presupuesto se compone de tres partes: el presupuesto de rentas que contiene la estimación de los ingresos, el presupuesto de gastos o ley de apropiaciones dentro del cual se distinguen los gastos de funcionamiento y de inversión, el servicio de la deuda pública y las disposiciones generales o normas tendientes a asegurar la correcta ejecución del presupuesto del respectivo año fiscal.

Es posible que durante la ejecución del presupuesto se requiera aumentar el monto de las apropiaciones, para completar las insuficientes o para otros fines previstos en el artículo 79 del mencionado decreto 111/96. Dicho estatuto orgánico de presupuesto autoriza realizar esos aumentos, mediante un procedimiento contemplado en los artículos 80 y siguientes.

Por consiguiente, al analizar las disposiciones de la ley 80 de 1993 de manera conjunta con las del estatuto orgánico de presupuesto (decreto 111 de 1996) en orden a fijar su significado y alcance en forma armónica se llega a las siguientes conclusiones :

El presupuesto contiene las apropiaciones para atender los gastos, entre estos el pago de las contraprestaciones que se pacten en los contratos. Así mismo, debe contener una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos en la contratación.

Cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales podrán abrirse las licitaciones o concursos.

Para afectar la respectiva apropiación presupuestal con la celebración de un contrato, el funcionario competente para celebrarlo debe contar previamente con un certificado de disponibilidad.

El compromiso adquirido por medio del contrato debe contar con registro o reserva presupuestal, el cual indicará claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Este registro presupuestal es también un requisito de perfeccionamiento del contrato administrativo.

Cuando seriere indispensable aumentar la cuantía de las apropiaciones autorizadas inicialmente para completar las insuficientes o incluir apropiaciones no comprendidas en el presupuesto, si se trata de órganos públicos sometidos a la ley de presupuesto se tramitará un proyecto de ley, ordenanza, acuerdo o decreto, según el caso, sobre traslados y créditos adicionales al presupuesto. La disposición correspondiente establecerá de manera clara y precisa el recurso que ha de servir de base para la apertura del crédito adicional. En cambio, si se trata de un Fondo-Cuenta, como el establecido en el presupuesto de la Asociación Conferencia Nacional de Gobernadores, se adoptará la decisión que corresponda de conformidad con el artículo 224 de la ley 223 de 1994, el decreto reglamentario 1640 de 1996, la resolución 001 de 1996 de la Asamblea de gobernadores y del Alcalde Mayor del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, por medio de la cual se reglamenta la administración, la destinación de los rendimientos financieros y la adopción de mecanismos para dirimir las diferencias que surjan por la distribución de los recursos del Fondo Cuenta.

Con base en las apropiaciones resultantes de la adición presupuestal se podrán adoptar los actos necesarios para cumplir con lo previsto en materia de contratación, esto es, lo indicado anteriormente en las letras a) a d).

El régimen presupuestal al cual debe someterse el Fondo Cuenta de impuestos al consumo de productos extranjeros, creado por el artículo 224 de la ley 223 de 1995, es el establecido en el decreto 111 de 1996 (estatuto orgánico de presupuesto), en lo pertinente, conforme dispone el artículo 1º del decreto reglamentario 1640 de 1996. Por tanto, como la aplicación de dicho régimen no comprende toda su normatividad, el presupuesto lo aprobará la asamblea de la Conferencia Nacional de Gobernadores y del Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, las adiciones del presupuesto y la autorización para comprometer vigencias futuras serán adoptadas por el consejo de administración del fondo, según lo dispuesto por el decreto 1640 de 1996 y los reglamentos adoptados por la mencionada corporación.

El caso objeto de la consulta está relacionado con el recaudo de impuestos cuyo monto superó lo previsto en el pliego de condiciones de la licitación y por lo mismo los ingresos contemplados en el presupuesto anual del fondo cuenta especial administrado por la Conferencia Nacional de Gobernadores, entidad contratante del encargo fiduciario. Por consiguiente, será necesario adicionar el presupuesto para incorporar los mayores recursos y también el costo de su recaudo y administración.

1.4. Adición de contratos. *Adición* significa "acción y efecto de añadir o agregar", y *adicional* es lo que se suma o añade a alguna cosa. La ley 80 de 1993 dispone en el inciso 2º del parágrafo del artículo 40 lo siguiente : [Ver el Concepto del Consejo de Estado 1439 de 2002](#)

"Los contratos que celebren las entidades estatales no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado en salarios mínimos legales mensuales".

La institución del contrato adicional estuvo consignada en los anteriores estatutos de contratación. En efecto, en el artículo 58 del decreto 222 de 1983 y en el artículo 45 del decreto ley 150 de 1976. Este último estaba redactado en los siguientes términos :

"De los contratos adicionales.- Cuando por circunstancias especiales haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenidos, y no se trate de reajuste de precios previstos en este estatuto, la entidad interesada suscribirá un contrato adicional que no podrá exceder la mitad de la cuantía originalmente pactada más los reajustes que se hubieren efectuado. Las adiciones relacionadas con el valor quedarán perfeccionadas con la firma del jefe de la entidad contratante, previo registro presupuestal, adición y prórroga de las garantías otorgadas y pago de los impuestos correspondientes. Las relacionadas con el plazo sólo requerirán firma del jefe de la entidad contratante y prórroga de las garantías.

Los contratos de estudio e interventoría previstos en los numerales 1º y 3º del artículo 68 de este decreto podrán adicionarse sin el límite fijado en el presente artículo sin que en ningún caso pueda de esta manera cambiarse su objeto.

Todas las adiciones deberán ser publicadas en el Diario Oficial".

El decreto ley 222 de 1983 disponía :

"ART. 58.- De los contratos adicionales. Salvo lo dispuesto en el título IV, cuando haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenido y no se tratare de la revisión de precios prevista en este estatuto, se suscribirá un contrato adicional que no podrá exceder la cifra resultante de sumar la mitad de la cuantía originalmente pactada más el valor de los reajustes que se hubieren efectuado a la fecha de acordarse la suscripción del contrato adicional.

Las adiciones relacionadas con el valor quedarán perfeccionadas una vez suscrito el contrato y efectuado el registro presupuestal. Las relacionadas con el plazo sólo requerirán la firma del jefe de la entidad contratante y prórroga de las garantías.

correspondientes.

Los contratos de interventoría, administración delegada y consultoría previstos en este estatuto, podrán adicionarse sin el límite fijado en el presente artículo.

Las adiciones deberán publicarse en el Diario Oficial.

En ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviese vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales, ni pactarse prórrogas automáticas.

Parágrafo. Los contratos de empréstito distintos a los créditos de proveedores, no se someterán a lo dispuesto en este artículo".

De las disposiciones transcritas se deducen las siguientes conclusiones:

Antes de la ley 80 de 1993 se regulaban los contratos adicionales. La actual normatividad reglamenta la adición de los contratos.

Dichos contratos adicionales sólo podían celebrarse cuando se dieran circunstancias que hicieran necesaria la modificación.

La modificación se refería exclusivamente al plazo o valor convenidos en el contrato inicial.

El reajuste o revisión de precios no era materia de un contrato adicional.

El contrato adicional no podía exceder de la mitad de la cuantía originalmente pactada más los reajustes que se hubieren efectuado.

El perfeccionamiento del contrato adicional difería según se tratase del valor o el plazo, pero en términos generales estaba sujeto a la firma del jefe de la entidad y al registro presupuestal, así como a la adición y prórroga de las garantías otorgadas y pago de impuestos. El decreto 222/83 distinguió entre perfeccionamiento y ejecución del contrato adicional.

Los contratos de estudio e interventoría, según el decreto ley 150/76, y los de interventoría, administración delegada y consultoría, conforme al decreto ley 222/83, se excluían del límite máximo de la cuantía de la adición. El primer decreto citado no permitía el cambio de objeto del contrato de estudio e interventoría fundado en la mencionada excepción. La ley 80 de 1993 no establece excepciones al límite del valor de la adición.

El decreto ley 222/83 prohibía emplear los contratos adicionales como medio para modificar el objeto de los contratos, o para prorrogar su plazo cuando ya estuvieren vencidos. Igualmente prohibía pactar prórrogas automáticas.

Los contratos de empréstito distintos a los créditos de proveedores, se excluían de lo dispuesto en el artículo 58 del decreto ley 222/83.

Esta Sala⁴, con fundamento en lo dispuesto en el decreto ley 150 de 1976, consideró que "la Administración queda vinculada tanto por las reglas de la licitación pública como por el contrato mismo y cualquier modificación del objeto de éste implica la celebración de un nuevo contrato, no de uno adicional, previsto solamente cuando la modificación se refiere al valor y al plazo del contrato originalmente celebrado".

Por su parte, la Sección Tercera de esta Corporación⁵ señaló :

"La mayor cantidad de obra que resulte por encima del estimativo inicial en los contratos de obras celebrados a precios unitarios, no implica, en principio, en forma alguna cambio de objeto ni cambio en su valor, porque en este tipo de contratos sólo podrá hablarse de este último cambio, cuando la modificación se hace en alguno u algunos de los precios unitarios convenidos. Sucede en esto algo diferente a lo que se observa en los contratos a precio alzado, en los que la variación en su valor tiene en cuenta el valor global del mismo".

Esta Sala⁶ al analizar el artículo 58 del decreto ley 222/83 expresó :

"De la lectura de esta norma se deduce claramente que el legislador extraordinario denominó equivocadamente contratos adicionales a las modificaciones del plazo y del valor de los contratos administrativos, pues estas son simples reformas que no implican cambio radical en el contrato.

Sólo cuando se hace necesario reformar el objeto del contrato se está frente a la celebración de verdaderos contratos adicionales, porque ello implica una modificación fundamental del convenio inicial. Por lo mismo, debe entenderse que cuando la norma se refiere a la celebración de un contrato adicional por modificación del plazo o del valor se está frente a una mera reforma del contrato. Y que se celebra un contrato adicional cuando las partes contratantes acuerdan una modificación del objeto, del plazo y del valor del contrato; como por ejemplo cuando en un contrato de obras públicas se pacta la construcción de un determinado tramo de una carretera y una vez en ejecución se determina que el tramo debe ampliarse; ese cambio obviamente redundará en la modificación del objeto, del plazo y del valor del contrato principal, lo que conlleva necesariamente la celebración de un contrato adicional".

El anterior criterio fue reiterado en la consulta número 601 de mayo 17 de 1994.

De lo expuesto se colige que son diferentes el contrato adicional y la adición de contratos. Aquel es un nuevo contrato, mientras ésta es una modificación de un contrato en ejecución.

La ley 80 de 1993 abandonó el concepto de contrato adicional e introdujo el de "adición de los contratos", sin especificar los elementos sobre los cuales puede hacerse la adición, mantuvo sí un límite : no más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.

Igualmente, la mencionada ley conservó el criterio de excluir de la adición del contrato los reajustes o revisión de precios. Así se desprende de lo dispuesto en los artículos 4º numeral 8º, 14 numeral 1º, 16, 25 numerales 13 y 14, y 27 que disponen la aplicación de mecanismos de ajustes de precios sin referirlos a la estipulación de una adición del contrato. Específicamente el numeral 14 del artículo 25 ordena a las entidades estatales incluir en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos que se originen, entre otras causas, en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.

La adición del contrato puede entenderse como una modificación del mismo, por cuanto el artículo 16 de la ley 80 estatuye que la modificación unilateral consiste en introducir variaciones en el contrato por la entidad contratante, cuando previamente las partes no lleguen a un acuerdo sobre supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios. Por su parte, el artículo 14 que prevé los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual, entre ellos la modificación unilateral, prescribe que en los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Por tanto, la adición del contrato debe entenderse como un agregado a las cláusulas del mismo. Es un instrumento apropiado para resolver las situaciones que se presentan cuando en desarrollo de un contrato se establece la necesidad de incluir elementos no previstos expresamente en el pliego de la licitación y por ende excluidos del contrato celebrado, pero que están ligados a éste y resultan indispensables para cumplir la finalidad que con él se pretende satisfacer. En estos casos, puede acudirse a una adición del contrato inicial con las limitaciones previstas en la ley.

En consecuencia, hay que distinguir la determinación del precio del contrato, que se logra mediante los instrumentos de reajuste o revisión de precios, de la necesidad de agregar elementos no previstos en el contrato inicial pero cuya ejecución es indispensable por su conexidad con aquél, que se logra mediante la adición del contrato, tanto al objeto para incluirlos, como al valor para cubrir su costo y, si fuere necesario, al plazo para lograr su oportuna ejecución. La determinación del monto del precio o remuneración, con base en la aplicación de un porcentaje decreciente sobre unos rangos de sumas crecientes, también constituye una modalidad semejante al reajuste o revisión de precios. En este último caso se aplicaría la adición del contrato en cuanto fuera necesario aumentar o disminuir los porcentajes o los parámetros de aplicación de los mismos.

1.5. Contrato de encargo fiduciario para el recaudo de los impuestos al consumo de productos extranjeros. El artículo 224 de la ley 223 de 1995 instituyó dentro del presupuesto de la Conferencia Nacional de Gobernadores un fondo - cuenta especial en el cual se depositarán los recaudos por concepto de los impuestos al consumo de productos extranjeros. La administración, la destinación de los rendimientos financieros y la adopción de mecanismos para dirimir las diferencias que surjan por la distribución de los recursos del Fondo-Cuenta será establecida por la Asamblea de Gobernadores y del Alcalde del Distrito Capital, mediante acuerdo de la mayoría.

Dicha Asamblea dispuso, por medio de la resolución 001 de mayo 14 de 1996, que el Consejo de Administración, constituido por el Consejo Directivo de la Corporación Conferencia Nacional de Gobernadores y por el Alcalde de Santafé de Bogotá, nombrará al Administrador del Fondo - Cuenta y lo autorizará para celebrar contratos directamente o con previa autorización.

Posteriormente, en reunión celebrada el 9 de julio de 1996 el Consejo de Administración del Fondo - Cuenta adoptó la decisión de administrar dicho fondo a través de un encargo fiduciario y autorizó al Director Ejecutivo de la Conferencia Nacional de Gobernadores para celebrar el contrato respectivo, con sujeción a las leyes 80 de 1993, 223 de 1995, a los decretos 1640 de 1996 y 111 de 1996, al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, al Código de Comercio en lo pertinente y a la resolución 001 de 1996 de la Asamblea de Gobernadores y del Alcalde de Santafé de Bogotá, D.C.

No obstante que la autorización del Consejo de Administración del Fondo fue para celebrar un contrato de encargo fiduciario, la licitación se efectuó para celebrar un contrato de fiducia. Con todo, el objeto del contrato se ajusta más al encargo fiduciario. En el pliego de condiciones se consignó, en lo pertinente a la materia objeto de consulta, lo siguiente :

"6.7 PROPUESTA ECONÓMICA :

La propuesta económica está sujeta a las siguientes reglas :

Los proponentes deberán indicar cual sería su única remuneración por concepto de la totalidad de los servicios ofrecidos por los proponentes para la ejecución del objeto del contrato, la cual deberá formularse como un porcentaje sobre los recursos administrados. Se expresará como un porcentaje fijo sobre el monto de los recursos a administrar y/o sobre los rendimientos financieros que se generen. (la negrilla no es del texto original)

La comisión fiduciaria se liquidará trimestralmente.

La cancelación se autorizará por parte del Administrador del Fondo-Cuenta, previa la presentación de la cuenta de cobro por parte de la sociedad fiduciaria.

El término para la aprobación y autorización de cancelación de la comisión será de diez (10) días hábiles contados a partir del recibo de la cuenta de cobro.

La comisión fiduciaria se descontará de los rendimientos que se obtengan por el manejo de los recursos del contrato que se suscriba con la fiduciaria adjudicataria.

La Conferencia Nacional de Gobernadores - Fondo - Cuenta no reconocerá sumas adicionales por concepto de costos administrativos u operativos.

El numeral antes citado, del pliego de condiciones de la licitación 01 de 1996, fue modificado por el ADENDO 3º, el cual dispuso:

"El ítem 6.7 quedará así :

6.7 PROPUESTA ECONOMICA

La propuesta económica está sujeta a las siguientes reglas :

Los proponentes deberán indicar cual sería su única remuneración por concepto de la totalidad de los servicios ofrecidos por los proponentes para la ejecución del objeto del contrato, la cual deberá formularse como un porcentaje sobre los recursos administrados. (la negrilla no es del texto original)

Los proponentes deberán discriminar dentro la comisión fiduciaria el valor correspondiente al costo de adquisición del software específico. (cfr. 6.3.1.3 ítem opción de compra del software).

La comisión fiduciaria se liquidará mensualmente. El término para la presentación de la cuenta será de diez (10) días corrientes, contados a partir del último día del mes.

La cancelación se autorizará por parte del Administrador del Fondo - Cuenta, previa la presentación de la cuenta de cobro por parte de la sociedad fiduciaria.

El término para la aprobación y cancelación de la comisión será de un (1) mes contado a partir del recibo de la cuenta de cobro.

La Comisión Fiduciaria se descontará de los rendimientos que se obtengan por el manejo de los recursos del contrato que se suscriba con la fiduciaria adjudicataria.

La Conferencia Nacional de Gobernadores - Fondo - Cuenta no reconocerá sumas adicionales por concepto de costos administrativos u operativos.

El valor de la comisión, del proponente tendrá los siguientes parámetros :

de 0 a 5.000'000.000	hasta 3%
de 5.000'000.001 a 10.000'000.000	hasta 2.5%
de 10.000'000.001 a 15.000'000.000	hasta 2%
de 15.000'000.001 a 20.000'000.000	hasta 1.8%
de 20.000'000.001 en adelante*	hasta 1.5%

* Debe considerarse la autorización de compromiso de vigencias futuras dada por el consejo de administración. (ítem 2.5 del pliego de condiciones). Para efectos de calcular el ingreso máximo que puede obtener la sociedad fiduciaria se deben considerar las normas presupuestales y contractuales legales vigentes".

La comparación entre el texto del pliego inicial y el del adendo número 3, ofrece las siguientes diferencias, que la Sala estima conveniente resaltar :

El adendo suprimió la frase : "Se expresará como un porcentaje fijo sobre el monto de los recursos a administrar y/o sobre los rendimientos financieros que se generen". Por consiguiente, se pasó de un porcentaje fijo a uno variable decreciente, de acuerdo con los parámetros expresados en el adendo.

El adendo agregó incluir dentro de la comisión fiduciaria el valor correspondiente al costo de adquisición del software específico.

El adendo cambió la liquidación trimestral de la comisión por la liquidación mensual y precisó el término para la presentación de la cuenta.

El adendo amplió el término para la aprobación y cancelación de la comisión, de diez días a un mes.

El adendo fijó parámetros al valor de la comisión, según los cuales a menor cantidad corresponderá un mayor porcentaje y a mayor cantidad menor porcentaje.

Así mismo, el adendo condicionó el cálculo del ingreso máximo que puede obtener la sociedad fiduciaria a las normas presupuestales y contractuales.

El contrato celebrado contradice las condiciones de costo de los servicios necesarios para la ejecución del objeto del mismo definidos de manera precisa en el adendo 3, el cual sustituyó algunas partes del pliego inicial, entre ellas, las condiciones económicas que preveían un porcentaje fijo, y por ende eran las condiciones del adendo las que finalmente obligaban, entre estas, la del porcentaje variable decreciente.

La consecuencia de no haberse sometido el contrato a las condiciones definidas en el pliego de condiciones o términos de referencia es la prevista en el artículo 24 numeral 5º de la ley 80 de 1993, esto es, que son ineficaces de pleno derecho las estipulaciones pertinentes del contrato, en cuanto el valor de la remuneración sólo podía fijarse dentro de los parámetros indicados en el adendo 3, así : de \$15.000'000.001 a 20.000'000.000 hasta 1.8% y de 20.000'000.001 en adelante hasta 1.5%.

La ineficacia de pleno derecho es un fenómeno jurídico consignado en el artículo 897 del Código de Comercio y recogido en el estatuto de contratación estatal. Según el mencionado código, cuando en él se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.

Y el mencionado numeral 5º del artículo 24 de la ley 80 de 1993 dispone en su último inciso :

"Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados"

Para el profesor Fernando Hinestrosa Forero el artículo 897 del Código de Comercio "erigió una figura sui generis, al parecer sin antecedentes y desprovista de perfiles nítidos y de autonomía"⁷. Más adelante, para concluir, afirma es "una figura extraña, imprecisa y confusa".

Para Francesco Messineo⁸ la ineficacia es distinta de la invalidez, así como la eficacia es diferente de la validez. Pero el contrato inválido es necesariamente ineficaz. El contrato es ineficaz cuando, aún no siendo inválido, no es apto para producir efectos a causa de la presencia de un obstáculo extrínseco. Tal ineficacia puede ser transitoria (otros la llaman eficacia suspendida), permanente y relativa. Por tanto, aunque el contrato sea válido, porque está provisto de todos sus requisitos, no es productor de efecto; sin embargo, no se excluye que acontecimientos nuevos y posteriores subsanen la situación.

Aunque el último inciso del numeral 5º del artículo 24 de la ley 80, transcrito atrás, suscita varios interrogantes sobre su alcance y efectos, la Sala se ocupará solamente de dilucidar qué ocurre al devenir parcialmente ineficaz la cláusula sobre remuneración del contrato de fiducia, por no estar ajustada a las condiciones de costo de los servicios necesarios para la ejecución del objeto definidas con precisión en el adendo 3 del pliego.

Si la cláusula del contrato no produce efectos, ¿es subsanable el vicio? ¿en caso afirmativo, cómo se subsana?. Las normas que regulan el fenómeno jurídico de la ineficacia no prevén una solución, como tampoco indican la manera de hacer realidad los efectos de la ineficacia cuando hay lugar a restituciones entre las partes contratantes.

Si por falta de una solución legal expresa se concluyera que la ineficacia arrasa todo el contrato, se le daría a dicha institución un alcance mayor al que del ordenamiento legal de la contratación estatal puede deducirse, como conclusión de su interpretación armónica o sistemática. En efecto, la ineficacia estatuida en ley 80 de 1993 es subsanable conforme al artículo 49, que dispone:

"Ante la ocurrencia de vicios que no constituyan causales de nulidad y cuando las necesidades del servicio lo exijan o las reglas de la buena administración lo aconsejen, el jefe o representante legal de la entidad, en acto motivado, podrá sanear el correspondiente vicio".

Las ineficacias establecidas en el Código de Comercio hacen que prevalezcan los efectos consignados en dicho código y que están precisamente protegidos con la sanción de ineficacia de los actos o cláusulas que pretenden lo contrario.

Así, la ineficacia de una cláusula del contrato de sociedad que prive de toda participación en las utilidades a algunos de los socios (art. 112 C. de Co.), lo que hace es garantizar la prevalencia del derecho de todos los socios a participar en las utilidades. En igual forma, que no produzcan efectos las decisiones adoptadas por la asamblea general de accionistas en contravención a las reglas sobre quórum, lugar para la celebración de ésta, etcétera (art. 433 íbidem); indica que, en sentido contrario, las decisiones aprobadas por una asamblea que cumpla con todos los requisitos legales tendrán plena eficacia.

De igual manera, si en el pliego de condiciones, en los términos de referencia, o en un contrato estatal se contraviene lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 24 de la ley 80 de 1993, lo que fuere contrario a dicha norma no producirá efectos; por tanto la entidad estatal, para poder contratar o lograr la ejecución del contrato celebrado, deberá sanear la actuación a partir del momento en que ésta carece de efectos, o corregir la estipulación del contrato si ya lo hubiere suscrito, en orden a que prevalezca el fin buscado en la norma citada.

En consecuencia, para superar la situación que se presenta en el contrato objeto de consulta, derivada de un mayor recaudo del previsto inicialmente, y de no haberse sujetado la estipulación contractual sobre costo del servicio a las condiciones del pliego de condiciones, la entidad contratante podrá sanear el vicio de conformidad con el artículo 49 de la ley 80, o disponer la modificación unilateral del contrato, si previamente no llega a un acuerdo con el consorcio contratista para modificar los porcentajes y ajustarlos a los máximos previstos en el pliego de condiciones. En cualquier caso se requerirá la adición presupuestal para poder liquidar y pagar la correspondiente remuneración.

En cuanto dichas condiciones del pliego no hubieren sido inobservadas, la determinación de la remuneración con base en los porcentajes decrecientes sobre cantidades administradas, no se trataría como un saneamiento del vicio, o una adición o modificación del contrato, sino simplemente como un instrumento semejante al reajuste o revisión de precios.

La importancia del pliego de condiciones resalta cuando se lee la cláusula cuarta del contrato, que dice : "DOCUMENTOS DEL CONTRATO. Serán parte del presente contrato, además del texto del mismo, el pliego de condiciones con sus adendos, avisos y aclaraciones, la propuesta del oferente incluyendo todos sus anexos, las modificaciones o cambios que se convengan por escrito entre las partes durante la ejecución del contrato, los procedimientos y cronogramas que se adopten en la ejecución de este contrato y las recomendaciones del Consejo de Administración. En caso de discrepancia entre dichos documentos, se acudirá en primer lugar, al texto del contrato y sus modificaciones, en segundo término, al pliego de condiciones y en tercer lugar a la oferta presentada. En los demás casos de discrepancia entre los documentos contractuales que no pueda resolverse conforme al anterior criterio, LA CONFERENCIA determinará cual prevalece".

En cuanto al valor del contrato y la apropiación presupuestal para efectos del pago de la comisión fiduciaria, se estipuló en el documento respectivo lo siguiente :

"CLAUSULA TERCERA. VALOR DEL CONTRATO. "El valor estimado del contrato es de NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$996.600.000.00) correspondiente al valor estimado de la comisión que se cancelará al CONSORCIO FONDO CUENTA IMPROEX, la cual según su propuesta equivale al UNO PUNTO NOVENTA Y OCHO POR CIENTO (1.98%) del total de los recursos recaudados".

(...)

"CLAUSULA DECIMA CUARTA. APROPIACION PRESUPUESTAL : "Los pagos en virtud del presente contrato incluida la comisión fiduciaria, se cubrirán con recursos del presupuesto del Fondo - Cuenta así : Para la vigencia fiscal de 1997 se comprometen recursos por un monto de trescientos millones de pesos (\$300.000.000.00). Para las vigencias futuras de 1998, 1999 y 2000 se tiene autorización del Consejo de Administración del Fondo - Cuenta, la cual consta en las Actas No 02 de 8 de octubre de 1996 y No 05 del 23 de enero de 1997, para comprometer recursos hasta por setecientos seis millones seiscientos sesenta y siete mil pesos (\$706.667.000.00), todo lo cual consta en los certificados de disponibilidad presupuestal No. 3 del 24 de enero de 1997. Los recursos estarán sujetos al recaudo de los impuestos al consumo de productos extranjeros y al cigarrillo y al tabaco elaborado extranjeros con destino al deporte".

"CLAUSULA DECIMA QUINTA. SUJECION DE LOS PAGOS A LAS APROPIACIONES PRESUPUESTALES. Los pagos a que se obliga LA CONFERENCIA quedan subordinados a las disponibilidades presupuestales y a los recaudos por concepto de los impuestos al consumo de productos extranjeros y al cigarrillo y al tabaco elaborado extranjero con destino al deporte. PARAGRAFO : En caso de ser necesaria una adición presupuestal, por recaudarse mayores recursos de los inicialmente presupuestados, se procederá a efectuar la correspondiente adición al valor contractual siempre que no exceda el límite máximo que permita la ley".

"CLAUSULA DECIMA SEPTIMA. REMUNERACION DEL CONSORCIO FONDO CUENTA IMPROEX. EL CONSORCIO FONDO CUENTA IMPROEX recibirá por razón de su labor una comisión equivalente al uno punto noventa y ocho por ciento (1.98%) de los recursos administrados correspondiente a una única remuneración por concepto de la totalidad de los servicios ofrecidos por el CONSORCIO FONDO CUENTA IMPROEX para la ejecución del objeto del contrato. Esta remuneración se pagará de la siguiente manera : La comisión fiduciaria se liquidará mensualmente; el término para la presentación de la cuenta será de diez (10) días corrientes, contados a partir del último día del mes".

"CLAUSULA TRIGESIMA PRIMERA. IMPUESTO DE TIMBRE. "Para efectos fiscales este contrato es de cuantía indeterminada. Se ha previsto como valor estimado del presente contrato la suma de NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$996.600.000) correspondientes al valor estimado de la comisión que se cancelará AL CONSORCIO FONDO CUENTA IMPROEX, la cual según la propuesta equivale al UNO PUNTO NOVENTA Y OCHO POR CIENTO (1.98%) del total de recursos recaudados. EL CONSORCIO FONDO CUENTA IMPROEX acreditará el pago del impuesto de timbre a la CONFERENCIA dentro del plazo que la ley establece para tal efecto. De conformidad con el artículo 535 del Estatuto Tributario, para efectos del impuesto de timbre, la CONFERENCIA está exenta".

1.6 Conclusiones :

El análisis consignado en los puntos anteriores permite señalar las siguientes conclusiones :

1.6.1 La contraprestación, esto es, lo que paga la entidad estatal al contratista por la prestación del bien o servicio que constituye el objeto del
Concepto Sala de Consulta C.E. 1121 de 1998 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

contrato, es un requisito esencial del contrato. La cuantía de la contraprestación puede ser determinada o determinable, en este último caso se fijarán en el contrato las reglas o datos que sirvan para determinarla.

1.6.2 Si bien la remuneración no es de la esencia del contrato de fiducia mercantil, sino de su naturaleza, en materia de fiducia pública dicha remuneración, que constituye la contraprestación, sí es un requisito esencial.

1.6.3 La ley mercantil dispone que la fiducia se remunerará con base en una tarifa que establecerá la Superintendencia Bancaria, pero ésta aún no la ha fijado. En consecuencia, rige lo que acuerden las partes contratantes.

1.6.4 La ley 80 de 1993 no establece criterios para determinar la remuneración de la fiducia o encargo fiduciario. Para el contrato de fiducia o encargo fiduciario, objeto de la consulta, el pliego de condiciones define con precisión los parámetros para determinar la remuneración.

1.6.5 Las licitaciones o concursos para celebrar contratos deben contar previamente con las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales. Igualmente, las autoridades deberán constituir las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.

1.6.6 Los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos, así como con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. El registro deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

1.6.7 Si las apropiaciones presupuestales previstas para atender el pago de la contraprestación acordada resultaron insuficientes, es viable adoptar una adición presupuestal en la cual se incorporen los mayores recursos recaudados y se apropie lo necesario para atender el pago del contrato de fiducia.

1.6.8 Son diferentes los conceptos de contrato adicional y adición de contratos. Aquel es un nuevo contrato, mientras ésta es una modificación de un contrato en ejecución cuando se requiere agregarle elementos no previstos pero que son conexos con el objeto contratado y su realización indispensable para cumplir las finalidades que tuvo la entidad estatal al contratar.

1.6.9 El contrato de fiducia celebrado entre la Corporación Conferencia Nacional de Gobernadores y el Consorcio Fondo Cuenta Improex estuvo precedido de una licitación en cuyo pliego de condiciones se previó una remuneración resultante de la aplicación de un porcentaje decreciente, según los parámetros consignados en el adendo 3 del pliego. El contrato no tuvo en cuenta el porcentaje de hasta el 1.8% para las cifras administradas de \$ 15.000'000.001 a 20.000'000.000 y hasta el 1.5% para las cifras de \$20.000'000.001 en adelante.

1.6.10 La cláusula contractual que contraría las condiciones definidas en el pliego de condiciones o términos de referencia, para fijar el costo de los servicios (remuneración), es ineficaz de pleno derecho, conforme dispone el último inciso del numeral 5º del artículo 24 de la ley 80 de 1993. Dicha ineficacia puede ser superada por el procedimiento previsto en el artículo 49 de dicha ley, o mediante la modificación unilateral del contrato, si previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo.

2. LA SALA RESPONDE :

Para el contrato de encargo fiduciario celebrado entre la Corporación Conferencia Nacional de Gobernadores y el Consorcio Fondo Cuenta Improex, constituido por Fiducolumbia S.A. y Fiducomercio S.A., para el recaudo, la administración y el pago de los recursos obtenidos por concepto de los impuestos al consumo de productos extranjeros, el valor es la cifra que resulte de multiplicar los recursos administrados por el porcentaje del 1.98%, de \$10.000'000.001 hasta 15.000'000.000, adicionada con la cifra que resulte de multiplicar por el porcentaje hasta del 1.8% los recursos administrados en cuantía de \$15.000'000.001 hasta \$ 20.000'000.000, más la cifra que resulte de multiplicar por el porcentaje hasta del 1.5% los recursos administrados en cuantía de \$ 20.000'000.001 en adelante.

La determinación del precio pactado en el contrato de fiducia objeto de esta consulta, la cual debe hacerse conforme a las reglas previstas en el contrato, en cuanto no sean ineficaces, no constituye una adición del contrato y por consiguiente no está limitada al monto previsto en el parágrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993.

Los compromisos y pagos deben hacerse con sujeción a las apropiaciones y a las vigencias futuras autorizadas, pero estas son susceptibles de modificarse por medio de una adición presupuestal que incorpore nuevos recursos y aumente las apropiaciones insuficientes para cumplir las obligaciones contractuales.

Los pagos a que se obliga la Conferencia sí están subordinados a los certificados de disponibilidad presupuestal.

Los pagos deben hacerse de acuerdo con la disponibilidad presupuestal inicial. Los mayores costos que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales del contrato deberán ser cubiertos con cargo a la apropiación global del presupuesto destinada a cubrir costos imprevistos.

No es viable obtener una autorización de compromiso de vigencias futuras sin especificar su valor. Lo que sí es viable es adicionar las autorizaciones de compromisos con fundamento en la adición presupuestal que refleje los mayores recaudos de los recursos del Fondo-Cuenta objeto del encargo fiduciario.

El procedimiento aplicable al caso consultado no es el de la adición del contrato, sino el de la determinación del precio cuya cuantía es incierta, pues se pactó sobre un valor estimado y con la previsión de ajustarla en caso de presentarse mayores recaudos a los estimados. No obstante, la circunstancia de la ineficacia de la cláusula contractual de la remuneración, en cuanto excede los parámetros definidos en el pliego de condiciones, hace necesario sanear dicho vicio y fijado el porcentaje liquidarlo en la forma atrás expresada.

Transcríbese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

AUGUSTO TREJOS JARAMILLO

Presidente de la Sala

JAVIER HENAO HIDRON

CESAR HOYOS SALAZAR

ELIZABETH CASTRO REYES

Secretaria de la Sala

NOTAS:

1 BERÇAITZ, Miguel Ángel. Teoría general de los contratos administrativos. 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 257 y sgtes. También pueden consultarse: Héctor José Escola. Tratado integral de los contratos administrativos, Buenos Aires, 1977, y Manuel M. Diez.

2 Juan Angel Palacio Hincapié, apoyado en la autoridad de Escola, también considera el precio como un elemento esencial del contrato estatal, pero por considerar que aquel encierra el motivo que induce al contratista a obligarse con la entidad. Véase La contratación de las entidades estatales. 2ª edición, Librería Jurídica Sánchez R., Medellín, 1998, p. 181.

3 Sobre este punto la Sala se pronunció en la consulta radicada bajo el número 1.050 de diciembre 12 de 1997.

4 Sala de Consulta y Servicio Civil, consulta radicación número 1.563, julio 30 de 1981, publicada en Jurisprudencia y Doctrina, tomo X, No. 118, octubre de 1981, p. 837 - 838.

5 Consejo de Estado, Sección 3ª, sentencia de agosto 6 de 1987, expediente número 3.886, publicada en Jurisprudencia y Doctrina, tomo XVI, No. 190, p. 1111 - 1121.

6 Sala de Consulta y Servicio Civil, consulta radicación número 350 de marzo 15 de 1990, publicada en Jurisprudencia y Doctrina, tomo XIX, No. 222, Junio de 1990, p. 482 - 484.

7 Derecho comercial colombiano. Cámara de Comercio y Colegio de Abogados de Medellín, 1995, págs. 206 y 209.

8 Doctrina general del contrato. Trad. R.O.Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra., edit. EJE, Buenos Aires, 1952, t. II, p. 311

Fecha y hora de creación: 2024-07-17 19:32:42