EDICIÓN Nº 06
JUNIO 2025

FDP LEGAL | Freire & De La Pava

BOLETÍN JURÍDICO

En esta edición:

- Es procedente que en las adiciones de los contratos estatales se estipulen anticipos.
- La cláusula que sujeta el pago de la interventoría al avance de obra es válida.
- Se unificará jurisprudencia sobre nulidad de acto administrativo que adjudica o declara desierto un proceso de selección.

Panorama jurídico del mes

En esta edición del Boletín Jurídico de FDP Legal, abordamos tres temas clave que impactan la ejecución y adjudicación de contratos estatales.

Analizamos la validez de pactar anticipos en adiciones contractuales, la legalidad de las cláusulas que condicionan el pago de la interventoría al avance físico de obra, y un nuevo auto del Consejo de Estado que busca unificar jurisprudencia sobre la nulidad de actos administrativos de adjudicación o declaratoria de desierto.

Una entrega centrada en la seguridad jurídica, el equilibrio contractual y la transparencia en los procesos de selección.

EDICIÓN Nº 06
JUNIO 2025

FDP LEGAL | Freire & De La Pava

BOLETÍN JURÍDICO

Es procedente que en las adiciones de los contratos estatales se estipulen anticipos

Mediante concepto C- 485 de 26 de mayo de 2025, Colombia Compra Eficiente – CCE analizó la posibilidad de acordar el pago de anticipos en las adiciones de los contratos, en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes y del parágrafo de artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

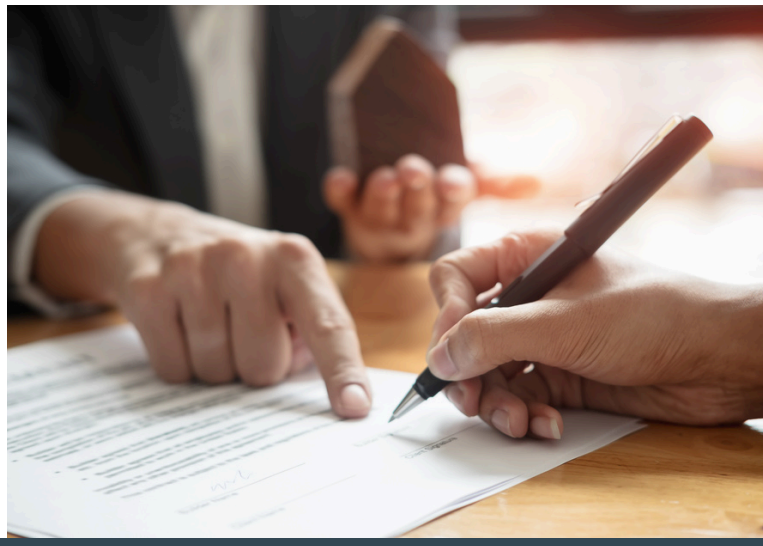
Al respecto, CCE expone que dicha norma facultó a las entidades estatales para pactar la entrega de anticipos en los contratos que celebren, una vez realizados los análisis correspondientes para determinar la conveniencia de otorgar dichos recursos al contratista. La citada norma únicamente determina el límite de su monto, el cual no podrá ser superior al cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato.

Por otra parte, encuentra que el inciso segundo del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 define la posibilidad de adicionar los contratos, siempre y cuando no se adicionen en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado en salarios mínimos legales mensuales.

Por consiguiente, CCE encuentra procedente pactar el pago de anticipo en una adición contractual, por lo que, si la adición aumenta el valor del contrato, debe calcularse si es procedente el anticipo, de acuerdo con el límite del cincuenta por ciento (50%) dispuesto en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

A su vez, destaca el requisito definido en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, con relación a la obligación a cargo del contratista de constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo en los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato.

Además, especifica el deber a cargo de la entidad de adoptar las medidas necesarias y razonables para asegurar la correcta inversión de los dineros entregados a título de anticipo, por lo que, en virtud del artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015, el contratista deberá constituir la garantía única de cumplimiento e incluir los amparos por (i) la no inversión del anticipo; ii) el uso indebido del anticipo; y iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo.



EDICIÓN Nº 06
JUNIO 2025

FDP LEGAL | Freire & De La Pava

BOLETÍN JURÍDICO

Por otra parte, para efectos de pactar el anticipo en una adición contractual, CCE resalta otros requisitos, tales como (i) la vigencia del contrato, pues no podría modificarse un contrato cuyo plazo ha culminado, (ii) la necesidad de acordar la modificación por escrito, dado el carácter solemne del contrato estatal, (iii) la existencia de las disponibilidades presupuestales, (iv) la prohibición de modificar las condiciones sustanciales del contrato, y (v) la necesidad de preservar los principios de igualdad, transparencia, libertad de concurrencia, selección objetiva y planeación.

La cláusula que sujeta el pago de la interventoría al avance de obra es válida

En sentencia del 28 de abril de 2025, la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado, Rad. No. 71.503, confirmó que las cláusulas contractuales que condicionan el pago de la Interventoría al avance físico de los proyectos de obra pueden ser válidamente pactadas entre las partes, sin que ello configure, por sí solo, un desequilibrio económico del contrato.

El caso fue promovido por Daimco S.A.S., quien solicitó la nulidad y, en subsidio, la ineficacia de una cláusula del Contrato de Interventoría No. 1773 de 2013 suscrito con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, alegando que el pago condicionado al avance de obra vulneraba el principio de equilibrio económico y que, pese a haber cumplido todas sus obligaciones, no se le reconoció la totalidad del valor contratado debido a que el proyecto solo alcanzó un 18,4% de ejecución.

La Sala analizó en detalle la cláusula contractual y concluyó que no se trata de un hecho imprevisto, sino de una condición libremente pactada entre las partes y conocida desde el pliego de condiciones. En palabras del fallo:

"La forma de pago pactada entre las partes en el contrato no es un hecho imprevisto que afecte la ecuación contractual, por lo tanto no es dable reconocer un desequilibrio con base en dicha estipulación."

Además, el Consejo de Estado recordó que el contratista aceptó dicha forma de pago tanto al firmar el contrato como al suscribir el Otrosí No. 1 del 10 de julio de

EDICIÓN Nº 06
JUNIO 2025

FDP LEGAL | Freire & De La Pava

BOLETÍN JURÍDICO

2014, sin realizar salvedades. Por ello, no era posible alegar desequilibrio económico derivado de una condición previsible y previamente aceptada.

Finalmente, la Corporación declaró la caducidad de las pretensiones de nulidad por haberse presentado extemporáneamente, y negó las pretensiones subsidiarias de reconocimiento económico, ratificando la validez de la cláusula.

Esta decisión reafirma la posibilidad de que las entidades públicas condicionen válidamente el pago de la Interventoría al avance físico del proyecto, siempre que dicha condición sea conocida y aceptada desde el proceso de selección y no se configure como un hecho sobreviniente o imprevisible que afecte la ecuación contractual.

Se unificará jurisprudencia sobre nulidad de acto administrativo que adjudica o declara desierto un proceso de selección

Mediante auto del 5 de junio de 2025, la Sección Tercera del Consejo de Estado avocó conocimiento del proceso con radicado No. 71.754, con el propósito de unificar jurisprudencia respecto de los siguientes temas:

- La determinación de la oferta habilitada más favorable, y
- Los presupuestos para establecer el perjuicio por la utilidad esperada en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos que adjudican o declaran desierto un proceso de selección de contratista, regido por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Para la Sala, actualmente no existe una línea jurisprudencial uniforme que permita, a partir del análisis probatorio, determinar cuál es la oferta habilitada más favorable. Tampoco se advierte consenso en cuanto a los criterios para cuantificar el perjuicio por la utilidad esperada.

Mientras que en unas ocasiones, para determinar la oferta habilitada más favorable se ha estimado que, basta con corregir y/o sumar la puntuación no tenida en cuenta en favor del demandante, sin necesidad de incurrir en un examen de todas las propuestas, ni de

EDICIÓN Nº 06
JUNIO 2025

FDP LEGAL | Freire & De La Pava

BOLETÍN JURÍDICO

verificar los demás aspectos de habilitación y calificación exigidos y valorados por la demandada, en otras situaciones, varia lo anterior, al considerar que es necesaria una revisión integral de todas las ofertas por parte del juez administrativo con el fin de determinar si, en efecto, el demandante tenía o no el derecho de suscribir el contrato estatal.

Así mismo, frente a los criterios para determinar el monto de la utilidad esperada, la Sala en algunas oportunidades ha considerado que cuando la entidad no adjudica el contrato al habilitado con la oferta más favorable, se genera un perjuicio por la no ejecución del negocio, por lo cual, para determinar el valor neto de la utilidad dejada de percibir, ha acudido a la figura de la condena en abstracto, para que, a través del correspondiente incidente, se liquide el perjuicio; no obstante, en otros expedientes, ha acogido un criterio de razonabilidad, de conformidad con las reglas de la experiencia y la sana crítica, a efecto de establecer la suma de dinero que debe ser reconocida al demandante. Según el cual, el monto de la utilidad esperada en un contrato estatal corresponde al cinco por ciento (5%) de su precio; siempre y cuando, el valor de la propuesta sea equivalente con el presupuesto oficial.

En tales términos se espera que la Sección Tercera del Consejo de Estado unifique los criterios para determinar la oferta habilitada más favorable y los presupuestos para tasar el perjuicio por la utilidad esperada.

Si tiene alguna duda o consulta en particular sobre los asuntos mencionados en este Boletín, los invitamos a ponerse en contacto con nosotros a los correos delapava@fdplegal.com o cfreire@fdplegal.com.