

110.068.2005

AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Al contestar cite N.U.R.: **216-3-29702**. 11/11/2005 10:50 AM
Trámite: 435 - CONCEPTO
I-29795 Actividad: 07 RESPUESTA, Folios: 3, Anexos: NO
Origen: 110 OFICINA JURIDICA
Destino: 216 GERENCIA SECCIONAL IV (BUCARAMANGA)

Servicio CORR4



MEMORANDO INTERNO

Devolver Copia Firmada

Bogotá D. C.,

OJ110-

PARA: **Doctor HORACIO CRISTANCHO TORRES**
Gerente Seccional Santander

DE: **ANA LYDA PERAFFÁN CABRERA**
Directora Oficina Jurídica

REFERENCIA: **N.U.R.: 216-3-6440**
Concepto.

Respetado doctor Cristancho:

La dirección jurídica ha recibido la comunicación de la referencia, en la que se solicita se emita concepto sobre sí el valor entregado a un contratista, en un contrato de ejecución sucesiva, debe ser considerado anticipo o pago anticipado.

Procede este despacho a dar respuesta a la consulta planteada, previa las siguientes precisiones del caso:

1 El artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en su parágrafo establece: ***"En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato."***

2. Por su parte el Decreto 679 de 1994, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993, determina en el artículo 17, literal a): ***"El valor del amparo de anticipo o pago anticipado deberá ser equivalente al ciento por ciento (100%) del monto que el contratista reciba, a título de anticipo o pago anticipado, en dinero o en especie para la ejecución del mismo; ..."***

3. Ahora bien, el Consejo de Estado ha establecido una diferencia esencial, en cuanto a la naturaleza de los dineros cuando son entregados como anticipo,

frente a la entrega de los mismos por concepto de pago anticipado. Es así como en Sentencia 13436 de junio 22 de 2001, la cual ha sido reiterada por dicho Tribunal en Sentencias del 29 de enero de 2004 y del 7 de diciembre del mismo año, se afirma que: **"... La diferencia que la doctrina encuentra entre anticipo y pago anticipado, consiste en que el primero corresponde al primer pago de los contratos de ejecución sucesiva que habrá de destinarse al cubrimiento de los costos iniciales, mientras que el segundo es la retribución parcial que el contratista recibe en los contratos de ejecución instantánea. Lo más importante es que los valores que el contratista recibe como anticipo, los va amortizando en la proporción que vaya ejecutando el contrato;..."**

4. De igual manera, en Sentencia proferida por la Sala Plena de la referida Corporación el 8 de agosto de 2001, expedientes acumulados AC 10966 y AC 11274, al referirse a un caso en particular, se hace énfasis en la naturaleza de los dineros definidos como anticipo: **"No cabe entonces la menor duda de que los dineros entregados al contratista a título de anticipo en las condiciones descritas por la jurisprudencia son dineros públicos porque no se entregan como pago anticipado, lo cual haría propietario al contratista, y están destinados por la ley y el contrato a la financiación de su ejecución..."**

5. No obstante, la jurisprudencia de dicho Tribunal no es del todo uniforme en lo que concierne a las diferencias o equivalencias de los conceptos de anticipo y pago anticipado, pues en sentencia de agosto 01 del año 2000, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, se afirma que **"En caso de que el I.C.T, no hubiera exteriorizado su intención de participar de un porcentaje de los intereses del anticipo, no hubiera tenido derecho a él, ya que no hay ningún motivo para no considerar el anticipo como pago, y al ser tal una vez se produce el giro por parte de la entidad estatal a favor de los contratistas, el dinero pasa de ser público a privado, para entrar a la órbita patrimonial de los particulares y al ser ellos dueños de esa cantidad de dinero sólo ellos responden por él y sólo ellos se pueden beneficiar de los frutos"**

Por tal razón, es necesario tener en cuenta que el artículo 32 de la ley 80 establece que los contratos estatales derivan, entre otros del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, principio que sustenta la filosofía misma de los acuerdos de voluntades como fuente de derechos y obligaciones, autonomía que sin embargo, para efectos de contratación administrativa, debe entenderse limitado por el equilibrio entre las prestaciones como fundamento esencial de la contratación administrativa, tal y como lo menciona el artículo 28 de la misma ley.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, se puede concluir que, para poder establecer la naturaleza de un valor entregado al contratista en virtud de un contrato estatal, es necesario apelar al contrato, en el cual se incluyen las condiciones y las calidades de los dineros entregados, considerando que los

acuerdos señalados entre las partes, constituyen una obligación susceptible de ser ejecutada frente a un incumplimiento de lo pactado.

Ahora bien, dichas obligaciones deben ser de aquellas que en ningún momento rompan el equilibrio contractual, y que de igual manera estén permitidas por la ley que rige los contratos estatales, en el entendido de que la autonomía de la voluntad debe estar enmarcada por las reglas de la legalidad que para esta materia en particular se configuran en la ley 80 de 1993 y demás decretos que la reglamentan o complementan.

Así las cosas, en un contrato estatal de ejecución sucesiva pueden pactarse anticipos, que de acuerdo a la jurisprudencia mencionada, pueden constituirse en pagos, situación condicionada a la voluntad de las partes, razón por la cual, es necesario verificar al interior de mismo, cual es la naturaleza de los valores entregados al contratista.

El presente concepto, al tenor del artículo 25 del código Contencioso Administrativo, no compromete la responsabilidad de la Auditoría General de la República, ni es de obligatorio cumplimiento.

Cordialmente,



ANA LYDA PERAFFÁN CABRERA
Directora Oficina Jurídica

MJV