

✓ OJ.110.046.2009  
132  
Petheniz  
27-05/09



Fecha 22/05/2009 09:50:20 Us Rad. WMICAN  
Asunto : GRADO DE CONSULTA RESPONSABILIDAD FISCAL  
Destino : / Rem CIU CelmiraAngulo  
www.auditoria.gov.co - Auditoria General de la Republica

Enviado: 5/19/2009

Un ciudadano se comunicó a través del Portal de Gobierno en Línea:

Nombre del ciudadano: CELMIRA ANGULO  
Correo del ciudadano: CELMIANGA@HOTMAIL.COM

Departamento: Valle del Cauca

Municipio: Buenaventura

Entidad a quien se dirige la solicitud: Auditoría General de la República

Correo de la Entidad: participacion@auditoria.gov.co

Tema de la solicitud: Tramites

**Comentarios:** ELEVO A GRADO DE CONSULTA LO SIGUIENTE: EN UN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL, EN DICIEMBRE 6 DE 2004 SE LE ENTREGO AL CONTRATISTA LA SUMA DE \$457.936.600 POR CONCEPTO DE ANTICIPO PARA EJECUTAR UNAS OBRAS, LAS CUALES EL CONTRATISTA NO EJECUTO ADUCIENDO AMENAZAS A SU VIDA Y PRESENTO COPIA DE LA DENUNCIA PENAL QUE EL INSTAURO A NTE LA FISCALIA. EL 29 DE DICIEMBRE DE 2006 EL CCONTRATISTA Y CONTRATANTE, FIRMARON UN ACTA DE TERMINACION Y LIQUIDACION POR MUTUO ACUERDO, EN EL CUAL EL CONTRATISTA SE COMPROMETIO A DEVOLVER EL DINERO MAS LOS INTERESES EN EL MES DE FEBRERO DE 2007, EL CONTRATISTA EMPEZO A DEVOLVER LOS DINEROS Y TERMINO EL 14 DE FEBRERO DE 2007. CONSIGNANDO LA SUMA DE \$ 512.596.284, MI PREGUNTA ES DESDE QUE FECHA LIQUIDO LOS INTERESES, DESDE EL MOMENTO QUE SE LE ENTREGO EL ANTICIPO O DESDE LA FECHA QUE SE FIRMO EL ACTA DE TERMINACION Y LIQUIDACION?. LOS LIQUIDO CON EL IPC O CON EL 6%?, MUCHAS GRACIAS EN ESPERA DE PRONTA RESPUESTA.

Favor contestarle al: CELMIANGA@HOTMAIL.COM

Cordial saludo

Portal del Estado Colombiano  
<http://www.gobiernoenlinea.gov.co>

22 MAYO 2009

22 MAYO 2009

Refundido  
Mayo 27/09  
21/05/2009



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20091100024181

Fecha: 04-06-2009

Bogotá,

OJ-110

O.J. 110.046.2009

Señora  
**CELMIRA ANGULO**  
CELMIANGA@HOTMAIL.COM  
Buenaventura – Valle del Cauca

Referencia: 2009-233-002435-2

Entrega de anticipo-liquidación de intereses por incumplimiento del contratista.

Respetada Señora:

Esta Oficina recibió su solicitud donde manifiesta " ELEVO A GRADO DE CONSULTA LO SIGUIENTE: EN UN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL, EN DICIEMBRE 6 DE 2004 SE LE ENTREGO AL CONTRATISTA LA SUMA DE \$457.936.600 POR CONCEPTO DE ANTICIPO PARA EJECUTAR UNAS OBRAS, LAS CUALES EL CONTRATISTA NO EJECUTO ADUCIENDO AMENAZAS A SU VIDA Y PRESENTO COPIA DE LA DENUNCIA PENAL QUE EL INSTAURO ANTE LA FISCALIA. EL 29 DE DICIEMBRE DE 2006 EL CONTRATISTA Y CONTRATANTE, FIRMARON UN ACTA DE TERMINACION Y LIQUIDACIÓN POR MUTUO ACUERDO, EN EL CUAL EL CONTRATISTA EMPEZO A DEVOLVER LOS DINEROS Y TERMINO EL 14 DE FEBRERO DE 2007. CONSIGNANDO LA SUMA DE \$ 512.596.284, MI PREGUNTA ES DESDE QUE FECHA LIQUIDO LOS INTERESES, DESDE EL MOMENTO QUE SE LE ENTREGO EL ANTICIPO DESDE LA FECHA QUE SE FIRMO EL ACTA DE TERMINACION Y LIQUIDACION? LOS LIQUIDO CON EL IPC O CON EL 6%? MUCHAS GRACIAS EN ESPERA DE SU PRONTA RESPUESTA. "

Antes de entrar a resolver sus inquietudes es conveniente recordar que, dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no

134

puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que le corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal; por tanto nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones particulares individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia. Por ende se abordará el tema de manera general.

También es de resaltar que así se pudiera resolver el caso concreto, los datos suministrados no son suficientemente claros; menciona un proceso de responsabilidad fiscal pero no se sabe dentro de que contexto se presentó, no se hace relación a la cuantía del contrato, se expresa que después de transcurridos dos años sin que el contratista hubiera invertido el anticipo y mucho menos cumplido con la obra firmó con el contratante una terminación y liquidación de mutuo acuerdo, pero no se menciona que sucedió con la garantía que debió prestar el contratista para amparar el riesgo del buen manejo y la correcta inversión del anticipo de acuerdo con el artículo 17 del Decreto 679 de 1994, como tampoco se dice si la suma entregada por anticipo estuvo consignada en alguna cuenta o si el contratista dispuso de los recursos con fines diferentes para cuales se le habían entregado. Estas son apenas algunas dudas que surgen de la lectura de la consulta formulada.

Hecha la aclaración anterior, para ofrecer una orientación a sus interrogantes se realizan las siguientes consideraciones:

En primer término es necesario precisar que para los contratos estatales celebrados antes de la entrada en vigencia de la ley 1150 de 2007 modificatoria de la Ley 80 de 1993 las normas vigentes referentes al tema del anticipo son la Ley 80 de 1993, el Decreto 2170 de 2002 y el Decreto 679 de 1994.

En segundo término, se debe analizar cual es la naturaleza jurídica de la figura en estudio:

El anticipo es la cantidad de dinero que entrega la entidad estatal al contratista para que la destine a la financiación de los costos en que éste debe incurrir para iniciar la ejecución del objeto contractual, en consecuencia se requiere que el mismo sea amparado a través de una póliza de seguro correspondiente al 100% de su valor. Lo anterior por cuanto los dineros entregados por este concepto no entran a formar parte del patrimonio del contratista y la entidad debe descontarle la suma entregada, pues el único propósito es financiar el objeto contractual conservando esta suma el carácter de recurso público ya que continúa siendo propiedad de la entidad contratante. Así, todo rendimiento que produzca el capital entregado a título de anticipo pertenece a la entidad contratante.

El sustento legal para esta figura se encuentra en las normas que se relacionan a continuación:

Ley 80 de 1993 que en su artículo 40 indicó:

**“ARTICULO 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. (...)

PARAGRAFO . 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. (...) (Subrayado fuera de texto)

Decreto 2170 de 2002 que en el artículo 7° sobre el anticipo expresó:

“Artículo 7°. Del anticipo en la contratación. El manejo de los recursos entregados al contratista a título de anticipo en aquellas contrataciones cuyo monto sea superior al 50% de la menor cuantía a que se refiere el literal a) del numeral 1° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, deberá manejarse en cuenta separada a nombre del contratista y de la entidad estatal. Los rendimientos que llegaren a producir los recursos así entregados, pertenecerán al tesoro.”

Aunque no se sabe con precisión la cuantía del contrato para determinar la aplicación de lo estipulado en el artículo 7° del Decreto 2170 de 2002 es decir, si se debía constituir una cuenta separada a nombre del contratista y del contratante o por el contrario si el contratista debía recibir el dinero directamente, de la normatividad antes transcrita se puede colegir como ya se mencionó que el dinero entregado al contratista a título de anticipo es propiedad de la entidad contratante y lo que se le otorga es una especie de préstamo para que pueda iniciar la ejecución del objeto contractual. En este orden de ideas se considera que todo rendimiento que produzca el capital que se entrega para cumplir con este objeto es del contratante. Así las cosas, los intereses se traducen para la entidad contratante en el lucro producido por el capital y que debe percibir en calidad de propietaria de la suma entregada a manera de anticipo desde el momento en que el contratista la recibe.

En consecuencia, la liquidación de intereses se debe efectuar desde el momento en que se hace la entrega al contratista hasta la fecha de la devolución del anticipo, teniendo en cuenta que se debe hacer un análisis al caso concreto para el cual se realiza la liquidación con el fin de evaluar que tipo de interés corresponde aplicar a la obligación. Además es importante recordar que según la normatividad vigente a la fecha de la entrega del anticipo existía la obligación legal por parte del contratista de constituir una garantía para amparar el buen manejo y correcta inversión del anticipo, es así como el Decreto 679 de 1994 en su artículo 17 estipuló:

**“Art. 17.- De los riesgos que debe cobijar la garantía única.** La garantía debe ser suficiente de acuerdo con las distintas clases de obligaciones amparadas.

Se incluirán únicamente como riesgos amparados aquéllos que correspondan a las

136

obligaciones y prestaciones del respectivo contrato, tales como, los de buen manejo y correcta inversión del anticipo o pago anticipado, cumplimiento del contrato, estabilidad de la obra, calidad del bien o servicio, correcto funcionamiento de los equipos, pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones. En los contratos de obra y en los demás que considere necesario la entidad se cubrirá igualmente la responsabilidad civil frente a terceros derivados de la ejecución del contrato a través de un amparo autónomo contenido en póliza anexa (...).

Para evaluar la suficiencia de las garantías se aplicarán las siguientes reglas:

a) El valor del amparo de anticipo o pago anticipado deberá ser equivalente a 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; (...)"

Por tanto, se debe evaluar si se constituyó o no la garantía y si se hizo efectiva.

Con las anteriores consideraciones se espera haber dilucidado sus inquietudes.

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,

  
**DAYRA ENNA CONCICION PERICO**  
Directora Oficina Jurídica

Proyectó: Katherina Ramírez Navarrete.  
Abogada-Oficina Jurídica.