



Radicado No: 2019110000591

Fecha: 08-01-2019

Bogotá,
110

Señora
YULLY ANDREA CANTOR ÁLVAREZ
yaca1227@gmail.com

Referencia: **SIA ATC 2018000732**
Respuesta a solicitud con radicado N° 2018-233-004666-2 del 19/11/2018
Concepto sobre anticipos y pagos anticipados en la contratación estatal

Respetada señora Yully Andrea:

En atención a su correo electrónico del pasado 19 de noviembre, con Radicado N° 20182330046662, en el cual de manera resumida solicita se conceptúe sobre algunos temas relativos a los anticipos y pagos anticipados en la contratación estatal, en especial sobre los siguientes aspectos: (i) *Puede entenderse entonces que optar por pactar en el contrato pagos anticipados sea una determinación antieconómica y/o ineficiente o que pueda generar daño fiscal?* (ii) *Se puede decir que este pago anticipado puede acarrear efectos negativos económicamente, puede afectar la eficiencia del contrato o en su defecto generar daño fiscal?* (iii) *El pago anticipado puede considerarse como un riesgo fiscal o de potencial daño patrimonial en todas las modalidades de contratación cuando las entidades estatales los consagran en los contratos que se celebren al finalizar las respectivas vigencias considerando que en este periodo las entidades buscan ejecutar el 100% de su presupuesto?*, este Despacho considera necesario realizar previamente las siguientes precisiones.

Conforme a lo consagrado en el artículo 274 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 272 de 2000, la Auditoría General de la República es la entidad competente para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República y de las contralorías territoriales del país, mediante los sistemas de control financiero, de gestión y de resultados, en desarrollo de los principios de eficiencia, economía y equidad.

El Decreto Ley 272 de 2000, por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República, en su artículo 13, numeral 2, establece como objetivo de la Oficina Jurídica el de *Prestar la asesoría jurídica requerida por el Auditor General de la República y demás dependencias del organismo, velando por que se actúe de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente y coadyuvando en la consolidación de la unidad de criterio que debe acompañar la labor de las dependencias de la Auditoría, así como participar en la formulación y adopción de los planes, programas y proyectos de la entidad.*

De igual forma, el referido Decreto Ley 272, en su artículo 18, numeral 3, determina como una de las funciones de la Oficina Jurídica la de *Emitir los conceptos jurídicos sobre temas de control fiscal*



y administrativos que le sean solicitados por el Auditor General o los requeridos por las demás dependencias del organismo.

Así mismo, frente al alcance de los conceptos, la Ley 1755 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su artículo 28 determina que *Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.*

Dentro de este marco legal, se procede a resolver su solicitud en los siguientes términos:

Frente al asunto objeto de su petición, no se emitirá concepto sobre situación particular o concreta alguna, a efecto de no tener injerencia en la toma de decisiones de las entidades vigiladas o de control, susceptibles posteriormente de ser objeto de vigilancia.

No obstante, y con el propósito de brindar una ilustración que contribuya a dar una mayor claridad sobre el tema, se procede a realizar las siguientes precisiones de carácter general y abstracto sobre el asunto.

ANTICIPOS Y PAGOS ANTICIPADOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

La Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en su artículo 40 determina:

"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.

En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.

PARÁGRAFO. 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.

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



Bajo el entendido de la anterior norma, las entidades estatales están facultadas para celebrar contratos y acuerdos que les permitan desarrollar la autonomía de la voluntad para alcanzar los fines del Estado. Por ello, en los contratos podrán incluirse las modalidades, condiciones, cláusulas o estipulaciones que las partes, de manera objetiva y fundamentada, consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades del estatuto contractual y a los de la buena administración.

Al respecto, Colombia Compra Eficiente, creada por medio del Decreto Ley 4170 de noviembre 3 de 2011, ha definido que:

"De acuerdo con la Ley 80 de 1993 las Entidades Estatales tienen la posibilidad de pactar en los contratos que celebren el pago anticipado y anticipos, siempre y cuando su monto no supere el 50% del valor del respectivo contrato. La citada disposición no restringe el tipo de contratos estatales a los cuales es aplicable, ni limita la posibilidad de pactar anticipo o pago anticipado en contratos de tracto sucesivo o en contratos de ejecución instantánea.

El anticipo es un adelanto o avance del precio del contrato destinado a apalancar el cumplimiento de su objeto, de modo que los recursos girados por dicho concepto solo se integran al patrimonio del contratista en la medida que se cause su amortización mediante la ejecución de actividades programadas del contrato, lo cual ha dado lugar a que la jurisprudencia haya catalogado dicha figura como propia de los contratos de tracto sucesivo. De otra parte, el pago anticipado es un pago efectivo del precio que se efectúa y se causa en forma anticipada de forma que los recursos se integran al patrimonio del contratista desde su desembolso, por lo cual dicha figura ha sido considerada por la jurisprudencia como propia de los contratos de ejecución instantánea. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 22 de junio de 2001. C.P. Ricardo Hoyos Duque).

El artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 establece la obligación del contratista de constituir patrimonio autónomo mediante contrato de fiducia mercantil para el manejo de los recursos que recibe a título de anticipo en los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, salvo que el contrato sea de menor o mínima.

Para los contratos en que se pacta el anticipo pero en los que no es obligatorio constituir un patrimonio autónomo para su manejo, la Entidad Estatal debe adoptar medidas necesarias y razonables para asegurar el buen manejo y la correcta inversión del anticipo, entre las cuales puede solicitar la constitución de una garantía.

De igual modo, en los contratos en que se pacta el pago anticipado, la Entidad Estatal puede solicitar la constitución de una garantía o adoptar otras medidas razonables de mitigación de Riesgo respecto al cumplimiento de las contraprestaciones a cargo del contratista.

En los contratos que requieren patrimonio autónomo para el manejo del anticipo, debe existir un plan de utilización o de inversión del anticipo, puesto que los pagos deben corresponder a los rubros allí previstos.

En contratos diferentes a los indicados en el artículo 91 de la ley 1474 de 2011 y en los cuales se pacta un anticipo, la Entidad Estatal debe adoptar un plan de inversión o utilización para que dichos recursos se ejecuten de acuerdo con lo previsto en el respectivo plan. La definición del plan de inversión del anticipo también permite a la Entidad Estatal identificar las



actividades que permiten la amortización del anticipo y las demás actividades que se remuneran con recursos adicionales.”¹

Si bien el anticipo y el pago anticipado son figuras jurídicas determinadas por la ley, la libertad en su estipulación no es ilimitada, pues, como ya se mencionó, además de respetar el límite en cuantía, debe respetar los preceptos constitucionales, de ley, el orden público, los principios y finalidades del estatuto contractual y a los de la buena administración.

En consecuencia, la determinación de anticipos o pagos anticipados en los contratos estatales debe estar precedida de la existencia de fundadas razones de carácter técnico y/o económico.

Además de la viabilidad y razonabilidad que entraña la determinación del anticipo o del pago anticipado en un contrato, dicha decisión también está íntimamente ligada a la determinación y administración del riesgo en la contratación estatal.

Debe tener en cuenta que el riesgo puede ser previsible o imprevisible, y de una correcta previsión del riesgo en la etapa de planeación se deriva el éxito o el fracaso en la consecución del objeto contractual.

En el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, se tipifica el riesgo de la contratación estatal, cuando determina la obligación de la entidad estatal de incluir desde el inicio del proceso de selección la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación, para garantizar de esta manera el principio de planeación contractual.

Por su parte, el Decreto 1082 de 2015 mantuvo el especial énfasis en la labor que tiene la entidad estatal de analizar los riesgos; por lo que la entidad estatal debe evaluar el riesgo que el proceso de contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, de acuerdo con los manuales y guías que para el efecto emita Colombia Compra Eficiente (art. 2.2.1.1.1.6.3).

Téngase también en cuenta que la etapa contractual encierra deberes relevantes como lo es la designación oportuna de supervisor y la contratación de la interventoría especializada de acuerdo con lo previsto en el Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011); deberes de diligencia y cuidado frente al pago de anticipos y firma de acta de inicio, previa verificación de requisitos de tipo precontractual. Por tanto, la supervisión o la interventoría, según el caso, deben velar por la adecuada ejecución de todas las obligaciones y actividades contractuales, con el propósito de garantizar el cumplimiento del objeto contractual y de los fines estatales, lo que involucra la vigilancia de una oportuna y adecuada amortización del anticipo otorgado y contraprestación del pago anticipado.

Al respecto, el Consejo de Estado, Sección Tercera, MP: Mauricio Fajardo Gómez, mediante Sentencia del 12/02/2014. Rad. 31682, manifestó:

“Siguiendo el lineamiento trazado, la Sala concluye que el anticipo que por virtud de la celebración de un contrato estatal se entrega al contratista, lejos de corresponder a un préstamo, en realidad constituye una modalidad de pago que las partes en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad libremente pueden convenir, cuya diferencia en relación con el pago anticipado resulta casi imperceptible y a la postre infructuosa.

¹ <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/content/contratos-en-los-que-debe-incluirse-anticipos-0>



Ciertamente, tampoco resulta acertado considerar que el gran rasgo diferenciador que existiría entre el anticipo y el pago anticipado consista en que el manejo que el contratista imprima al primero de ellos debe estar debidamente justificado en la ejecución del contrato, mientras que el pago anticipado entraría al haber del contratista quien podrá disponer del mismo como a bien lo tuviera, pues en modo alguno puede pasarse por alto que en el evento de presentarse un incumplimiento contractual imputable al contratista, éste siempre tendrá que responder, atendiendo a las debidas proporciones, ya sea por la cantidad entregada a título de anticipo o por aquella recibida como pago anticipado.

Desde la perspectiva inversa debe reiterarse igualmente que tanto la entrega del anticipo como la del pago anticipado, en caso de que se encuentren pactadas, ambas forman parte del precio del contrato, constituyen obligaciones a cargo de la entidad estatal contratante cuya inobservancia en el tiempo y forma estipulados será una circunstancia constitutiva de incumplimiento contractual que dará lugar al reconocimiento de intereses moratorios y las demás consecuencias jurídicas y económicas a que haya lugar.

Por último resulta relevante poner de presente que la fuente normativa de estos dos conceptos, tal como ya se anotó, encuentra su fundamento en el parágrafo del artículo 40 del Estatuto de Contratación Estatal cuyo propósito al incluirlos dentro del mismo precepto más que fincar unas diferencias en su trato jurídico, radica en establecer un límite cuantitativo máximo que no podrá excederse a la hora de pactar su entrega, límite que se justifica en cuanto las cantidades a desembolsar salen del tesoro público y por tal razón debe tenerse especial cuidado en su manejo.

En consecuencia, para determinar la modalidad de pago pactada en cada caso concreto habrá de acudirse al tenor en que la misma fue plasmada por la entidad estatal en el pliego de condiciones y por las partes en el respectivo negocio jurídico.

Ahora bien, en atención a lo expuesto la Sala considera que pese a que en el caso en examen se encuentra que en el pliego de condiciones se pactó la obligación de efectuar un pago anticipado, al paso que en el contrato se estipuló la entrega de la misma parte del precio a título de anticipo, lo cierto es que establecer con absoluta exactitud cuál fue la modalidad de pago acordada es un asunto que no cobra verdadera relevancia si se tiene en cuenta que por un lado en ambos textos contractuales los términos pactados en cuanto a la forma de pago fueron casi idénticos y de otra parte, sea que se trate de anticipo o de pago anticipado, ciertamente en ambos casos se trata de la obligación que asumió la entidad estatal contratante de pagar, bajo la modalidad correspondiente, el precio acordado como contraprestación a las obligaciones que a su turno asumió el contratista particular y las consecuencias por razón de la inobservancia por parte de la entidad estatal serían las mismas”.

De igual forma, el Consejo de Estado, Sección III, MP: Olga Mélida Valle De De La Hoz, mediante Sentencia del 7/09/2015, Rad. 36878, determinó:

“La diferencia entre estos conceptos está dada por la destinación que debe darse a dicha suma "puesto que mientras el anticipo se entrega al contratista para que éste invierta en la ejecución del contrato y por ello no ingresa al patrimonio del contratista sino que sigue perteneciendo a la entidad que lo gira, el pago anticipado, es simplemente la remuneración entregada antes de que se cumplan las obligaciones contractuales del contratista, de modo que puede ser gastada por éste sin ninguna limitación”.



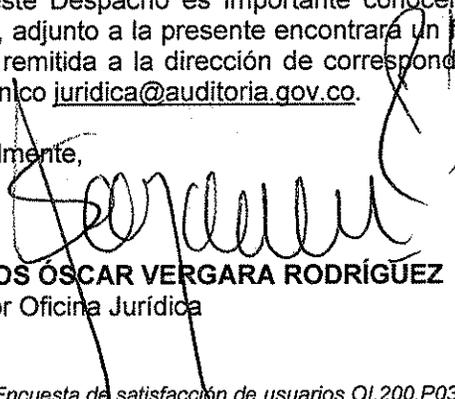
En conclusión, el anticipo y el pago anticipado son figuras jurídicas legalmente establecidas, las cuales se pueden estipular en los contratos estatales, siempre que respeten el límite legal en su cuantía y su determinación esté precedida de razones objetivas y fundadas para lograr el adecuado cumplimiento del objeto contractual y de los fines estatales, con respeto de la Constitución, la ley, los principios de la función administrativa, de la contratación estatal y la adecuada administración de los recursos públicos.

De esta manera se espera haber dado mayor claridad sobre el tema consultado. En consecuencia y de acuerdo con lo anteriormente expuesto, queda atendida de fondo su solicitud.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, como respuesta a la petición realizada en ejercicio del derecho a formular consultas, por tanto no será de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada y, por lo mismo, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que por favor la diligencie y nos la remitida a la dirección de correspondencia Carrera 57C N° 64A-29 de Bogotá o al correo electrónico juridica@auditoria.gov.co.

Cordialmente,



CARLOS ÓSCAR VERGARA RODRÍGUEZ
Director Oficina Jurídica

Anexo: Encuesta de satisfacción de usuarios OI.200.P03.F02.

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	OHRJ		03/01/2019
Revisado por:	COVR		
Aprobado por:	COVR		

Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma

