

DA0006
2013
Ej. 1

S 1323717

**EL ANTICIPO Y EL PAGO ANTICIPADO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL
COLOMBIANA**

ALBERTO MARIO LEON PACHECO

JAIRO ANDRES VIOLA PEREZ

**UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

PROMOCION No. 29

BARRANQUILLA

2013

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	3
1. NOCIÓN DE ANTICIPO Y PAGO ANTICIPADO	4
1.1 ANTICIPO	5
1.2 PAGO ANTICIPADO	7
2. ASPECTOS CONTROVERSIALES EN LA APLICACIÓN DEL ANTICIPO Y EL PAGO ANTICIPADO	10
2.1 MONTO MÁXIMO DEL ANTICIPO Y DEL PAGO ANTICIPADO	10
2.2 LA ADMINISTRACIÓN DEL ANTICIPO Y DEL PAGO ANTICIPADO Y SUS REDIMIENTOS FINANCIEROS	11
2.3 LA POSIBILIDAD DE APLICAR LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO Y DE PERMITIR EL COBRO DE INTERESES MORATORIOS EN EL ANTICIPO Y EN EL PAGO ANTICIPADO	14
2.4 ES POSIBLE ENTREGAR EL ANTICIPO O EL PAGO ANTICIPADO EN UN CONTRATO ADICIONAL	20
3. CONTROL SOBRE EL MANEJO DEL ANTICIPO Y DEL PAGO ANTICIPADO	22
4. EL ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN Y SU INFLUENCIA EN EL ANTICIPO	26
CONCLUSIONES	30
BIBLIOGRAFÍA	32

INTRODUCCIÓN

La inseguridad jurídica es desde la expedición de la ley 1150 de 2007 la característica mas importante de la contratación pública en Colombia. Desde que se expidió esta ley reformativa de la ley 80 de 1993 el Gobierno Nacional a expedido 3 Decretos reglamentarios (D. 2474 de 2008, D. 734 de 2013 y D.1015 de 2013), lo que ha generado traumatismos en la práctica administrativa contractual.

Lo anterior ha obedecido a que los casos de corrupción en la contratación estatal se han vuelto más público y le ha tocado al Gobierno Nacional expedir normas coyunturales como el estatuto anticorrupción (ley 1474 de 2011) para tratar de dar nuevas herramientas a los operadores jurídicos para que combatir este fenómeno. El anticipo no se ha quedado atrás, el Gobierno detecto que los contratistas por la falta de control utilizan estos dineros en la financiación de todo, menos del objeto del contrato.

En este ensayo analizaremos el desarrollo doctrinal y jurisprudencial que ha tenido el anticipo y el pago anticipado en Colombia, sus conceptos, la diferencia que hay entre estas dos instituciones, los temas más polémicos que han sido desarrollados por la doctrina y jurisprudencia, los mecanismos de control con que cuenta la administración para garantizar el adecuado uso de estos dineros para finalmente estudiar la evolución normativa que ha tenido esta institución en los últimos años.

1. NOCIÓN DE ANTICIPO Y PAGO ANTICIPADO

La ley 80 de 1993 no define lo que debemos entender por anticipo o pago anticipado. El parágrafo del artículo 40 del estatuto contractual regula esta institución de la siguiente manera: *“en los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado o la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta (50%) del valor del respectivo contrato. (...)”*, mas nada dice la ley 80 sobre el anticipo o el pago anticipado.

El primer problema que género esta falta de definición legal fue que una parte de la doctrina considero que los términos anticipo y pago anticipados eran lo mismo, sin embargo, en su momento, nos identificamos con la posición de aquellos que consideraban lo contrario, es decir, que los conceptos de anticipo y pago anticipado son completamente diferentes y sobre este punto compartimos el análisis que sobre este tema realiza el profesor José Antonio Causa, quien haciendo un análisis de la norma citada en líneas anteriores sostiene lo siguiente: *“El análisis sistemático nos lleva a la conclusión que la ley, aunque no defina los términos de anticipo y pago anticipado, reconoce diferencias entre los dos. En el artículo transcrito encontramos que la ley se refiere <anticipos y pagos anticipados>, expresiones unidas por la conjunción <y>, lo que indica que no son sinónimos, si así lo fuera, estuviesen unidos por la conjunción <o>. De la*

normatividad en comento resulta claridad meridiana en aquello que anticipo y pago anticipado no es lo mismo”¹.

Teniendo lo anterior claro pasamos a definir lo que la doctrina y la jurisprudencia han entendido por anticipo y pago anticipado:

1.1 ANTICIPO

La contraloría General de la Republica en consulta identificada con el número 2010-663-004907-2 define el anticipo como: *“la suma de dinero que se entrega al contratista para ser destinada al cubrimiento de los costos en que éste debe incurrir para iniciar la ejecución del objeto contractual, es decir, es la financiación por la entidad estatal de los bienes y servicios correspondientes a la prestación a ejecutar”².*

Por su parte el ya citado profesor José Antonio Causa define el anticipo como: *“un préstamo que las entidades estatales realizan a favor del contratista para invertir en la ejecución de un contrato, que debe amortizarse en cada cuenta”³*

En esta misma línea se encuentra la definición dada por el también profesor Uriel Alberto Amaya Olaya para quien el anticipo es: *“un préstamo que las entidades realizan al contratista (con cargo al valor del contrato), con el fin de financiarlo*

¹ CAUSA, José Antonio. Alcances del Anticipo y del Pago Anticipado. En: Revista de Derecho No. 21, 2004 Pág. 97

² Contraloría General de la Republica. Concepto (vía internet).

<http://www.contratos.gov.co/Archivos/DocsPregFrec/pago%20anticipado/01.pdf>

³ CAUSA, José Antonio. Op. Cit. P.99

parcialmente en las prestaciones a cargo suyo, y cuyo buen uso está sujeto al control por parte de la administración, dado que tales recursos deben aplicarse de manera exclusiva en los gastos solicitados”⁴

De estas definiciones podemos extraer los siguientes elementos comunes:

- a) El anticipo es un préstamo: y esto se debe a que el dinero entregado al contratista por parte de la entidad no pierde su calidad de público.
- b) El anticipo debe respetar el plan de inversión presentado por el contratista: cualquier mal manejo de estos recursos podría generar responsabilidades de tipo fiscal.
- c) El control sobre estos dineros lo tiene la administración: bien sea que lo haga directamente el representante legal de la entidad o el interventor. En el caso del anticipo se obliga al contratista a abrir una cuenta compartida en la que juega un papel fundamental la persona que este efectuando el control.
- d) Por su naturaleza jurídica el anticipo se da como regla general en los contratos de tracto sucesivo y excepcionalmente en los contratos de ejecución instantánea.
- e) El valor del Anticipo se va amortizando de los diferentes pagos que la entidad le realice al contratista.

⁴ OLAYA AMAYA. Uriel. Teoría de la Responsabilidad Fiscal aspectos sustanciales y procesales. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia, 2009. P. 254

1.2 PAGO ANTICIPADO

El Doctrinante Román Hermisno Gonzales define el pago anticipado como: *“una forma de atender, solucionar o extinguir una obligación, lo cual se significa que cuando el contratista recibe el dinero por concepto de un pago anticipado, ingresa a su haber patrimonial y puede disponer de dicho dinero en la forma que se le antoje, sin restricción alguna en forma absolutamente libre. Lo anterior no exonera al contratista del cumplimiento del contratista en cuanto a la correcta inversión de los dineros entregados, ni la ejecución idónea del contrato”*⁵

Por su parte el ya citado profesor Uriel Amaya define el pago anticipado como: *“ su nombre lo indica, se anticipa el pago derivado del cumplimiento de la obligación. Tal figura es propia de los contratos de ejecución instantánea. En este evento, el recurso público que se entrega al contratista –como pago anticipado de la obligación- pierde la naturaleza de pública y se convierte en recursos privados del contratista. Si el referido contratista incumple la obligación, apropiándose del recurso pagado anticipadamente, caería en una responsabilidad contractual, mas no de carácter fiscal, pues el recurso afectado no es de naturaleza pública, sino particular, por tratarse de un pago que se anticipa al cumplimiento de la obligación, y que obviamente se descuenta del valor total”*⁶.

⁵ Román Hermisno Gonzales (vía internet).

http://intellectum.unisabana.edu.co:8080/jspui/bitstream/10818/3416/1/RONAL%20HERMINSO%20GONZ%C3%81LEZ%20AGUIRRE_152671.pdf

⁶ OLAYA AMAYA. Uriel. Op. Cit. P. 254

De las anteriores definiciones podemos extraer los siguientes elementos comunes:

- a) A través de este mecanismo se busca anticipar o abonar parte del valor del contrato al contratista para que inicie la ejecución del contrato. En palabras del Consejo de Estado: *“es la retribución parcial que el contratista recibe en los contratos de ejecución instantánea”*⁷
- b) En este evento, el recurso público que se entrega al contratista se convierte en privado de tal manera que él puede disponer libremente del mismo. El contratista no está amarrado a un plan de inversión.
- c) Se da en los contratos de ejecución instantánea.
- d) La entidad estatal no tiene que efectuar ninguna clase de control sobre estos dineros.
- e) Su buen uso se garantiza a través de la constitución de una póliza de garantía única de cumplimiento.

Por todo lo anterior es claro que existen diferencias entre el anticipo y el pago anticipado; pero si las anteriores líneas no son suficiente el Honorable Consejo de Estado en sentencia identificada con número de radicación 13436 del 22 de Junio de 2001 se pronuncio de la siguiente manera sobre esta materia: *“la diferencia que la doctrina encuentra entre anticipo y pago anticipado, consiste en que el primero corresponde al primer pago en los contratos de ejecución sucesivas que habrá de destinarse al cubrimiento de los costos iniciales, mientras el segundo es la*

⁷ Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 22 de junio de 2001 con ponencia del Doctor Ricardo Hoyos Duque.

retribución 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; de ahí que se diga que los recibió en calidad de préstamo; en cambio en el pago anticipado no hay reintegro del mismo por que el contratista es dueño de la suma que le ha sido entregada”.

Teniendo claro los conceptos de anticipo y de pago anticipado y las diferencias que existen entre estas dos instituciones de la contratación estatal pasaremos analizar diferentes temas que han generado controversia al momento de aplicar el parágrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993.

2. ASPECTOS CONTROVERSIALES EN LA APLICACIÓN DEL ANTICIPO Y EL PAGO ANTICIPADO

2.1 MONTO MÁXIMO DEL ANTICIPO Y DEL PAGO ANTICIPADO

El ya citado párrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993 nos señala el monto máximo que puede ser pactado en un contrato como anticipo o pago anticipado al sostener que este no podrá: *“exceder del cincuenta (50%) del valor del respectivo contrato. (...)”*⁸.

Aclaremos que este límite impuesto por la ley contractual debe respetarse, sin importar la forma en que las partes hayan pactado el precio (global, unitario o por administración delegada) en el contrato.

Como ya lo vimos, el anticipo y el pago anticipado pueden pactarse en los contratos de ejecución instantánea. Sobre esta posibilidad nos surge el siguiente interrogante: ¿en el caso de un contrato de ejecución instantánea se podrá pactar el 50% por valor de anticipo y el 50% por concepto de pago anticipado sumando entre ambos el valor total del contrato? O ¿entre ambos conceptos no se puede superar el límite legal del 50%? Para responder estos interrogantes nos identificaremos plenamente con lo sostenido con el profesor Jairo Enrique Solano Sierra quien sobre este tema sostiene lo siguiente: *“Tampoco consideramos viable –salvo mejor criterio– que si se acuerdan que, a la vez se paguen y entreguen los*

⁸ SOLANO SIERRA. Jairo. Contratación Administrativa leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley. 2010. Pág. 555

dos estipendios, pueda viabilizarse el porcentaje máximo que determina la normatividad para cada uno, que contabilizan el 100% del valor del contrato, lo cual infringiría el mandato del precepto que prohíbe superar el 50% para cada uno de los conceptos”⁹

En sentido contrario se expresa el Doctrinante Jorge Pino Ricci quien considera que: *“al existir diferencias entre el pago anticipado y el anticipo, es factible que si las pretensiones del contrato lo permiten, se pacten al mismo tiempo la entrega de los dos conceptos, desprendiéndose la entidad del 100% del valor del contrato. Esto no debe motivar preocupación alguna, pues la entidad contara necesariamente con una garantía que abarca la totalidad del dinero entregado en forma previa al cumplimiento de la prestación”¹⁰*

2.2 LA ADMINISTRACIÓN DEL ANTICIPO Y DEL PAGO ANTICIPADO Y SUS REDIMIENTOS FINANCIEROS.

En el Pago Anticipado: Como ya fue objeto de análisis, la administración del mismo le corresponde al contratista y la entidad estatal no tiene ningún tipo de injerencia en el manejo de estos dineros, ya que los mismos entran al patrimonio

⁹ SOLANO SIERRA. Jairo. Contratación Administrativa leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley. 2010. Pág. 555

¹⁰ PINO RICCI. Jorge. Régimen de Contratación Estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1996. Pág. 194

del contratista. De la misma manera los rendimientos financieros que produzcan estos dineros le corresponden al contratista.

En el Anticipo: Como también fue objeto de estudio la administración del anticipo le corresponde de manera conjunta tanto al contratista como a la entidad estatal. Estos dineros jamás pierden su naturaleza de dineros públicos y solo pueden ser invertidos en el desarrollo del objeto contractual. Sobre el carácter público del anticipo el Consejo de Estado Sección Tercera manifestó lo siguiente: *“porque no puede perderse de vista que los dineros que se le entregan al contratistas son oficiales o públicos. El pago de dicha suma lo era y lo sigue siendo un adelanto del precio que aun no se ha causado, que la entidad pública contratante hace al contratista para que a la iniciación de los trabajos disponga de unos fondos que le permitan proveerse de materiales y atender los primeros gastos del contrato, tales como los salarios de los trabajadores asignados a la obra. No es otra la razón por la cual adicionalmente se exige que sea garantizada, que se presente un plan para la utilización y que se amortice durante la ejecución del contrato en acta parcial de cobro”*¹¹

En cuanto a los rendimientos financieros que puedan producir la administración de estas clases de recursos la directiva presidencial 4 de 2013 establece lo siguiente:

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de Septiembre de 1999. Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque. Exp. 1006

*“Para el caso de los anticipos se establece como criterio que la entrega de recursos se realice utilizando instrumentos financieros que aseguren el manejo transparente de los recursos y su destinación exclusiva al contrato. Deberá estipularse en los contratos estatales que la entidad pública contratante es la propietaria de los recursos entregados en calidad de anticipo y en consecuencia los rendimientos financiero”.*¹²

También sobre el tema de la propiedad de los rendimientos financieros tuvo la oportunidad la sala de consulta y servicio civil de pronunciarse en concepto del 30 de abril de 2008 con Ponencia del Dr. Enrique José Arboleda Perdomo en el siguiente términos: *“Por “rendimientos financieros” deben entenderse los frutos civiles de los recursos (entendidos como un capital que produce intereses). “Los rendimientos financieros pertenecen al dueño del capital, de manera que si éste es de la Nación, al producirse tales rendimientos acrecen al Tesoro Nacional, y si es de un establecimiento público, al de éste.*

“En los contratos celebrados por una entidad pública como contratante, en los que se entreguen dineros a título de pago del precio de un contrato, y a cambio se reciba un bien o servicio, como este último es el propietario del monto del pago recibido, por lo mismo lo es de los rendimientos financieros o intereses que produzca la inversión del precio recibido. En estos contratos, si hay un “precio

¹² SOLANO SIERRA. Jairo. Contratación Administrativa leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley. 2010. Pág. 555

anticipado”, una vez pagado pertenece al contratista y por lo mismo sus rendimientos (salvo pacto en contrario), pero si hay un “anticipo”, dado que se entiende como una forma de financiamiento, los rendimientos financieros pertenecen al contratante. El anticipo pasará a ser parte del precio, en la medida en que se amortice siguiendo las cláusulas del contrato. Por el contrario, si una entidad pública como contratante entrega unos dineros en administración, verbi gratia para ser invertidos, éstos no ingresan al patrimonio del contratista, y por lo mismo los rendimientos que lo acrecen son de la entidad contratante que es la propietaria del capital. En este caso, el precio del contrato lo constituyen las comisiones, primas de resultado, una suma fija o cualquier otra forma de retribución que se pacte”

2.3 LA POSIBILIDAD DE APLICAR LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO Y DE PERMITIR EL COBRO DE INTERESES MORATORIOS EN EL ANTICIPO Y EN EL PAGO ANTICIPADO.

El contrato estatal es un acuerdo de voluntades en donde cada una de las partes adquiere derechos y obligaciones; cuando las partes pactan en un contrato la entrega de un anticipo o de un pago anticipado genera derechos y obligaciones recíprocas entre las partes: para el contratista: la obligación de constituir las garantías, la entrega de un plan de adecuado manejo del anticipo, el pago de los impuestos y la publicación del contrato para iniciar la ejecución del contrato

estatal. Y el consecuente derecho de recibir por parte de la entidad estatal el anticipo o pago anticipado en los términos pactados.

Para la entidad contratante: está el derecho de exigir que los dineros entregados se inviertan en el desarrollo del objeto contractual en los términos vistos en líneas anteriores y la entrega del objeto del contrato.

El problema se presenta cuando hay incumplimiento de una de las partes de sus obligaciones contractuales; y analizaremos específicamente las consecuencias que trae para el contrato el no pago del anticipo y del pago anticipado en la oportunidad debida por parte de la entidad estatal.

Dos son las consecuencias que la doctrina y la jurisprudencia han identificado:

a) La excepción de contrato no cumplido: esta institución propia del derecho civil se encuentra consagrada en el artículo 1609 del Código Civil en los siguientes términos: *“en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes esta en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”*¹³

El Consejo de Estado ha considerado en varios pronunciamientos que es aplicable la institución civil de la excepción del contrato no cumplido a la contratación

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de Septiembre de 1999. Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque. Exp. 1006

estatal, pero las veces que lo ha hecho, ha considerado que no cualquier clase de incumplimiento da lugar a la aplicación ipso iure de esta institución, por el contrario, ha considerado que esta institución solo se debe aplicar para aquellos casos en que se hubiese dado un incumplimiento grave de las obligaciones contractuales. Sobre este tema ha considerado lo siguiente el máximo tribunal de lo contencioso:

“Se permite con un tratamiento restringido la exceptio non adimpleti contractus (art. 1609 del C.C.), como regla de equidad en los contratos de los que se derivan obligaciones correlativas para ambas partes y que resulta aplicable en el ámbito de la contratación estatal por remisión del artículo 13 de la ley 80 de 1993, pero que, en aras de armonizar la prevalencia del interés público o la continuidad del servicio público con el interés jurídico del particular, no tiene el alcance amplio de que goza en la contratación entre particulares, sino que en el contencioso administrativo contractual está limitada únicamente a aquellos eventos en que el incumplimiento imputable a la entidad pública sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones, siendo en ese caso procedente que éste la pueda alegar y suspender el cumplimiento de sus obligaciones. Por eso, del artículo 1609 del C.C. antes mencionado se extrae la regla en virtud de la cual no es permitido ni admisible que una de las partes del contrato exija a la otra que satisfaga sus obligaciones, mientras ella misma no lo haya hecho, en tanto que sería injusto permitir o patrocinar que quien no ha

cumplido las obligaciones que correlativamente asumió, pudiera reclamar del otro que tampoco ha cumplido lo acordado. En conclusión, en los contratos bilaterales o conmutativos-como son comúnmente los celebrados por la Administración-, teniendo en cuenta la correlación de las obligaciones surgidas del contrato y la simetría o equilibrio de prestaciones e intereses que debe guardar y preservarse, la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro por una conducta alejada del contenido del título obligacional debe demostrar que, habiendo cumplido por su parte las obligaciones del contrato, su cocontratante no cumplió con las suyas”¹⁴

El efecto principal de la excepción de contrato no cumplido es que le da la posibilidad al contratista de : *“abstenerse de ejecutar las prestaciones por él asumidas, cuando se ha constatado un incumplimiento grave por parte de la entidad contratante, sin que esta pueda hacer ejercicio de las facultades exorbitantes como la declaratoria de caducidad o la imposición de multas”¹⁵*

b) La posibilidad de cobrar intereses moratorios en el pago anticipado y en el anticipo por la no entrega oportuna de los mismos:

En el Pago Anticipado: Personalmente consideramos que Si es posible el cobro de intereses moratorios tratándose de retrasos en la entrega del PAGO ANTICIPADO por parte de la entidad estatal. Por las siguientes razones que paso a exponer:

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de julio 2009. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Expediente 17.552. También puede consultarse la sentencia del 4 de septiembre de 2003. Magistrado Ponente Alier Hernández Enríquez. Exp. 10.883

¹⁵ Román Hermisno Gonzales (vía internet).

http://intellectum.unisabana.edu.co:8080/jspui/bitstream/10818/3416/1/RONAL%20HERMINSO%20GONZ%C3%81LEZ%20AGUIRRE_152671.pdf

1. Cuando una entidad estatal se compromete a entregar un pago anticipado al contratista y no lo hace en el término acordado produce los mismos efectos que el no pago oportuno de las actas de obras de entregas parciales.
2. En el pago anticipado -como lo vimos cuando analizamos su definición- el dinero que se da por este concepto si se le transfiere al patrimonio del contratista a título de pago, por lo que su falta de entrega oportuna da lugar al reconocimiento de intereses moratorios.
3. Consecuencia de esto es que para este caso es aplicable el artículo 1617 del Código Civil, ya que la entidad debe el "pago de una suma de dinero" operando ipso iure los intereses moratorios.

En el Anticipo: Ahora, tratándose de la procedencia del cobro de intereses moratorios en el ANTICIPO compartimos la tesis tradicional que considera que NO es procedente el cobro de intereses moratorios por las razones que paso a exponer:

1. El reconocimiento de intereses moratorios en el anticipo va en contra de la naturaleza jurídica del mismo; ya que como lo vimos en líneas anteriores el anticipo ha sido definido como un préstamo que la entidad hace al contratista, pero nunca como un pago.
2. En Sentencia del 29 de Enero de 2004. Consejero Ponente. Alier Eduardo Hernández. Exp. 10.779 el Consejo de Estado se pronuncio ante las

pretensiones de un contratista de obtener el pago de intereses moratorios de la siguiente manera: *“De conformidad con lo expuesto la Sala infiere que, por tratarse de una suma de dinero que se entrega anticipadamente al contratista, no constituye una suma debida a título de pago, razón por cual su falta de entrega oportuna no produce los mismos efectos que el no pago oportuno de las actas parciales de obra, esto es, no determina la indemnización de perjuicios propia de la privación del pago de una suma de dinero, los intereses moratorios. Dicho en otras palabras, como el anticipo, tal como quedó pactado en este caso, es una suma de dinero que no se transfiere al patrimonio del contratista a título de pago, su falta de entrega oportuna no conduce a la condena de los reclamados intereses moratorios.”*

Posición con la que nos identificamos.

3. Tratándose de un incumplimiento por la no entrega de un anticipo en el termino acordado, el contratista debe mediante un proceso demostrar los perjuicios que este incumplimiento le haya causado, pero nunca solicitar el reconocimiento de los intereses moratorios.

En definitiva, consideramos que la naturaleza jurídica del pago anticipado y del anticipo es quien determina la procedencia o no de los intereses moratorios. Recordemos que el artículo 1617 del CC, se aplica para aquellos casos en los cuales haya incumplimiento en la obligación de efectuar un pago. Como lo vimos en líneas anteriores y tratándose del pago anticipado, este sí constituye una obligación de efectuar un pago, ya que la entidad contratante se compromete a

transferir una suma de dinero al patrimonio del contratista. Cosa que no sucede con el anticipo en donde como lo vimos nunca se da la transferencia de dinero de un patrimonio a otro, es decir, la entidad no se compromete a efectuar pago alguno, por lo que en este último caso no hay lugar aplicar la figura de los intereses moratorios.

2.4 ES POSIBLE ENTREGAR EL ANTICIPO O EL PAGO ANTICIPADO EN UN CONTRATO ADICIONAL

El ya citado profesor Jairo Solano Sierra define el contrato adicional como: *“la figura mediante el cual las partes contratantes, de común acuerdo, o la entidad estatal por potestad de modificación unilateral, puede intriducirle cambios (en aumento o supresión) al objeto, plazo o valor contractual inicialmente planteados, siempre que este último no supere el 50% del contrato primario”*

Personalmente consideramos que si es posible que la entidad estatal efectúe la entrega de pago anticipado o de anticipo en los casos en que suscriba contratos adicionales¹⁶ pero respetando los límites impuestos por la ley y que ya fueron objeto de análisis.

Sobre este tema el Doctrinante Pedro José Bautista Moller sostiene lo siguiente:

“como la norma no hace ninguna referencia al valor inicial, como si lo hace el inciso segundo del mismo parágrafo, es perfectamente jurídico que sobre un contrato adicional, aunque no resulte razonable desde la perspectiva de la necesidad del mismo, pues hemos dicho que el anticipo actúa como un

¹⁶ Recordemos que el Consejo de Estado diferencia los términos contrato adicional de la adición del contrato. Sobre este tema puede consultarse el concepto del 26 de Agosto de 1998 de la sala y servicio civil del Consejo de Estado Exp.1.121

instrumento de carácter financiero, y ya avanzado un proyecto, como se supone ocurre cuando se celebra un adicional, no parece indispensable esa financiación, si importante al principio por los gastos indirectos o inversiones iniciales que todo proyecto requiere”¹⁷.

¹⁷ BAUTISTA MOLER. Pedro. Licitaciones, contratos y sanciones. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley. 1999

3. CONTROL SOBRE EL MANEJO DEL ANTICIPO Y DEL PAGO ANTICIPADO

El control sobre el manejo del anticipo y del pago anticipado se puede efectuar de tres maneras:

1. Un control Directo: El cual es efectuado por el representante legal de la entidad o la persona en que este hubiere delegado esta función (subordinado o interventor) lo anterior con fundamento en el deber de responsabilidad que le impone el artículo 26 núm. 5 de la ley 80 de 1993 en los siguientes términos: *“ la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal (...)”* pero ¿Cómo efectúa el jefe o representante legal este control? La respuesta nos la da el Doctrinante Franco Solarte Jiménez, citado por el profesor Jairo Enrique Solano en los siguientes términos: *“la mejor forma de constatar el buen manejo del anticipo y como usualmente suele hacerse, es por medio de su amortización en actas parciales de ejecución, suscritas por el contratista y el interventor o supervisor designado por la entidad. Las actas parciales de obra, constituyen la forma en que se reintegra, poco a poco el préstamo recibido de manos del estado. Después cuando el préstamo se agota, cuando ya el contratista a invertido según lo estipulado con la entidad el*

dinero recibido en calidad de anticipo y a su cambio reintegran las primeras muestras de ejecución del objeto contractual, viene las actas de pago parcial donde parte de los recursos pueden continuar poseyendo la calidad de anticipo – dineros públicos- y otra corresponda a honorarios por administración y utilidad a que tiene derecho el contratista. Sin embargo, cuando con el anticipo inicial se cubren todas las inversiones que requerirá el objeto contractual, los pagos subsiguientes se destinarán a los honorarios y a la utilidad del contratista; en este caso, los recursos entregados pierden la categoría de públicos y pasan a ser del particular, como igual sucedería con los rendimientos financieros que estos reporten. No habría aquí el ejercicio de la vigilancia conjunta, pues no podría el interventor inmiscuirse en la inversión que este particular decida dar libremente a su propio patrimonio”

2. La exigencia de un plan de inversión del anticipo: esta forma de control solo aplicaría en el caso en que entre las partes se hubiese pactado la entrega de un anticipo. El Doctrinante Santiago Sierra nos explica en qué consiste esta exigencia: *“Este tipo de planes supone el ejercicio de detallar todos aquellos rubros en que debe incurrir el contratista para acometer el objeto contractual, así como los tiempos en los cuales ejecutará las inversiones. Los rubros que suelen detallarse son, entre otros –en relación con el tipo de contrato a ejecutar- , los siguientes: 1. Honorarios y/o Salarios y/o Jomales 2. Compra de equipos y/o repuestos 3. Transportes y/o alquiler*

de maquinaria 4. Compra de materiales y/o insumos y/o accesorios. Estas pautas de inversión que propone el contratista, una vez son aprobadas por el funcionario competente para ello, en virtud de lo consagrado en el contrato, se convierten en el criterio fundamental de evaluación del contratista en lo que tiene que ver con la inversión del anticipo. Así pues, en la medida en que es él a quien se le permite presentar el plan de manejo, podrá la entidad exigirle su cabal cumplimiento, en condiciones de normalidad, claro está”¹⁸

En la actualidad las entidades estatales exigen la aprobación de los planes de inversiones por parte de los supervisores o interventores como presupuesto para la entrega de los anticipos.

3. La Constitución de Garantías: La ley 1150 de 2007 en su artículo 7 y su decreto reglamentario 4828 de 2008, obligan al contratista a constituir a favor de la entidad estatal dos clases de garantías: 1) la garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos y 2) la garantía única de cumplimiento. Ambas buscan proteger los intereses de las entidades estatales durante las diferentes etapas que ofrece el *inter contractus*.

¹⁸SantiagoSierra.<http://repository.upb.edu.co:8080/jspui/bitstream/123456789/103/1/EL%20ANTICIPO%20EN%20EL%20CONTRATO%20ESTATAL%20SANTIAGO%20SIERRA%20CORREGIDA%20FINAL%20.pdf>

Como regla general en todos los contratos estatales es obligatoria la constitución de la garantía única (con excepción de los empréstitos, de seguros, interadministrativos y inferiores al 10% de la menor cuantía).

La garantía única ampara los siguientes riesgos: 1) Buen manejo y correcta inversión del anticipo; 2) Devolución del Pago Anticipado; 3) Cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal; 4) pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales; 5) estabilidad y calidad de la obra; 6) Calidad del Servicio; 6) por responsabilidad fiscal entre otros.

En lo que se refiere al riesgo por buen manejo y correcta inversión del anticipo la póliza ampara los siguientes riesgos: a) la no inversión; b) el uso indebido; c) la apropiación indebida. Y el valor de la garantía debe ser equivalente al 100% que el contratista recibió a título de anticipo.

Como conclusión de todo lo anterior podemos decir que si todas las entidades estatales cumplieran al pie de la letra las diferentes normas contenidas en las normas de contratación estatal, tal vez no se hubiesen visto casos tan bochornosos de corrupción como los que en los últimos años hemos visto.

4. EL ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN Y SU INFLUENCIA EN EL ANTICIPO

La ley 1474 de 2011 por medio de la cual: *" se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública"* se encargo de regular en el artículo 91 la figura del anticipo en los siguientes términos: *" En los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía. El costo de la comisión fiduciaria será cubierto directamente por el contratista. Parágrafo. La información financiera y contable de la fiducia podrá ser consultada por los Organismos de Vigilancia y Control Fiscal."*

Este artículo sería reglamentado meses más tarde con la expedición del Decreto 734 de 2012 artículo 8.1.18 el cual señaló: *"en las contrataciones diferentes a las que se refiere el artículo 91 de la ley 1474 de 2011, el manejo de los recursos entregados al contratista a título de anticipo, deberá remplazarse en cuenta bancaria separada, no conjunta, a nombre del contrato suscrito. Los rendimientos que llegare a producir los recursos así entregados, pertenecerán al tesoro. ´para los contratos de obra, concesión, salud cuyo monto sea superior a la menor*

cuantía de la entidad contratante, y para los que se realicen por licitación pública, el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo en los términos previstos en el artículo 91 de la ley 1474 de 2011, según se adopte por una u otra figura del contrato"

El 15 de Agosto de 2013 entro en vigencia el decreto 1510 de 2013 el artículo anterior el cual fue remplazado por el artículo 35 que tiene la siguiente redacción: "*En los casos previstos en la ley, el contratista debe suscribir un contrato de fiducia mercantil para crear un patrimonio autónomo, con una sociedad fiduciaria autorizada para ese fin por la Superintendencia Financiera, a la cual la Entidad Estatal debe entregar el valor del anticipo. Los recursos entregados por la Entidad Estatal a título de anticipo dejan de ser parte del patrimonio de esta para conformar el patrimonio autónomo. En consecuencia, los recursos del patrimonio autónomo y sus rendimientos son autónomos y son manejados de acuerdo con el contrato de fiducia mercantil. En los pliegos de condiciones, la Entidad Estatal debe establecer los términos y condiciones de la administración del anticipo a través del patrimonio autónomo. En este caso, la sociedad fiduciaria debe pagar a los proveedores, con base en las instrucciones que reciba del contratista, las cuales deben haber sido autorizadas por el Supervisor o el Interventor, siempre y cuando tales pagos correspondan a los rubros previstos en el plan de utilización o de inversión del anticipo."*

Con la redacción de este nuevo artículo reglamentario se buscó corregir varias críticas que se le habían efectuado a la redacción del artículo 91 de ley 1474 de 2011.

Por ejemplo: el estatuto anticorrupción obliga al contratista a constituir una fiducia o un patrimonio autónomo. La doctrina se preguntaba ¿a cuál de los dos negocios fiduciarios se refería la norma? A la fiducia mercantil regulada en el código de comercio el cual tiene la característica de crear un patrimonio autónomo o se tratara del encargo fiduciario regulado en el estatuto orgánico del sector financiero que no tiene la propiedad de crear un patrimonio independiente. De la redacción de este nuevo artículo el contratista definitivamente deberá celebrar un contrato de fiducia mercantil regulado en el código de comercio.

Me preocupa que con la redacción de este nuevo artículo se siga desnaturalizando el concepto que conocíamos de anticipo:

1. Los dineros que se le entregaban al contratista como anticipo solo perdían su calidad de públicos cuando eran amortizados por el mismo: La nueva redacción de la norma dice expresamente: *" Los recursos entregados por la Entidad Estatal a título de anticipo dejan de ser parte del patrimonio de esta para conformar el patrimonio autónomo"* con lo cual consideramos que se está desnaturalizando la figura del anticipo como lo ha sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia.

2. Los rendimientos financieros en la nueva norma pertenecen a la fiduciaria, ya no a la entidad estatal como también fue objeto de estudio en su oportunidad.

Nada dice la norma sobre qué pasa con los anticipos de los contratos no regulados en la ley 1474 de 2011 ¿se le entrega implícitamente la facultad a la entidades de regular este tema en sus manuales de contratación?

CONCLUSIONES

1. Recién entrada en vigencia la ley 80 de 1993 un grupo de Doctrinante considero que los términos anticipo y pago anticipado eran sinónimos. Pero como demostramos a lo largo de este ensayo estos términos tiene un alcance y significado diferente.
2. El anticipo ha sido definido como un préstamo que efectúa la entidad estatal al contratista con el fin de que este inicie la ejecución del objeto contractual. La característica fundamental que tiene esta clase de financiación es que siempre mantiene el carácter de ser dinero público, solo entra al patrimonio del contratista cuando este efectuó la amortización del mismo.
3. El pago anticipado por el contrario es un adelanto que la entidad contratante le da al contratista para que inicie la ejecución del contrato, pero dicho adelanto hace parte del precio convenido; se convierte en privado porque ingresa al patrimonio del contratista y este puede disponer del mismo como a bien lo tenga.
4. El monto máximo que se puede pactar por concepto de anticipo y de pago anticipado es del 50% del valor del contrato. Consideramos que en los casos en que el contrato lo permita es posible pactar de manera conjunta tanto el anticipo como el pago anticipado pero sin que se sobrepase el monto máximo legal.
5. En cuanto a la administración del Pago anticipado vimos que le corresponde exclusivamente al contratista ya que este dinero hace parte del precio del contrato

y entra a su patrimonio particular; en cuanto al anticipo por su carácter público la administración de estos dineros le corresponde tanto al contratista como a la administración quien lo puede hacer directamente o a través del supervisor o interventor en quien este hubiese delegado dicha función.

6. Los Rendimientos financieros del Pago anticipado le corresponden al contratista, mientras los rendimientos del anticipo pertenecen a la entidad estatal.

7. El Consejo de Estado ha permitido la aplicación al contrato estatal de la institución de derecho civil denominada como "excepción de contrato no cumplido", pero adaptándola ya que no cualquier incumplimiento permite que el contratista la alegue, debe tratarse de un incumplimiento grave de las obligaciones contractuales.

8. Consideramos que ante el incumplimiento de la entidad estatal en la entrega del pago anticipado en la fecha le genera como sanción a la entidad el reconocimiento de los intereses moratorios al contratista. Esta misma situación llevada al anticipo considero que no genera ningún tipo de sanción, ya que este dinero pertenece a la misma entidad.

9. La ley contractual le otorga herramientas a las entidades estatales para que ellas garanticen que los recursos girados a los contratistas por estos conceptos sean invertidos en la satisfacción de necesidades colectivas: el control directo, la exigencia de planes de inversión del anticipo y la constitución de garantías son una muestra de que las herramientas existen.

BIBLIOGRAFIA

CAUSA, José Antonio. Alcances del Anticipo y del Pago Anticipado. En: Revista de Derecho No. 21, 2004 Pág. 97

Contraloría General de la Republica. Concepto (vía internet).

<http://www.contratos.gov.co/Archivos/DocsPregFrec/pago%20anticipado/01.pdf>

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de Septiembre de 1999. Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque. Exp. 1006

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de julio 2009. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Expediente 17.552. También puede consultarse la sentencia del 4 de septiembre de 2003. Magistrado Ponente Alier Hernández Enríquez. Exp. 10.883

BAUTISTA MOLER. Pedro. Licitaciones, contratos y sanciones. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley. 1999

OLAYA AMAYA. Uriel. Teoría de la Responsabilidad Fiscal aspectos sustanciales y procesales. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia, 2009. P. 254

Román Hermisno Gonzales (vía internet).

http://intellectum.unisabana.edu.co:8080/jspui/bitstream/10818/3416/1/RONAL%20HERMINSO%20GONZ%20C3%81LEZ%20AGUIRRE_152671.pdf

Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 22 de junio de 2001 con ponencia del Doctor Ricardo Hoyos Duque.

PINO RICCI. Jorge. Régimen de Contratación Estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1996. Pág. 194

SOLANO SIERRA. Jairo. Contratación Administrativa leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley. 2010. Pág. 555

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de Septiembre de 1999. Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque. Exp. 1006

SOLANO SIERRA. Jairo. Contratación Administrativa leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley. 2010. Pág. 555

SantiagoSierra.<http://repository.upb.edu.co:8080/jspui/bitstream/123456789/103/1/EL%20ANTICIPO%20EN%20EL%20CONTRATO%20ESTATAL%20SANTIAGO%20SIERRA%20CORREGIDA%20FINAL%20.pdf>

Recordemos que el Consejo de Estado diferencia los términos contrato adicional de la adición del contrato. Sobre este tema puede consultarse el concepto del 26 de Agosto de 1998 de la sala y servicio civil del Consejo de Estado Exp.1.121

Román Hermisno Gonzales (vía internet).

http://intellectum.unisabana.edu.co:8080/jspui/bitstream/10818/3416/1/RONAL%20HERMINSO%20GONZ%C3%81LEZ%20AGUIRRE_152671.pdf