**CCE-DES-FM-17**

**PAGO ANTICIPADO Y/O ANTICIPO – Régimen legal – Facultad – Pacto**

Conforme las disposiciones que regulan el régimen de contratación pública, las entidades estatales se encuentran facultadas para pactar el pago anticipado o la entrega de anticipos como mecanismos de financiación para la adecuada ejecución de los contratos estatales.

**PAGO ANTICIPADO Y/O ANTICIPO – Límites – Aplicación – Tipo contractual**

La citada disposición, además de contener la facultad expresa mencionada, establece un límite a su ejercicio, pues el pago anticipado o la entrega del anticipo no podrá superar el cincuenta por ciento (50%) del valor o precio del negocio jurídico celebrado por la entidad estatal.

Otro aspecto que se destaca de dicha disposición consiste que no restringe el tipo de contratos estatales en los cuales es aplicable esa facultad, es decir, por ejemplo, no limita la posibilidad de pactar anticipo o pago anticipado en contratos de tracto sucesivo o en contratos de ejecución instantánea, o dependiendo de la tipología contractual o la modalidad de selección del contratista.

**PAGO ANTICIPADO Y/O ANTICIPO – Nociones**

) El pago anticipado es un pago efectivo del precio que se efectúa y se causa en forma anticipada. Por tanto, los recursos se integran al patrimonio del contratista desde su desembolso. ii) El anticipo es un adelanto o avance del precio del contrato destinado a apalancar el cumplimiento de su objeto, de modo que los recursos entregados 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.

**ANTICIPO – Fiducia o patrimonio autónomo – Constitución – Aplicación – Contratos obligados**

De otra parte, con la expedición de la Ley 1474 de 2011 «Por 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 estableció un requisito relacionado con el manejo del anticipo. En efecto, el artículo 91 estableció la obligación para el contratista de constituir una fiducia o patrimonio autónomo irrevocable, como garantía del buen manejo e inversión de los recursos que le sean entregados a título de anticipo. La mencionada obligación se aplica a los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, salvo que los mismos sean de menor o mínima cuantía.

**PAGO ANTICIPADO Y/O ANTICIPO – Medidas de protección – Recursos entregados**

En los contratos en los que no es obligatorio constituir una fiducia o un patrimonio autónomo para el manejo del anticipo, la entidad contratante debe adoptar medidas necesarias y razonables para asegurar la protección de los recursos económicos entregados al contratista.

Por ello, la protección de los recursos económicos entregados al contratista, a título de pago anticipado o anticipo, debe realizarse con la constitución de las garantías establecidas en el ordenamiento jurídico para tal efecto.

Bogotá D.C., **25/11/2020**

**N° Radicado: 2202013000011722**

Señora

**Diana López Leal**

Medellín, Antioquia

**Concepto C ─ 693 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | PAGO ANTICIPADO Y/O ANTICIPO – Régimen legal – Facultad – Pacto / PAGO ANTICIPADO Y/O ANTICIPO – Límites – Aplicación – Tipo contractual / PAGO ANTICIPADO Y/O ANTICIPO – Nociones / ANTICIPO – Fiducia o patrimonio autónomo – Constitución – Aplicación – Contratos obligados / PAGO ANTICIPADO Y/O ANTICIPO – Medidas de protección – Recursos entregados |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202012000009382 |

Estimada señora López,

La Agencia Nacional de Contratación Pública ―Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 16 de octubre de 2020, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

1. **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente pregunta: «Solicitamos determinar de manera clara y precisa, que (sic) se entiende por "valor básico del contrato", en el numeral 8.3 ANTICIPIO (sic) Y/O PAGO ANTICIPADO del pliego de condiciones tipo versión 2, toda vez que dentro del Formulario 1 del presupuesto, no se hace alusión a cual (sic) valor específicamente corresponde la mencionada expresión».

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en los conceptos con radicados números 414140000132 del 19 de enero de 2015, 414140001200 del 22 de enero de 2015, 4201714000000768 del 10 de marzo de 2017, 4201713000000879 del 24 de marzo de 2017, 4201713000002621 del 27 de julio de 2017, 4201714000004176 del 28 de agosto de 2017, 4201714000005628 del 11 de diciembre de 2017, 4201814000000698 del 14 de abril de 2018 y C-209 del 16 de marzo de 2020, abordó el análisis y estudio de la facultad de las entidades estatales para pactar el pago anticipado o la entrega de anticipo en los contratos estatales. La tesis desarrollada en estos conceptos es la que se expone a continuación.

**2.1 Concepto y regulación del anticipo y el pago anticipado**

Conforme las disposiciones que regulan el régimen de contratación pública, las entidades estatales se encuentran facultadas para pactar el pago anticipado o la entrega de anticipos como mecanismos de financiación para la adecuada ejecución de los contratos estatales. En efecto, el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, establece:

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.

La citada disposición, además de contener la facultad expresa mencionada, establece un límite a su ejercicio, pues el pago anticipado o la entrega del anticipo no podrá superar el cincuenta por ciento (50%) del valor o precio del negocio jurídico celebrado por la entidad estatal.

Otro aspecto que se destaca de dicha disposición consiste que no restringe el tipo de contratos estatales en los cuales es aplicable esa facultad, es decir, por ejemplo, no limita la posibilidad de pactar anticipo o pago anticipado en contratos de tracto sucesivo o en contratos de ejecución instantánea, o dependiendo de la tipología contractual o la modalidad de selección del contratista.

En cuanto a la naturaleza y alcance de los conceptos de pago anticipado y anticipo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, a partir de la definición de anticipo realizada por la Sección Tercera de esa misma corporación, afirmó:

La jurisprudencia de la Sección Tercera ha definido el anticipo en los siguientes términos:

«El anticipo es pacto en el contrato regulado por la ley, que proviene de la autonomía de la voluntad, que genera obligaciones y derechos recíprocos entre las partes, en momentos diferentes. En una primera instancia es obligación del contratante y derecho del contratista, de entregar y recibir - previa constitución de la garantía -, respectivamente, una suma determinada de dinero, con cargo a los recursos del contrato, con el objeto financiar al contratista en las prestaciones a su cargo (adquisición de bienes, servicios, obras etc). En segunda instancia el anticipo, en su resultado, constituye una obligación del contratista y un derecho del contratante, en los siguientes aspectos: *-De inversión en los objetos determinados en el contrato y de pago por amortización, por parte del contratista.* -De recibir, por amortización, y/o hacer efectiva la garantía de anticipo, o de cumplimiento, según el Estatuto de Contratación vigente, por parte del contratante**,** *por hechos del contratista que impliquen mal manejo o incorrecta inversión de los dineros de propiedad pública*. Las partes contratantes, acuerdan además en el contrato, las condiciones de efectividad, la proporción con el valor del contrato, la oportunidad en que debe entregarse, la vigilancia Estatal sobre las sumas y las amortizaciones». (Cursiva fuera del original).

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 y, el hecho de que se hayan destinado al pago de comisiones por la adjudicación del contrato a favor del congresista demandado, tal como se acreditó en el proceso, configura la causal de pérdida de investidura de congresista prevista en el artículo 183.4 de la Constitución Nacional y artículo 296.4 de la Ley 5 de 1992[[1]](#footnote-1).

La distinción o diferenciación realizada sobre los conceptos de pago anticipado y anticipo, fue reiterada por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de la siguiente manera:

En este punto, vuelve a ser útil la distinción que esta Corporación ha desarrollado en torno a los conceptos de «anticipo» y «pago anticipado», donde el principal criterio de diferenciación es la titularidad de esas sumas de dinero en términos patrimoniales, es decir, mientras el anticipo le pertenece a la administración, ello es, son dineros públicos; el pago anticipado representa el cumplimiento de la obligación de pago del precio del contrato por parte de la administración, o sea, son dineros de propiedad del contratista[[2]](#footnote-2).

Establecida la naturaleza y alcance de los conceptos de pago anticipado y anticipado, los mismos pueden ser definidos así: i) El pago anticipado es un pago efectivo del precio que se efectúa y se causa en forma anticipada. Por tanto, los recursos se integran al patrimonio del contratista desde su desembolso. ii) El anticipo es un adelanto o avance del precio del contrato destinado a apalancar el cumplimiento de su objeto, de modo que los recursos entregados 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.

De otra parte, con la expedición de la Ley 1474 de 2011 «Por 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 estableció un requisito relacionado con el manejo del anticipo. En efecto, el artículo 91 estableció la obligación para el contratista de constituir una fiducia o patrimonio autónomo irrevocable, como garantía del buen manejo e inversión de los recursos que le sean entregados a título de anticipo. La mencionada obligación se aplica a los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, salvo que los mismos sean de menor o mínima cuantía[[3]](#footnote-3).

En los contratos en los que no es obligatorio constituir una fiducia o un patrimonio autónomo para el manejo del anticipo, la entidad contratante debe adoptar medidas necesarias y razonables para asegurar la protección de los recursos económicos entregados al contratista.

Por ello, la protección de los recursos económicos entregados al contratista, a título de pago anticipado o anticipo, debe realizarse con la constitución de las garantías establecidas en el ordenamiento jurídico para tal efecto[[4]](#footnote-4).

**2.2 El anticipo y el pago anticipado en los Documentos Tipo**

El capítulo VIII del Documento base de los Documentos Tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte – Versión 2, regula la minuta y las condiciones del contrato en tres aspectos: i) información para el control de la ejecución de la obra, ii) análisis de precios unitarios y iii) anticipo y/o pago anticipado. Teniendo en cuenta la consulta, sobre el numeral «8.3 Anticipo y/o pago anticipado», se destaca que contiene espacios marcados en gris y corchetes, con el fin de que la entidad decida si entrega o no estos recursos en el proceso contractual. De esta manera, el documento base indica que si la entidad decide entregar el anticipo y/o pago anticipado debe incluir el párrafo que señala el porcentaje del valor básico del contrato que se entregará, y que estos recursos se regirán por el «Anexo 5 - Minuta del Contrato».

 Lo anterior es así, ya que, como se indicó, el numeral 8.3 pertenece al capítulo VIII del Documento base que especifica lo relacionado con los aspectos más importantes del contrato, destacando, entre otros, la decisión de la entidad de entregar esos recursos. En todo caso, la entrega del anticipo y/o pago anticipado es una decisión de la entidad y, por ende, el Documento base tiene dos párrafos para que la entidad elija uno o el otro, dependiendo de si decidió o no entregar tales recursos.

 El numeral «8.3 Anticipo y/o pago anticipado», en el párrafo aplicable al supuesto en que la entidad decide entregar dicho dinero, indica que «En el presente Proceso de Contratación la Entidad entregará al contratista a título de [anticipo y/o pago anticipado] un valor equivalente al [XX%] del valor básico del contrato.[...]». El aparte citado tiene relación con el objeto de la consulta, particularmente en lo que se refiere a la expresión «valor básico del contrato».

 La expresión «valor básico del contrato» debe entenderse de acuerdo con la regulación aplicable al anticipo y al pago anticipado, particularmente, el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, citado en el numeral 2.1 de este concepto, ya que allí se indica el límite del valor que se puede entregar por estos conceptos, tope que establece la norma indicada de acuerdo con el «[...] valor del respectivo contrato[...]». En este sentido, cuando el Documento Tipo alude al «valor básico del contrato», se refiere al valor inicial del contrato.

1. **Respuesta**

«Solicitamos determinar de manera clara y precisa, que (sic) se entiende por "valor básico del contrato", en el numeral 8.3 ANTICIPIO (sic) Y/O PAGO ANTICIPADO del pliego de condiciones tipo versión 2, toda vez que dentro del Formulario 1 del presupuesto, no se hace alusión a cual (sic) valor específicamente corresponde la mencionada expresión»

Las entidades estatales tienen la facultad de pactar el pago anticipado o la entrega de anticipos sus contratos, sin restricción o distinción respecto del tipo de negocio jurídico a celebrar y/o la modalidad de selección del contratista, ya que la ley al regularlos no efectuó esta distinción.

En este sentido, corresponde a las entidades contratantes decidir y definir, conforme a las condiciones particulares de cada proceso de contratación, si es conveniente o no entregar recursos al contratista en la forma expresada en este concepto. Si se pacta el pago anticipado o la entrega de anticipo, la entidad estatal está en la obligación de observar y acatar los límites y obligaciones establecidas en el ordenamiento jurídico sobre estas formas de remuneración o financiación.

En concreto, respecto de los Documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte – Versión 2, cuando la entidad decide entregar anticipo o pago anticipado, el numeral 8.3 del Documento base exige señalar el porcentaje del valor básico del contrato que se entregará a título de anticipo o pago anticipado. La expresión «valor básico del contrato» debe entenderse de acuerdo con la regulación aplicable al anticipo y al pago anticipado, particularmente, el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, desarrollado en el numeral 2.1 de este concepto, ya que allí se indica el límite del valor que se puede entregar por estos conceptos, tope que establece la norma indicada de acuerdo con el «[...] valor del respectivo contrato[...]». En este sentido, cuando el Documento Tipo alude al «valor básico del contrato», se refiere al valor inicial del contrato.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Ximena Ríos LópezGestor T1-11 |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1-15 Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual |
| Anexo: | 0 |

1. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 8 de agosto de 2001. Exp. AC-10966 - AC-11274. Consejero Ponente: Reinaldo Chavarro Buriticá. [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 29 de abril de 2015. Exp. 31.620. Consejera Ponente: Olga Mélida Valle De De La Hoz (E) [↑](#footnote-ref-2)
3. Ley 1474 de 2011: «Artículo 91. Anticipos. 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. […]» [↑](#footnote-ref-3)
4. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.3.1.7. Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:

»1. Buen manejo y correcta inversión del anticipo. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal con ocasión de: (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.

»2. Devolución del pago anticipado. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal por la no devolución total o parcial del dinero entregado al contratista a título de pago anticipado, cuando a ello hubiere lugar […]».

«Artículo 2.2.1.2.3.1.10. Suficiencia de la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo. La Garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo debe estar vigente hasta la liquidación del contrato o hasta la amortización del anticipo, de acuerdo con lo que determine la Entidad Estatal. El valor de esta garantía debe ser el ciento por ciento (100%) de la suma establecida como anticipo, ya sea este en dinero o en especie».

«Artículo 2.2.1.2.3.1.11. Suficiencia de la garantía de pago anticipado. La garantía de pago anticipado debe estar vigente hasta la liquidación del contrato o hasta que la Entidad Estatal verifique el cumplimiento de todas las actividades o la entrega de todos los bienes o servicios asociados al pago anticipado, de acuerdo con lo que determine la Entidad Estatal. El valor de esta garantía debe ser el ciento por ciento (100%) del monto pagado de forma anticipada, ya sea este en dinero o en especie». [↑](#footnote-ref-4)