CCE-DES-FM-17

**ANTICIPO – Regulación normativa**

En materia de contratación pública, la figura del anticipo está prevista en dos (2) normas: el inciso primero del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011. En cuanto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se dispone la posibilidad de pactar anticipos en los contratos, pero sujeto a determinadas limitaciones. En efecto, la norma prescribe que «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».

**ANTICIPO – Definición jurisprudencial**

[Sobre la calidad de recurso público del anticipo, la jurisprudencia ha reiterado que «dicho dinero no hace parte del patrimonio del contratista y le pertenece a la entidad contratante hasta tanto se amortice. De allí se deduce que la función del anticipo en el contrato es, de entrada, financiar las prestaciones del contratista, y hace razonable el amparo del buen manejo y correcta inversión de estos recursos dentro de la garantía única de cumplimiento». Igualmente, explica que el anticipo, al facilitar al contratista la financiación de los bienes y servicios que se le han encargado, es un factor determinante para impulsar la ejecución del contrato. Este también es el entendimiento de la doctrina, que ha considerado el anticipo como un dinero entregado al contratista que debe cancelarse mediante descuentos parciales, siendo una práctica común que permite impulsar la ejecución del contrato.

Así, de acuerdo con las consideraciones de la jurisprudencia y la doctrina, el anticipo es aquella suma de dinero entregada al contratista con la finalidad de apalancarlo financieramente para solventar los costos iniciales de la ejecución del contrato. Este dinero debe amortizarse de acuerdo al avance en la ejecución. De esta forma, los recursos entregados a título de anticipo son del erario, razón por la que debe garantizarse su buen manejo y correcta inversión.

**ANTICIPO – Autonomía de la voluntad – Derechos y obligaciones recíprocas**

Como característica esencial del anticipo, derivada del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, el pacto proviene de la autonomía de la voluntad de las partes. De allí que se generen una serie de derechos y obligaciones recíprocos entre ellas. Por un lado, el contratante tiene la obligación de entregar el valor pactado como anticipo y el derecho a que los recursos sean empleados en la forma estipulada. Por otro lado, el contratista tiene derecho a recibir dicho anticipo y la obligación de destinarlo a la ejecución del contrato.

**CONTRATO DE FIDUCIA PÚBLICA – Decreto 1082 de 2015**

El artículo 2.2.1.1.2.4.1 del Decreto 1082 de 2015 prescribe que, 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 de Colombia, a la cual la Entidad Estatal debe entregar el valor del anticipo. Los recursos del patrimonio y sus rendimientos son autónomos, además de que se manejan de acuerdo con el contrato de fiducia mercantil. Adicionalmente, la norma señala que en el pliego de condiciones la entidad debe establecer los términos y condiciones de la administración del anticipo a través del patrimonio autónomo.

Lo anterior surge como una medida para fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, en atención a la problemática identificada sobre el incumplimiento de los contratistas de destinar los anticipos en la ejecución del contrato. De esta manera, mediante estas disposiciones se busca realizar un seguimiento a la entrega de recursos que se otorgan en calidad de anticipo, a través de la constitución de una fiducia irrevocable. Esto con la finalidad de garantizar la adecuada inversión y administración de los recursos, así como su reintegro a la entidad estatal.

**CONSTITUCIÓN DE FIDUCIA O PATRIMONIO AUTÓNOMO IRREVOCABLE – Artículo 91 ley 1474 de 2011**

Por su parte, el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 consagra una regla especial para el manejo del anticipo. Según esta disposición, cuando se pacte en contratos de obra, concesión o salud, que no sean de menor o mínima cuantía, o en todos aquellos que se realicen por licitación pública, el contratista tiene la obligación de constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable. Lo anterior, para el manejo de los recursos desembolsados bajo el mencionado concepto, con el fin de garantizar que se destinen exclusivamente a la ejecución del contrato.

**CONSTITUCIÓN DE FIDUCIA O PATRIMONIO AUTÓNOMO IRREVOCABLE – ámbito de aplicación – Contratos aplicables**

El artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 determina el ámbito de aplicación, al enumerar los casos en los cuales es deber del contratista constituir un patrimonio autónomo o una fiducia para administrar los recursos del anticipo. Para tales efectos, se establecen los siguientes contratos: i) obra, ii) concesión, iii) salud y iv) los contratos derivados de un proceso de licitación pública. En ese orden, aunque la norma menciona la modalidad de selección como un criterio principal que determine su ámbito de aplicación, la expresión «o los que se realicen por licitación pública», indica que, además de los objetos mencionados, también para estos contratos aplica el supuesto de hecho.

En tal sentido, respecto a los contratos de obra, concesión y salud, así como en relación con los contratos derivados de licitación pública cualquiera que sea su tipología contractual, el contratista deberá obligatoriamente constituir una fiducia mercantil para el manejo de los recursos que se entreguen en calidad de anticipo. Se aclara que la constitución del patrimonio autónomo para el manejo del anticipo no releva a la entidad estatal de exigir la garantía de buen manejo y correcta inversión.

Es importante precisar que el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 excluye de su ámbito de aplicación a los contratos de obra, concesión y salud, siempre que estos sean adelantados mediante las modalidades de selección abreviada de menor cuantía y mínima cuantía. Sin embargo, cuando hay entrega de anticipo en estas modalidades de selección, la entidad estatal tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias y razonables para asegurar el buen manejo y la correcta inversión del anticipo, entre las que se encuentra la constitución de una garantía.

Bogotá D.C., 30 de noviembre de 2022



Señor

**Manuel Jair Zúñiga Bravo**

Mocoa, Putumayo

**Concepto C – 703 de 2022**

**Temas**: ANTICIPO – Regulación normativa / ANTICIPO – Definición jurisprudencial / ANTICIPO – Autonomía de la voluntad – Derechos y obligaciones recíprocas / CONTRATO DE FIDUCIA PÚBLICA – Contrato de fiducia mercantil – Diferencias – Ley 80 de 1993 / CONSTITUCIÓN DE FIDUCIA O PATRIMONIO AUTÓNOMO IRREVOCABLE – Artículo 91 ley 1474 de 2011 / CONSTITUCIÓN DE FIDUCIA O PATRIMONIO AUTÓNOMO IRREVOCABLE – Àmbito de aplicación – Contratos aplicables.

**Radicación**: Respuesta a consulta P20220913009200.

Estimado señorZúñiga,

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, la Agencia Nacional de Contratación Pública− Colombia Compra Eficiente responde su consulta radicada el 13 de septiembre de 2022.

**1. Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta: «¿Cuál es el alcance de la Ley 1474 de 2011, en especial su artículo 91, en concordancia con el artículo 33 del decreto 4730 de 2005, cuando en un encargo fiduciario constituido para el manejo de un anticipo de un contrato de obra, no se generan rendimientos, sino que por el contrario ocasionan disminución del valor del anticipo? ¿al tenor de dicha normatividad quien debería asumir el riesgo, la entidad pública contratante o el contratista?».

**2. Consideraciones**

Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-1). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, tampoco puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias; razón por la cual, corresponde cada entidad estatal definir la viabilidad técnica, jurídica y financiera de celebrar determinado negocio jurídico en específico.

Es preciso advertir que los conceptos contienen la posición hermenéutica de la Subdirección de Gestión Contractual, en relación con determinado aspecto del ordenamiento jurídico. Esta competencia de interpretación de normas generales en materia de contratación pública, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. En otras palabras, los conceptos de esta Agencia tienen como objeto la interpretación de normas de carácter general, esto es, del ordenamiento jurídico en abstracto, no la resolución de controversias o la asesoría para casos concretos, de acuerdo con lo indicado respecto a las normas que otorgan competencia consultiva a esta Subdirección. Además, no son vinculantes o de obligatorio cumplimiento para el destinatario, sino que expresan la posición interpretativa del ente que elabora el concepto.

Sin perjuicio de lo anterior, dentro de los límites de la función consultiva, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resolverá su consulta, realizando algunas consideraciones en torno a los siguientes temas: i) naturaleza jurídica del anticipo; ii) ámbito de aplicación del artículo 91 de la Ley 1474 de 2011; y iii) responsabilidad por pérdidas generadas en el marco de manejo de anticipos de contratos estatales a través de contratos de fiducia. En los conceptos con radicados 2201913000007209 del 27 de septiembre de 2019, C-049 del 21 de febrero de 2020, C-209 del 16 de marzo de 2020 y C-693 del 25 de noviembre de 2020, abordó el análisis y estudio de la facultad de las entidades estatales para pactar la entrega de anticipos en los contratos estatales. Algunos argumentos de las tesis propuestas en estos conceptos se retoman a continuación y se complementan en lo pertinente.

**2.1.** **Naturaleza jurídica del anticipo**

En materia de contratación pública, la figura del anticipo está prevista en dos (2) normas: el inciso primero del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011. En cuanto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se dispone la posibilidad de pactar anticipos en los contratos, pero sujeto a determinadas limitaciones. En efecto, la norma prescribe que «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».

Por su parte, el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 consagra una regla especial para el manejo del anticipo. Según esta disposición, cuando se pacte en contratos de obra, concesión o salud, que no sean de menor o mínima cuantía, o en todos aquellos que se realicen por licitación pública, el contratista tiene la obligación de constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable. Lo anterior, para el manejo de los recursos desembolsados bajo el mencionado concepto, con el fin de garantizar que se destinen exclusivamente a la ejecución del contrato.

Aunque las normas citadas no definen el anticipo, el Consejo de Estado ha precisado su naturaleza jurídica fijando parámetros para su aplicación[[2]](#footnote-2). Dicha Corporación se ha referido al anticipo como «un recurso o suma correspondiente a un porcentaje del valor total del contrato, pactado como contraprestación, que la entidad pública le entrega al contratista para que sea invertida específicamente en la ejecución del contrato y sea manejada generalmente en cuenta separada, con imposición de obligaciones relacionadas con legalización y amortización de la inversión, de suerte que el monto entregado como anticipo no ingresa al patrimonio del contratista sino cuando ha sido debidamente amortizado»[[3]](#footnote-3).

Sobre la calidad de recurso público del anticipo, la jurisprudencia ha reiterado que «dicho dinero no hace parte del patrimonio del contratista y le pertenece a la entidad contratante hasta tanto se amortice. De allí se deduce que la función del anticipo en el contrato es, de entrada, financiar las prestaciones del contratista, y hace razonable el amparo del buen manejo y correcta inversión de estos recursos dentro de la garantía única de cumplimiento»[[4]](#footnote-4). Igualmente, explica que el anticipo, al facilitar al contratista la financiación de los bienes y servicios que se le han encargado, es un factor determinante para impulsar la ejecución del contrato[[5]](#footnote-5). Este también es el entendimiento de la doctrina, que ha considerado el anticipo como un dinero entregado al contratista que debe cancelarse mediante descuentos parciales, siendo una práctica común que permite impulsar la ejecución del contrato[[6]](#footnote-6).

Así, de acuerdo con las consideraciones de la jurisprudencia y la doctrina, el anticipo es aquella suma de dinero entregada al contratista con la finalidad de apalancarlo financieramente para solventar los costos iniciales de la ejecución del contrato. Este dinero debe amortizarse de acuerdo al avance en la ejecución. De esta forma, los recursos entregados a título de anticipo son del erario, razón por la que debe garantizarse su buen manejo y correcta inversión.

Como característica esencial del anticipo, derivada del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, el pacto proviene de la autonomía de la voluntad de las partes. De allí que se generen una serie de derechos y obligaciones recíprocos entre ellas. Por un lado, el contratante tiene la obligación de entregar el valor pactado como anticipo y el derecho a que los recursos sean empleados en la forma estipulada. Por otro lado, el contratista tiene derecho a recibir dicho anticipo y la obligación de destinarlo a la ejecución del contrato. De esta manera, el Consejo de Estado explica lo siguiente:

[…] 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[[7]](#footnote-7).

Las entidades estatales tienen la facultad de pactar la entrega de anticipos en los contratos que celebren. Para ello, deberán realizar el estudio correspondiente con el fin de determinar la conveniencia de otorgar recursos al contratista bajo esa denominación. De este modo, las entidades podrán determinar las condiciones de entrega, el monto –que no podrá ser superior al 50% del valor del contrato–, el plazo de amortización, las condiciones necesarias para su exigibilidad, así como todas las obligaciones para su correcta inversión.

Adicionalmente, el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 no restringe el tipo de contratos estatales en los cuales es posible el ejercicio de esta facultad. Es decir, no limita la posibilidad de pactar anticipo dependiendo de la tipología contractual o la modalidad de selección del contratista. De hecho, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública dispone como única limitación el valor máximo que puede desembolsar la entidad para pactar el anticipo.

La entidad y el contratista podrán disponer, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las condiciones que consideren convenientes de acuerdo con las normas civiles, siempre que no contraríen los parámetros normativos y los principios de la actividad contractual. No obstante, se reitera la importancia de analizar y justificar en cada caso la pertinencia y conveniencia de entregar al contratista recursos en calidad de anticipo.

Del análisis realizado se desprende que los recursos entregados al contratista en calidad de anticipo son recursos públicos. Por tanto, corresponde a la entidad adoptar las medidas necesarias y razonables para asegurar la correcta inversión de los dineros entregados, las cuales deberán reflejarse en el contrato celebrado. En consecuencia, deberán constituir la garantía única de cumplimiento e incluir el amparo previsto en el artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015. Este amparo establece tres circunstancias que deben ser objeto de cobertura: 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[[8]](#footnote-8).

Adicionalmente, conforme al citado artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, existen algunos contratos respecto de los cuales la ley obliga al contratista de constituir una fiducia mercantil para el manejo de los recursos entregados a título de anticipo. Este punto se analizará en el siguiente apartado.

**2.2. Ámbito de aplicación del artículo 91 de la Ley 1474 de 2011**

Como se expuso en el acápite anterior, una de las normas que regula el anticipo en materia de contratación estatal es el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011. Esta norma dispone que: «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» (Énfasis fuera de texto).

En concordancia, el artículo 2.2.1.1.2.4.1 del Decreto 1082 de 2015 prescribe que, 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 de Colombia, a la cual la Entidad Estatal debe entregar el valor del anticipo. Los recursos del patrimonio y sus rendimientos son autónomos, además de que se manejan de acuerdo con el contrato de fiducia mercantil. Adicionalmente, la norma señala que en el pliego de condiciones la entidad debe establecer los términos y condiciones de la administración del anticipo a través del patrimonio autónomo[[9]](#footnote-9).

Lo anterior surge como una medida para fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, en atención a la problemática identificada sobre el incumplimiento de los contratistas de destinar los anticipos en la ejecución del contrato[[10]](#footnote-10). De esta manera, mediante estas disposiciones se busca realizar un seguimiento a la entrega de recursos que se otorgan en calidad de anticipo, a través de la constitución de una fiducia irrevocable. Esto con la finalidad de garantizar la adecuada inversión y administración de los recursos, así como su reintegro a la entidad estatal.

Sobre el particular, la Agencia Nacional de Contratación Pública–Colombia Compra Eficiente expidió la «Guía para el manejo de anticipos mediante contrato de fiducia irrevocable»[[11]](#footnote-11), que tiene como objetivo establecer lineamientos sobre el contrato de fiducia para el manejo de anticipos. En esta se explica que «[…] el patrimonio autónomo para manejo de anticipos tiene como finalidad: (i) la correcta y adecuada inversión y administración del anticipo y, (ii) el reintegro de los recursos del anticipo a la Entidad Estatal cuando declara la caducidad, incumplimiento o terminación del contrato estatal o cuando se presenta la nulidad del contrato estatal». Además, indica que, en los contratos de obra, concesión, salud y los que se realicen por licitación pública, siempre que no sean de menor o mínima cuantía, el contratista debe constituir un contrato de fiducia mercantil irrevocable para el manejo de los recursos que recibe a título de anticipo. Igualmente, expone las condiciones para administrar los recursos del patrimonio autónomo, las obligaciones principales de la fiduciaria, el manejo de los excedentes, entre otros.

Es evidente entonces que para ciertos tipos de contratos la Ley ha impuesto la obligación al contratista de constituir una fiducia o patrimonio autónomo irrevocable. Esta obligación tiene el propósito de asegurar el buen manejo de los recursos que se entreguen a título de anticipo, así como garantizar que estos sean destinados única y exclusivamente para solventar los costos iniciales de la ejecución, de acuerdo con las condiciones pactadas.

El artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 determina el ámbito de aplicación, al enumerar los casos en los cuales es deber del contratista constituir un patrimonio autónomo o una fiducia para administrar los recursos del anticipo. Para tales efectos, se establecen los siguientes contratos: i) obra, ii) concesión, iii) salud y iv) los contratos derivados de un proceso de licitación pública. En ese orden, aunque la norma menciona la modalidad de selección como un criterio principal que determine su ámbito de aplicación, la expresión «o los que se realicen por licitación pública», indica que, además de los objetos mencionados, también para estos contratos aplica el supuesto de hecho.

En tal sentido, respecto a los contratos de obra, concesión y salud, así como en relación con los contratos derivados de licitación pública cualquiera que sea su tipología contractual, el contratista deberá obligatoriamente constituir una fiducia mercantil para el manejo de los recursos que se entreguen en calidad de anticipo. Se aclara que la constitución del patrimonio autónomo para el manejo del anticipo no releva a la entidad estatal de exigir la garantía de buen manejo y correcta inversión.

Es importante precisar que el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 excluye de su ámbito de aplicación a los contratos de obra, concesión y salud, siempre que estos sean adelantados mediante las modalidades de selección abreviada de menor cuantía y mínima cuantía. Sin embargo, cuando hay entrega de anticipo en estas modalidades de selección, la entidad estatal tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias y razonables para asegurar el buen manejo y la correcta inversión del anticipo, entre las que se encuentra la constitución de una garantía.

**2.3. Responsabilidad por pérdidas generadas en el marco de manejo de anticipos de contratos estatales a través de contratos de fiducia**

Conforme a lo manifestado *supra,* en lo referente al manejo de los rendimientos que se ocasionen en el marco de la administración de los recursos, el artículo 2.2.1.1.2.4.1 del Decreto 1082 de 2015 advierte la autonomía de su manejo y la sujeción del mismo a las reglas del contrato de fiducia mercantil. Al respecto conviene recordar que, el Código de Comercio define el contrato de fiducia mercantil en su artículo 1226, estableciendo como elementos característicos del negocio jurídico: i) la existencia de al menos dos sujetos, fiduciante y fiduciario y ii) la transferencia de los bienes fideicomitidos, con el siguiente tenor:

Artículo 1226. Concepto de la fiducia mercantil. La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.

Por su parte, el artículo 1234 del Código de Comercio establece como obligaciones del fiduciario las siguientes:

Artículo 1234. Otros deberes indelegables del fiduciario. Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes:

1) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia;

2) Mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios;

3) *Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca;*

4) Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente;

5) Pedir instrucciones al Superintendente Bancario cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias. En estos casos el Superintendente citará previamente al fiduciante y al beneficiario;

6) *Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario, para lo cual todo acto de disposición que realice será siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo determinación contraria del acto constitutivo*;

7) Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario, y

8) Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses. (Énfasis fuera de texto).

Conforme se desprende del numeral 6 de la última norma transcrita, una de las obligaciones del fiduciario es la de procurar el mayor rendimiento de los bienes involucrados en la fiducia. No obstante, el alcance de la misma no es el de una obligación de resultados en virtud de la cual la sociedad fiduciaria esté forzada a generar unos rendimientos o responder por eventuales perdidas que se generen[[12]](#footnote-12). Sobre la responsabilidad de la fiduciaria la doctrina mercantil ha señalado:

[N]o incurre en responsabilidad por toda pérdida que sufra el patrimonio, sino que dicha responsabilidad debe necesariamente resultar de un incumplimiento del contrato. La fiduciaria, por tanto, no es una aseguradora de los bienes, y por ello solo responde cuando ha dejado de cumplir con sus obligaciones: si la pérdida sobrevenida no se debe a falta de cuidado y prudencia de su parte o a cualquiera otra infracción de sus compromisos contractuales, no está obligada a indemnizar.

Por ejemplo, no será responsable en el caso de que los bienes sean robados sin culpa suya, de que una inversión en valores se deprecie por causas que no le sean imputables, de que un depósito bancario hecho prudentemente se pierda por quiebra del banco[[13]](#footnote-13).

 De acuerdo con lo anterior, no es una obligación esencial del negocio fiduciario la de generar rendimientos, en la medida que el compromiso principal de la sociedad fiduciaria es el de ejercer la administración de los bienes encomendados con la diligencia que exige la prudencia en el manejo de los propios recursos. Esto se fundamenta, de un lado, en el hecho de que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1243 del Código de Comercio, las sociedades fiduciarias responden hasta por la culpa leve en el desarrollo de su gestión, y por el otro lado, en la prohibición general establecida en el numeral 3 del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –Decreto ley 663 de 1993– la cual señala que: «Los encargos y contratos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por éstas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley».

Sin perjuicio de lo anterior, la responsabilidad de la fiducia por las eventuales perdidas que se generen en gran medida depende del alcance las obligaciones específicas que se establezcan en el contrato de fiducia, en la medida que de allí derivan reglas a las que deberá sujetarse la sociedad fiduciaria en la administración e inversión de los recursos entregados. Esto además debido a que es posible que se incluyan estipulaciones contractuales en virtud de las cuales se establezcan supuestos de responsabilidad de la fiduciaria por pérdidas generadas en el manejo de los recursos recibidos[[14]](#footnote-14).

En todo caso, en concordancia con lo anterior, esta Agencia en la «*Guía para el manejo de anticipos mediante contrato de fiducia mercantil irrevocable»* ha señalado que: «Las obligaciones que asume la sociedad fiduciaria por lo general son de medio y no de resultado, por ejemplo, respecto a generar rendimientos de los recursos». Esto no descarta la inclusión de obligaciones de resultados, que tal como lo menciona la guía son los las de «[…] atender los pagos que instruye el contratista, verificar la autorización previa del supervisor o interventor y el reintegro de los recursos a la Entidad Estatal cuando hay lugar al mismo».

Conforme a lo anterior, dado que los recursos entregados por concepto de anticipo tienen la naturaleza de públicos podría en principio argüirse que es la entidad estatal quien debería asumir las eventuales pérdidas generadas, toda vez que las sociedades fiduciarias no tienen una obligación invariable de generar rendimientos y en la medida en que no resultaría justo trasladar tal responsabilidad al contratista que no ha amortizado la inversión de tales recursos, ni se le ha atribuido dicho riesgo. Sin embargo, de acuerdo con lo explicado, la responsabilidad por las eventuales perdidas que pudieran generarse en el marco de la gestión adelantada por la sociedad fiduciaria debe determinarse en consideración a las circunstancias particulares de cada caso concreto, teniendo en cuenta las causas que determinaron las perdidas y el alcance de las obligaciones que fueron materia de estipulación en el contrato de fiducia. Esto sin perjuicio de la posibilidad de hacer efectiva la garantía de buen manejo y correcta inversión de anticipo cuando las perdidas hayan sido generadas por su no inversión, su uso indebido o su apropiación indebida, de acuerdo con lo señalado en el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015.

**3. Respuesta**

«¿Cuál es el alcance de la Ley 1474 de 2011, en especial su artículo 91, en concordancia con el artículo 33 del decreto 4730 de 2005, cuando en un encargo fiduciario constituido para el manejo de un anticipo de un contrato de obra, no se generan rendimientos, sino que por el contrario ocasionan disminución del valor del anticipo? ¿al tenor de dicha normatividad quien debería asumir el riesgo, la entidad pública contratante o el contratista?»

Conforme a lo expuesto, el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 regula los contratos respecto de los cuales el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo del anticipo. Así, deberá aplicarse la disposición citada en los contratos de obra, concesión, salud, así como a todos los que se realicen por licitación pública. Esta norma excluye los contratos de obra, concesión y salud adelantados por selección abreviada de menor cuantía y mínima cuantía.

En este sentido, cuando la norma se refiere a «los que se realicen por licitación pública», debe entenderse que se trata de todos los contratos que resulten de este procedimiento de selección, cualquiera que sea la tipología contractual. A manera de ejemplo, el contrato de suministro de bienes o servicios realizado por licitación pública y en el cual se pacte anticipo. En este caso, con fundamento en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que recibe a este título.

De otra parte, 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

Es importante señalar que el artículo 1234 del Código de Comercio establece los deberes indelegables del fiduciario además de los previstos en el acto constitutivo, entre los cuales se destaca, la obligación de realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia respondiendo hasta por la culpa leve. En ese mismo sentido, le impone la obligación de procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario, siendo preciso para alcanzar dicho objetivo, observar los deberes que le imponente tanto la ley como el contrato fiduciario, gestión que debe corresponder a la requerida a todo profesional con ocasión de la administración de negocios ajenos respondiente, como se indicó, hasta por la culpa leve en el cumplimiento de la misma.

Con todo, las obligaciones de las sociedades fiduciarias en el sentido de generar rendimientos a partir de la inversión de los recursos del anticipo son concebidas como obligaciones de medio, por lo que, en principio, no le son imputables pérdidas que se produzcan en el marco de la adecuada administración de los recursos, es decir, cuando se han realizado diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia. Esto sin perjuicio de que, en el marco de la autonomía de la voluntad se estipulen clausulas a partir de las cuales se atribuya responsabilidad por hechos relacionados con la generación de perdidas asociadas a determinados supuestos.

En ese orden de ideas, sin perjuicio de la naturaleza pública de los recursos entregados a título de anticipo, la responsabilidad por las eventuales perdidas que se generen dentro la gestión adelantada por la sociedad fiduciaria debe establecerse analizando las circunstancias particulares de cada caso concreto, valorando las causas que determinaron las pérdidas y el alcance de las obligaciones pactadas en el contrato de fiducia. En todo caso, dentro del análisis que se realice podrá estudiarse la posibilidad de hacer efectiva la garantía de buen manejo y correcta inversión de anticipo cuando las perdidas hayan sido generadas por su no inversión, su uso o apropiación indebidas, en los términos señalados por el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Diana Fabiola Herrera Hernández Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Nohelia del Cármen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE  |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-1)
2. «Ver, entre otros: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 8 de agosto de 2001. Rad. AC-10966 - AC-11274; y Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Providencias del 13 de septiembre de 1999. Rad. 10607; del 13 de julio de 2000. Rad. 12513; del 10 de noviembre de 2000. Rad. 18709; del 22 de junio de 2001. Rad. 12136; del 11 de diciembre de 2003. Rad. 25000-23-26-000-1993-08696-01(13348); del 19 de agosto de 2004. Rad. 25000-23-26-000-1994-00114-01(14111)». Citado en CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 16 de mayo de 2019. Rad. (40102). C.P: María Adriana Marín [cita No. 35]. [↑](#footnote-ref-2)
3. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 16 de mayo de 2019. Rad. (40102). C.P: María Adriana Marín [↑](#footnote-ref-3)
4. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 2 de octubre del 2020. Rad. 63644. CP. Jaime Enrique Rodríguez Nava. [↑](#footnote-ref-4)
5. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 22 de junio de 2001. Exp. 13436, C.P. Ricardo Hoyos Duque [↑](#footnote-ref-5)
6. «Se trata de un dinero entregado a título de crédito a favor de la entidad contratante, el cual debe ser debidamente cancelado a través de los descuentos hechos a los valores cobrados por el contratista, de modo que por medio de dicho mecanismos el dinero entregado como anticipo se convierta en parte del pago como contraprestación a la ejecución de las actividades propias del objeto pactado en virtud del contrato, siendo una práctica usual que permite impulsar la ejecución del contrato con la agilidad que requiere la administración para concluir la ejecución del objeto contratado, en aras de dar cumplimiento al mandato de una continua y eficiente prestación del servicio público a su cargo» (EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 165-166). De igual manera, se ha expuesto que «Son recursos que deberán amortizarse en proporción a la ejecución del contrato pues se trata de una especie muy particular de préstamo. Lo anterior tiene consecuencias muy importantes, porque se trata de recursos públicos administrados por un particular (contratista), y en esa medida cualquier desviación de estos recursos a fines distintos a los contemplados dentro del contrato podrá propiciar las correspondientes acciones de carácter penal» (MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 4 ed., 2015, p. 921 y ss). [↑](#footnote-ref-6)
7. 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-7)
8. 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.

«3. Cumplimiento del contrato. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios derivados de:

«3.1. El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;

«3.2. El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;

«3.3. Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y

«3.4. El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.

«4. Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales. Este amparo debe cubrir a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista derivadas de la contratación del personal utilizado en el territorio nacional para la ejecución del contrato amparado.

«La Entidad Estatal no debe exigir una garantía para cubrir este Riesgo en los contratos que se ejecuten fuera del territorio nacional con personal contratado bajo un régimen jurídico distinto al colombiano.

«5. Estabilidad y calidad de la obra. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción.

«6. Calidad del servicio. Este amparo cubre a la Entidad Estatal por los perjuicios derivados de la deficiente calidad del servicio prestado.

«7. Calidad y correcto funcionamiento de los bienes. Este amparo debe cubrir la calidad y el correcto funcionamiento de los bienes que recibe la Entidad Estatal en cumplimiento de un contrato.

«8. Los demás incumplimientos de obligaciones que la Entidad Estatal considere deben ser amparados de manera proporcional y acorde a la naturaleza del contrato. [↑](#footnote-ref-8)
9. «Artículo 2.2.1.1.2.4.1.Patrimonio autónomo para el manejo de anticipos.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 de Colombia, 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». [↑](#footnote-ref-9)
10. Sobre el particular, se puede consultar la exposición de motivos de la Ley 1474 de 2011, Gaceta 607 del 2010, disponible en: <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/index.xhtml;jsessionid=b3ba7213a248bacd37376ffcedca> [↑](#footnote-ref-10)
11. La Guía para el manejo de anticipos mediante contrato de fiducia irrevocable puede ser consultada en: https://colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_documents/cce\_guia\_manejo\_anticipos.pdf [↑](#footnote-ref-11)
12. CÓDIGO DE COMERCIO. «Artículo 1243. Responsabilidad del fiduciario. El fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión». [↑](#footnote-ref-12)
13. ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Contratos contemporáneos. Tercera edición. Legis editores. 2013. Pág. 138. [↑](#footnote-ref-13)
14. Al respecto la doctrina ha indicado lo siguiente: «[P]or disposición contractual, podrían pactar las partes que la fiduciaria se hiciera responsable en ciertos casos por los cuales ordinariamente no lo sería. Es, por tanto, permisible que el trustee convenga con el settlor o con los beneficiarios en indemnizar cualquier pérdida sufrida por el patrimonio autónomo, aunque no se derive de su incumplimiento.

»La fiduciaria es responsable por incumplimiento, si en forma intencional o imprudente quebranta alguna de sus obligaciones, ya sea por acción o por omisión. También es culpable si la calidad de su actuación no alcanza el nivel mínimo exigido para ese cargo.

»La fiduciaria también se hace responsable, por el hecho de que alguno de sus funcionarios o empleados, cuando estos actuando dentro de los límites de su competencia, ocasiona daños a los bienes del fideicomiso

»En conclusión de todo lo anterior, podemos señalar que el tema se vincula estrechamente a la naturaleza de las obligaciones de la entidad fiduciaria durante todo el recorrido del contrato, atendiendo además a la naturaleza de los bienes que son objeto del encargo de fiducia» ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Contratos contemporáneos. Tercera edición. Legis editores. 2013. Pág. 138. [↑](#footnote-ref-14)