**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». Por su parte, el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 consagra una regla especial para el manejo del anticipo.

**ANTICIPO – Definición jurisprudencial**

[…], el Consejo de Estado se refirió a la noción de 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».

**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.

**ANTICIPO – Contrato adicional**

Teniendo en cuenta las consideraciones desarrolladas con anterioridad, esta Agencia considera que como la norma −inciso primero del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993−, al referirse a la entrega de anticipos, no se refiere a valor inicial del contrato, como si lo menciona el inciso segundo del mismo parágrafo, jurídicamente se puede concluir que sobre un contrato adicional se puede pactar el pago de anticipo limitado al valor adicional. No obstante, es pertinente mencionar que no resulta razonable desde la perspectiva de la necesidad de este, pues como se mencionó con anterioridad, la finalidad del anticipo es apalancar financieramente al contratista, para *solventar los costos iniciales de la ejecución del contrato.*

En todo caso, la entidad y el contratista podrán disponer, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las condiciones que consideren convenientes para otorgar el anticipo 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. De esta forma, debe ser la administración quien determine la viabilidad o no, de la entrega de un nuevo anticipó sobre el valor que se pretende adicionar al contrato original.

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

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.

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, 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., 07 de Diciembre de 2022

Señora

**Sara Marcela López Vesga**

**saramarcelalopezvesga@gmail.com**

San Gil, Santander

**Concepto C – 842 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | ANTICIPO – Regulación normativa / ANTICIPO – Definición jurisprudencial / ANTICIPO – Autonomía de la voluntad – Derechos y obligaciones recíprocos / CONSTITUCIÓN DE FIDUCIA O PATRIMONIO AUTÓNOMO IRREVOCABLE – Artículo 91 ley 1474 de 2011 / CONSTITUCIÓN DE FIDUCIA O PATRIMONIO AUTÓNOMO IRREVOCABLE –– ámbito de aplicación - Contratos aplicables  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20221024010706 |

Estimada señora López Vesga,

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 de fecha 24 de octubre de 2022.

# Problema planteado

Usted formula la siguiente pregunta:

«EN UN CONTRATO DE OBRA, SE PACTO ANTICIPO POR VALOR DEL 50%, EN VIRTUD DE LA EJECUCION DEL CONTRATO SE ESTABLECIÓ LA NECESIDAD DE REALIZAR UN ADICIONAL PARA AGREGAR ITEMS Y VALOR, ES VIABLE QUE EN EL CONTRATO ADICIONAL SE ESTIPULE ANTICIPO?».

# Consideraciones

La Subdirección de Gestión Contractual responderá la consulta, luego de analizar los siguientes temas: i) la naturaleza jurídica del anticipo y ii) el ámbito de aplicación del artículo 91 de la Ley 1474 de 2011.

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, C-049 del 21 de febrero de 2020, C-209 del 16 de marzo de 2020, C-693 del 25 de noviembre de 2020, C-731 del 14 de diciembre de 2020, y C-154 del 18 de mayo de 2021, abordó el análisis y estudio de la facultad de las entidades estatales para pactar la entrega de anticipos en los contratos estatales. La tesis propuesta se expone a continuación y se complementa 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[[1]](#footnote-2). En uno de sus pronunciamientos más recientes, el Consejo de Estado se refirió 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»[[2]](#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»[[3]](#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[[4]](#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[[5]](#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 de la ejecución del contrato. Este dinero debe amortizarse de acuerdo con el 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[[6]](#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.

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[[7]](#footnote-8).

Teniendo en cuenta las consideraciones desarrolladas en relación con la naturaleza del anticipo, en relación la pregunta planteada en la solicitud es pertinente mencionar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en la consulta con radicado No. 4201814000003526 del 20 de abril de 2018, sobre la posibilidad de pactar anticipo en un contrato adicional, se pronunció en los siguientes términos:

«Sí. Las Entidades Estatales pueden pactar en los contratos que celebren la entrega de un anticipo al contratista, siempre y cuando, su monto no supere el 50% del valor del respectivo contrato. En este sentido, se puede pactar el anticipo como forma de pago dentro de un contrato adicional si el mismo no supera el valor establecido previamente.

Lo anterior en el entendido que el contrato adicional es sin duda una modificación al objeto del contrato, y como quiera se está en presencia de un nuevo objeto, debe existir un nuevo acuerdo de voluntades que lo determine, esta circunstancia sólo se da por medio del nacimiento de un nuevo contrato, en el cual es posible por la voluntad de las partes establecer un anticipo conforme las restricciones de ley sobre la materia».

De acuerdo con la postura adoptada por esta Agencia en el radicado mencionado de forma precedente, en un contrato adicional las entidades estatales pueden pactar anticipos cuando su monto no supere el 50% del valor de este contrato. No obstante, esta Agencia mediante el radicado No. 4201813000006412 del 02 de agosto de 2018, en relación con la pregunta *«¿Es posible pactar anticipo, dentro de Otrosí en valor, en un contrato de obra, por presentarse mayores actividades a las previstas inicialmente?»* señalo lo siguiente:

«Si bien la normativa del Sistema de Compra Pública no prohíbe la fijación de un anticipo en una modificación del contrato, su estipulación no se justificaría ya que se desnaturalizaría su fin primordial que no es otro sino impulsar el inicio de la ejecución de un contrato. Por su parte, en razón a que el límite del anticipo es un valor que no supere el 50% del valor del respectivo contrato, si ya se dio inicio a la ejecución del contrato se entiende que ya se realizó el pago de una parte del valor total del contrato, y, por lo tanto, no se puede tener como referencia ese valor para establecer el límite del anticipo.

Así mismo, a pesar de presentarse mayores actividades a las previstas en el contrato, teniendo en cuenta que la ejecución y pago de las obligaciones que sí se previeron, ya ocurrió, se entendería que el contratista cuenta con los recursos suficientes para continuar con el desarrollo del Proceso».

Teniendo en cuenta los pronunciamientos mencionados con anterioridad, y en orden a responder la pregunta planteada en la solicitud, se considera pertinente reiterar la postura de unificación sobre la modificación de contratos estatales que se adoptó por parte de esta entidad mediante el concepto C-794 del 21 de noviembre de 2022, que se anexa al presente documento.

En dicha oportunidad, el concepto en mención señaló que durante la fase de ejecución de los contratos estatales, las partes podrían identificar alguna de las siguientes situaciones: i) la necesidad de acometer mayores cantidades de los ítems o actividades inicialmente previstos, a lo que en la práctica se le conoce como «mayores cantidades de obra», «obras adicionales» o adición de «ítems contractuales»; y ii) la necesidad de ampliar las prestaciones contractuales, mediante la ejecución de nuevos ítems o actividades, no incluidos en el contrato inicial, para lo que en la práctica las entidades ejecutan «obras extra» o «amplían el alcance» del contrato mediante la celebración de un «contrato adicional».

Frente a este último término señaló, al igual que los señalados entre comillas ―algunos de ellos usualmente empleados en contratos de obra― que eran nociones doctrinarias y empleadas en la práctica por las entidades estatales, que actualmente no tienen un fundamento particular en el ordenamiento jurídico, **el cual no le asigna efectos específicos a cada uno de ellos**. Lo importante, y que se reiteró en distintos lugares de dicho concepto es que frente a cualquier incremento del valor inicial del contrato, que es lo que implica una modificación del contrato estatal por adición, a causa de cualquiera de los dos supuesto señalados previamente, e independientemente del nombre que se le dé al acuerdo, debe aplicarse el límite previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, esto es del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.

En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta que en la actualidad para esta agencia, la distinción entre contrato adicional o modificatorio- otro si, no encuentra sustento normativo, sino distinciones meramente doctrinarias, no es posible reiterar las apreciaciones realizadas por esta Agencia sobre la procedencia del anticipo en los dos conceptos de 2018, anteriormente citados, en su lugar, considera pertinente enunciar que el inciso primero del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993−, al referirse a la entrega de anticipos, no se refiere a valor inicial del contrato, como si lo menciona el inciso segundo del mismo parágrafo, jurídicamente se puede concluir que sobre un modificatorio que incluye adición se puede pactar el pago de anticipo limitado al valor adicional. No obstante, es pertinente mencionar que su procedencia o no depende de la perspectiva de la necesidad de este, pues como se mencionó con anterioridad, la finalidad del anticipo es apalancar financieramente al contratista, para *solventar los costos iniciales de la ejecución del contrato.*

 En todo caso, la entidad y el contratista podrán disponer, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las condiciones que consideren convenientes para otorgar el anticipo 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. De esta forma, debe ser la administración quien determine la viabilidad o no, de la entrega de un nuevo anticipó sobre el valor que se pretende adicional al contrato original.

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 lo siguiente:

«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.»

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[[8]](#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[[9]](#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 .

Por su parte, Colombia Compra Eficiente expide la «*Guía para el manejo de anticipos mediante contrato de fiducia irrevocable**»[[10]](#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.

Aunque la norma menciona la modalidad de selección de licitación pública, su referencia también determina los contratos a los aplica la disposición citada. Ello es así, por cuanto la expresión «o los que se realicen por licitación pública», describe que, además de los anteriores, 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 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 la garantía respectiva.

**3. Respuesta**

«EN UN CONTRATO DE OBRA, SE PACTO ANTICIPO POR VALOR DEL 50%, EN VIRTUD DE LA EJECUCION DEL CONTRATO SE ESTABLECIÓ LA NECESIDAD DE REALIZAR UN ADICIONAL PARA AGREGAR ITEMS Y VALOR, ES VIABLE QUE EN EL CONTRATO ADICIONAL SE ESTIPULE ANTICIPO?».

Teniendo en cuenta las consideraciones desarrolladas con anterioridad, esta Agencia considera que como la norma −inciso primero del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993−, al referirse a la entrega de anticipos, no se refiere a valor inicial del contrato, como si lo menciona el inciso segundo del mismo parágrafo, jurídicamente se puede concluir que sobre una adición del contrato estatal se puede pactar el pago de anticipo limitado al valor adicional. No obstante, es pertinente mencionar que su procedencia resultara razonable o no desde la perspectiva de la necesidad del mismo, pues como se mencionó con anterioridad, la finalidad del anticipo es apalancar financieramente al contratista, para *solventar los costos iniciales de la ejecución del contrato.*

 En todo caso, la entidad y el contratista podrán disponer, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las condiciones que consideren convenientes para otorgar el anticipo 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. De esta forma, debe ser la administración quien determine la viabilidad o no, de la entrega de un nuevo anticipó sobre el valor que se pretende adicional al contrato original.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Carlos Mario Castrillón EndoContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Any Alejandra Tovar CastilloContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: |  Nohelia del Carmen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual ANCP - CCE |

1. «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)
2. 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)
3. 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)
4. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 22 de junio de 2001. Exp. 13436, C.P. Ricardo Hoyos Duque [↑](#footnote-ref-5)
5. «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)
6. 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)
7. 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)
8. «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)
9. 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)
10. 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)