**PAGO ANTICIPADO - Menor - Mínima - Cuantía**

El artículo 40 de la Ley 80 de 1993 establece que en las estipulaciones de los contratos que celebren las entidades estatales “se podrá pactar el pago anticipado y la entregada 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 establece con relación al anticipo que cuando sea pactado en los contratos de obra, concesión, salud, que no sean de menor o mínima cuantía, o todos aquellos que se realicen por licitación pública, el contratista tiene la obligación de constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que le sean desembolsados bajo este concepto, con el fin de garantizar que se destinen exclusivamente a la ejecución del contrato. Condición que no será exigible cuando las partes pacten el pago anticipado.

**DIFERENCIA - Anticipo - Pago anticipado - Consejo de Estado**

Ante la ausencia de otras reglas específicas sobre el anticipo o el pago anticipado, el Consejo de Estado ha fijado parámetros para su aplicación, sosteniendo, de manera reiterativa, que el anticipo es un adelanto del precio que no ha sido causado, de modo que los recursos desembolsados continúan siendo de titularidad de la Administración, no son incorporados al patrimonio de contratista y solo implican un pago en la medida que son amortizados por este.

**ANTICIPO - Recursos - Públicos - Oficiales - Avance**

“[…] se han considerado públicos u oficiales los recursos y de la exclusiva propiedad del ente estatal constituyéndose en un adelanto, avance o anticipo del precio no causado para la iniciación del objeto contractual, los trabajos o servicios, la atención de los gastos preliminares y su aplicación a los fines del contrato, que sólo se incorporan al patrimonio […] del contratista e implican un pago en la medida de su amortización.

**PAGO ANTICIPADO - Pago - Precio - No patrimonio - Contratista**

En el pago anticipado, se ha señalado que es un pago del precio y, por tanto, se incorpora al patrimonio del contratista y es de su propiedad”2.

Esta posición fue reiterada por la Sección Tercera en sentencia del 10 de noviembre de 2000, al establecer que las entidades podrán establecer en los contratos que celebren, de acuerdo con la naturaleza de la prestación, la entrega del anticipo o del pago anticipado, teniendo en cuenta que: “De una parte, el anticipo, diferente a pago anticipado, son dineros de la Administración, administrados por el contratista. Tanto es así que el contratista tiene que presentar una garantía única, en la cual se ampara entre otros el manejo del anticipo y dicho anticipo lo va amortizando el contratista, por descuentos que le hace la Administración a las sumas que ésta misma le debe pagar”3.

**LIMITACIONES - Pago anticipado - Anticipo - Cincuenta por ciento - Valor - Contrato**

En este sentido, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece como única limitación para pactar el pago anticipado y el anticipo el valor máximo que puede desembolsar la entidad. El Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia del 9 de julio de 2014 señaló que el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 establece como únicas limitaciones legales a la libertad de negociación de la forma de pago del precio convenido por las partes que: “i) 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 y, ii) los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”6.

**PAGO EFECTIVO - Código Civil - Extinción de la obligación - Prestación debida - Obligaciones pactadas - Voluntad de las partes**

Respecto de los parámetros fijados en la normativa civil sobre el pago, el Código Civil establece en su artículo 1625 que es un modo de extinción de las obligaciones y en su artículo 1626 define el pago efectivo como “la prestación de lo que se debe”. Adicionalmente, prescribe en el artículo 1627 que “El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes”. En consecuencia, la forma de realizar el pago se encuentra sometida a la voluntad de las partes, siempre que no contraríe la ley, y debe cumplirse en la forma en que fue plasmada por ellas en el respectivo negocio jurídico.

Bogotá D.C., 28 de diciembre de 2022

Señor

**Jesús Antonio Correa Hurtado**

Florencia, Caquetá

**Concepto C – 749 de 2022**

**Temas:** PAGO ANTICIPADO Y ANTICIPO – Diferencias – Jurisprudencial / PAGO ANTICIPADO Y ANTICIPO – Similitudes

/ PAGO ANTICIPADO Y ANTICIPO – Pacto de múltiples pagos anticipados

**Radicación:** Respuesta a consulta P20221116011412

Estimado señor Correa,

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 del 16 de noviembre de 2022.

1. **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente pregunta: “cuando se tiene que reintegrar el valor de un pago anticipado otorgado en un contrato con entidad pública, este reintegro genera pago de intereses a favor de la entidad”

1. **Consideraciones**

El artículo 40 de la Ley 80 de 1993 establece que en las estipulaciones de los contratos que celebren las entidades estatales “se podrá pactar el pago anticipado y la entregada 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 establece con relación al anticipo que cuando sea pactado en los contratos de obra, concesión, salud, que no sean de menor o mínima cuantía, o todos aquellos que se realicen por licitación pública, el contratista tiene la obligación de constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que le sean desembolsados bajo este concepto, con el fin de garantizar que se destinen exclusivamente a la ejecución del contrato. Condición que no será exigible cuando las partes pacten el pago anticipado.

En efecto, las disposiciones mencionadas aluden a dos estipulaciones contractuales distintas que pueden ser pactadas en los contratos de la Administración; no obstante que la ley omite parámetros que permitan diferenciar su naturaleza. Ante la ausencia de otras reglas específicas sobre el anticipo o el pago anticipado, el Consejo de Estado ha fijado parámetros para su aplicación, sosteniendo, de manera reiterativa, que el anticipo es un adelanto del precio que no ha sido causado, de modo que los recursos desembolsados continúan siendo de titularidad de la Administración, no son incorporados al patrimonio de contratista y solo implican un pago en la medida que son amortizados por este. Por el contrario, el pago anticipado implica el pago del precio y trae como resultado que los recursos desembolsados integren el patrimonio del contratista[[1]](#footnote-1). En tal sentido, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia del 13 de septiembre de 1999, consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque, señaló que en el caso del anticipo:

“[…] se han considerado públicos u oficiales los recursos y de la exclusiva propiedad del ente estatal constituyéndose en un adelanto, avance o anticipo del precio no causado para la iniciación del objeto contractual, los trabajos o servicios, la atención de los gastos preliminares y su aplicación a los fines del contrato, que sólo se incorporan al patrimonio […] del contratista e implican un pago en la medida de su amortización.

No puede perderse de vista que los dineros que se le entregan al contratista por dicho concepto son oficiales o públicos. El pago de dicha suma lo era y lo sigue siendo un adelanto del precio que aún no se ha causado, que la entidad pública contratante hace al contratista para que a la iniciación de los trabajos disponga de unos fondos que le permitan proveerse de materiales y atender los primeros gastos del contrato, tales como los salarios de los trabajadores que disponga para la obra. No es otra la razón por la cual adicionalmente se exige que sea garantizada, que se presente un plan para su utilización y que se amortice durante la ejecución del contrato en cada acta parcial de cobro.

[…]

en el pago anticipado, se ha señalado que es un pago del precio y, por tanto, se incorpora al patrimonio del contratista y es de su propiedad”[[2]](#footnote-2).

Esta posición fue reiterada por la Sección Tercera en sentencia del 10 de noviembre de 2000, al establecer que las entidades podrán establecer en los contratos que celebren, de acuerdo con la naturaleza de la prestación, la entrega del anticipo o del pago anticipado, teniendo en cuenta que: “De una parte, el anticipo, diferente a pago anticipado, son dineros de la Administración, administrados por el contratista. Tanto es así que el contratista tiene que presentar una garantía única, en la cual se ampara entre otros el manejo del anticipo y dicho anticipo lo va amortizando el contratista, por descuentos que le hace la Administración a las sumas que ésta misma le debe pagar”[[3]](#footnote-3).

Igualmente, el Consejo de Estado en sentencia del 22 de junio de 2001, se refirió de nuevo a la naturaleza del anticipo, en los siguientes términos:

En la práctica contractual administrativa con fundamento en la ley, lo usual es que la entidad pública contratante le entregue al contratista un porcentaje del valor del contrato, a título de anticipo, el cual habrá de destinarse al cubrimiento de los costos iniciales en que debe incurrir el contratista para la iniciación de la ejecución del objeto contratado. De ahí que se sostenga que es la forma de facilitarle al contratista la financiación de los bienes, servicios u obras que se le han encargado con ocasión de la celebración del contrato. Se convierte así este pago en un factor económico determinante para impulsar la ejecución del contrato. Si el anticipo se entrega al contratista antes o simultáneamente con la iniciación del contrato, esto es, cuando aún el contratista no ha prestado el servicio, ejecutado la obra o entregado los bienes y precisamente espera dicha suma para iniciarlo y la fecha de ese pago marca la pauta para el cómputo del término del contrato, el pago de la suma de dinero que las partes convengan a ese título se hace en calidad de préstamo. Esto significa que las sumas entregadas como anticipo son de la entidad pública y esa es la razón por la cual se solicita al contratista que garantice su inversión y manejo y se amortice con los pagos posteriores que se facturen durante la ejecución del contrato[[4]](#footnote-4).

De conformidad con lo anterior, la diferencia primordial entre el anticipo y el pago anticipado radica en la titularidad de los dineros que son desembolsados por la entidad, de modo que en el primer caso el dinero pertenece al patrimonio de la Administración, mientras que, en el segundo, el desembolso corresponde al cumplimiento de la obligación de pago del precio por parte de la Administración y se trata de dineros que son propios del contratista.

En consecuencia, cuando la entidad pacte el anticipo o el pago anticipado, la elección surtirá efectos distintos sobre los derechos y obligaciones que surgen para el contratista y la Administración ante un eventual incumplimiento contractual.

Nótese que, salvo el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, no existen normas particulares que regulen la aplicación diferenciada del anticipo y el pago anticipado, y que el Consejo de Estado ha establecido como criterio diferencial que los recursos se encuentren en el patrimonio de la Administración o del contratista una vez realizado el desembolso.

En consecuencia, la ley permitió que la estipulación del anticipo y el pago anticipado esté regida por la autonomía de la voluntad de las partes. Al respecto, el Consejo de Estado señaló en sentencia del 8 de agosto de 2001:

“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”[[5]](#footnote-5).

En este sentido, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece como única limitación para pactar el pago anticipado y el anticipo el valor máximo que puede desembolsar la entidad. El Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia del 9 de julio de 2014 señaló que el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 establece como únicas limitaciones legales a la libertad de negociación de la forma de pago del precio convenido por las partes que: “i) 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 y, ii) los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”[[6]](#footnote-6).

En consecuencia, ni la ley ni el reglamento contemplan exigencias específicas frente a la forma, los plazos o el reintegro, en caso de que proceda, en que las partes pueden pactar el pago anticipado. En este orden de ideas, la entidad y el contratista podrán pactar, 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 que rigen la actividad contractual de la Administración. Así lo señala el artículo 40 de la Ley 80 de 1993:

“Artículo 40. Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

[…]”

Respecto de los parámetros fijados en la normativa civil sobre el pago, el Código Civil establece en su artículo 1625 que es un modo de extinción de las obligaciones y en su artículo 1626 define el pago efectivo como “la prestación de lo que se debe”. Adicionalmente, prescribe en el artículo 1627 que “El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes”. En consecuencia, la forma de realizar el pago se encuentra sometida a la voluntad de las partes, siempre que no contraríe la ley, y debe cumplirse en la forma en que fue plasmada por ellas en el respectivo negocio jurídico.

De las normas citadas se desprende que el pago anticipado, al ser un pago efectivo del precio que se efectúa antes de recibir la contraprestación, está sujeto a las condiciones pactadas en el clausulado del contrato, en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes. Dado que ni el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ni la normativa civil, ni en los parámetros fijados por la jurisprudencia se establecen condiciones específicas para el modo, o la forma en que la entidad y el contratista pueden establecerlo, les corresponde a las partes convenirlas. Así, las entidades podrán pactar en el contrato uno o múltiples pagos anticipados o anticipos, siempre que la sumatoria de todos ellos no exceda el límite máximo impuesto por la ley, es decir, el 50% del valor del contrato.

1. **Respuesta**

“cuando se tiene que reintegrar el valor de un pago anticipado otorgado en un contrato con entidad pública, este reintegro genera pago de intereses a favor de la entidad?”

De acuerdo con lo expuesto, la forma de realizar el pago, así como el reintegro del mismo a la entidad en caso que proceda, se encuentra sometida a la voluntad de las partes, siempre que no contraríe la ley, y debe cumplirse en la forma en que fue plasmada por ellas en el respectivo negocio jurídico.

Así las cosas, de las normas citadas se desprende que el pago anticipado, al ser un pago efectivo del precio que se efectúa antes de recibir la contraprestación, está sujeto a las condiciones pactadas en el clausulado del contrato, en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes. Dado que ni el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ni la normativa civil, ni en los parámetros fijados por la jurisprudencia se establecen condiciones específicas para el modo, o la forma en que la entidad y el contratista pueden establecerlo, les corresponde a las partes convenirlas.

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

Atentamente,



1. “Es necesario aclarar que existen posiciones disidentes, que se apartan dela postura mayoritaria. Así, por ejemplo, en la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, del 12 de febrero de 2014, Exp. 31.682, C.P. Mauricio Fajardo Gómez se señaló: “[…] la Sala concluye que el anticipo que por virtud de la celebración de un contrato estatal se entrega al contratista, lejos de corresponder a un préstamo, en realidad constituye una modalidad de pago que las partes en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad libremente pueden convenir, cuya diferencia en relación con el pago anticipado resulta casi imperceptible y a la postre infructuosa.

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

[…]

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

[…]

“Por último resulta relevante poner de presente que la fuente normativa de estos dos conceptos, tal como ya se anotó, encuentra su fundamento en el parágrafo del artículo 40 del Estatuto de Contratación Estatal cuyo propósito al incluirlos dentro del mismo precepto más que fincar unas diferencias en su trato jurídico, radica en establecer un límite cuantitativo máximo que no podrá excederse a la hora de pactar su entrega, límite que se justifica en cuanto las cantidades a desembolsar salen del tesoro público y por tal razón debe tenerse especial cuidado en su manejo”. [↑](#footnote-ref-1)
2. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 1999. Exp. 10607. C.P. Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-2)
3. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 10 de noviembre de 2000. Exp. 18709. C.P. María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-3)
4. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 22 de junio de 2001. Exp. 13436, C.P. Ricardo Hoyos Duque [↑](#footnote-ref-4)
5. CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 8 de agosto de 2001. Exp. AC-10966 – AC-11274. C.P. Reinaldo Chavarro Buriticá. [↑](#footnote-ref-5)
6. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 9 de julio de 2014. Exp. 33831. C.P. Hernán Andrade Rincón (E) [↑](#footnote-ref-6)