**INSTITUCIONES EDUCATIVAS OFICIAL****ES – Naturaleza jurídica – Capacidad para contratar**

Las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001 descentralizaron el sistema educativo en Colombia, asignándoles a los departamentos, distritos y municipios las competencias y los recursos para dirigir las instituciones educativas. Es decir, el sistema educativo está descentralizado por las competencias propias que se les ha otorgado a las entidades territoriales para administrar las instituciones educativas, que pueden ser de los diferentes niveles, pero estas no son entidades descentralizadas.

Conforme a lo anterior, las instituciones educativas pertenecen a la entidad territorial que haya efectuado su reconocimiento de carácter oficial. No obstante, carecen de personería jurídica, pero tienen capacidad para contratar y se concreta en la competencia que le otorgó el legislador en la Ley 715 de 2001 para administrar los fondos de servicios educativos, siendo cuentas contables que les permiten a las instituciones realizar la gestión y ejecución presupuestal de los recursos que reciben los establecimientos educativos.

**INSTITUCIONES EDUCATIVAS OFICIALES – Contratación – Umbral – Veinte salarios mínimos legales mensuales vigentes**

Respecto de la capacidad para contratar con la que cuentan las instituciones educativas por medio de los fondos de servicios educativos, hay que precisar que cuando se trata de actos y contratos cuya cuantía no exceda los veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes, se sujetarán a las condiciones previstas en el reglamento de contratación que expida el consejo directivo de la institución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 715 de 2001.

[…]

En ese sentido, tratándose de la contratación realizada por dichas instituciones por debajo de la cuantía de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, es el consejo directivo quien tiene la competencia para establecer las reglas conforme a las cuales debe realizarse la adquisición de bienes, obras y servicios, incluidos los procedimientos, mecanismos, requisitos y formalidades que deben respetarse en estos procesos de contratación.

Por el contrario, cuando la celebración de contratos a que haya lugar con recursos del fondo de servicios educativos supere la cuantía de los veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, debe hacerse con estricta sujeción a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993. Es decir, las reglas a las que deben sujetarse los procedimientos dentro de los que se enmarque esta contratación son las del Estatuto General de Contratación, procediendo la aplicación de las modalidades de selección definidas en la Ley 1150 de 2007, así como los requisitos y formalidades establecidos en el Decreto 1082 del 2015 y demás normas aplicables.

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

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

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

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

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

**FRACCIONAMIENTO DEL CONTRATO – Prohibición – Demostración – Desviación o abuso del poder – Modalidades de selección – Desconocimiento – Principio de selección objetiva**

Cuando la contratación directa se realiza burlando el proceso licitatorio a través del fraccionamiento del contrato, es decir, buscando que ninguno de los contratos resultantes de dividir un mismo objeto supere el monto de la cuantía requerida para la licitación, se están desconociendo los principios que inspiran la contratación pública. Al respecto, aunque la conducta de fraccionar los contratos no está prohibida expresamente en la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia y la doctrina han sido claras en que la prohibición está implícita si tenemos en cuenta los aspectos esenciales de los principios y reglas que informan el estatuto contractual. En efecto, se ha considerado que “Si bien dicha figura no aparece dentro del estatuto actual en los mismos términos de los estatutos anteriores, ello obedece a la estructura misma de la ley 80, puesto que se pretendió terminar con la exagerada reglamentación y rigorismo y en cambio se determinaron pautas, reglas y principios, de los que se infiere la prohibición del fraccionamiento, y que se traduce en distintas disposiciones como la regla contenida en el numeral 8º del artículo 24, según la cual las autoridades no actuarán con desviación o abuso del poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley, y al propio tiempo les prohíbe eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en dicho estatuto […]

La Corte Suprema de Justicia ha precisado que el fraccionamiento indebido de contratos tiene lugar, “en los eventos en los cuales la administración para eludir el procedimiento de licitación pública, divide disimuladamente el objeto del contrato con el ánimo de favorecer a los contratistas. En su demostración, deben confluir las circunstancias siguientes: i) Que sea posible pregonar la unidad de objeto en relación con el contrato cuya legalidad se cuestiona y, de ser así, ii) determinar cuáles fueron las circunstancias que condujeron a la administración a celebrar varios contratos, pues solo de esta manera se puede inferir si el actuar se cimentó en criterios razonables de interés público, o si por contraste, los motivos fueron simulados y orientados a soslayar las normas de la contratación pública.

Bogotá D.C., [Día] [Mes.NombreCapitalizado] [Año]

Señor

**Luis Alberto Molano**

**Alcaldía De Popayán**

Popayán, Cauca

 **Concepto C-455 de 2023**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | INSTITUCIONES EDUCATIVAS OFICIALES – Naturaleza jurídica – Capacidad para contratar / INSTITUCIONES EDUCATIVAS OFICIALES – Contratación – Umbral – Veinte salarios mínimos legales mensuales vigentes ANTICIPO – Regulación normativa / ANTICIPO – Definición jurisprudencial Uso / FRACCIONAMIENTO DEL CONTRATO  |
| **Radicación:** | Respuesta a la consulta P20230929015558 |

Estimado señor Molano:

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 las consultas realizadas el 28 de Septiembre de 2023.

**1. Problemas planteados**

Usted formula la siguiente consulta en relación contractual surgidos alrededor de una auditoria realizada a la ejecución contractual de las Instituciones Educativas que cuentan con un régimen especial de contratación:

“[…]1. ¿Existe alguna limitante para la concesión o pacto del ANTICIPO y del PAGO ANTICIPADO respecto a alguna de las cinco modalidades de contratación existentes o respecto a la cuantía del contrato o, por el contrario, el marco legal y regulatorio vigente no contempla ninguna excepción para otorgarlos por parte de las entidades públicas contratantes?

2. En algunas instituciones educativas suele acontecer que debido al régimen especial de contratación que las rige establecido hasta un máximo de 20 s.m.m.v., dichas instituciones suscriben al amparo de dicho régimen, contratos, órdenes de compra o de servicio a lo largo de la vigencia, pero se ha detectado que teniendo en cuenta el precepto de la debida planeación del gasto, están incurriendo en un presunto fraccionamiento de contratos pues al no proyectar ni seguir estrictamente una planeación periódica (plan de compras anual) o, inclusive, teniendo formalizado este mecanismo de planeación, terminan suscribiendo contratos, órdenes de compra o de servicios con el mismo o similar objeto contractual en repetidas ocasiones en el transcurso de un mismo año.

Por consiguiente, bajo la situación anterior expuesta, la pregunta a resolver es: ¿Las instituciones educativas incurren en alguna omisión o irregularidad frente al precepto de no fraccionamiento contractual por no ceñirse a éste en la suscripción de contratos, órdenes de compra o de servicios dentro de una misma vigencia, así las ampare el régimen especial de contratación expedido por el Consejo directivo de la institución?

**2. Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados[[1]](#footnote-2). 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.

En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a esta Agencia como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

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. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales, ni mucho menos pronunciarse por la presunta responsabilidad en que se puede derivar de las actuaciones adelantadas en los procesos de contratación estatal dado que este último aspecto es de competencia restrictiva de la rama judicial y de los entes de control, según corresponda.

Así las cosas, la Agencia –dentro de los límites de sus atribuciones – para resolver las inquietudes planteadas se abordarán los siguientes temas: i). Naturaleza jurídica del anticipo ii). Ámbito de aplicación del artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 iii). Fraccionamiento de contratos y iv) Naturaleza Jurídica de las Instituciones Educativas de carácter oficial y su régimen de contratación

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente estudió el tema de la naturaleza jurídica de las instituciones educativas y su régimen de contratación en los conceptos con radicado No. 2201913000006285 del 27 de agosto de 2019, [2201913000006068](http://poxta2.colombiacompra.gov.co/sites/docs/_layouts/15/listform.aspx?PageType=6&ListId=%7b41406f67-8aaf-444a-8f23-f6b9ad006b34%7d&ID=86151) del 28 de agosto de 2019, 2201913000008174 del 31 de octubre de 2019, [2201913000008197](http://poxta2.colombiacompra.gov.co/sites/docs/_layouts/15/listform.aspx?PageType=6&ListId=%7b41406f67-8aaf-444a-8f23-f6b9ad006b34%7d&ID=90277) del 1 de noviembre de 2019, C-181 del 6 de abril de 2020, C-272 del 27 de abril de 2020, C-284 del 27 de mayo de 2010, C-399 del 23 de junio de 2020, C-574 del 28 de agosto de 2020, C-355 del 2 de junio de 2022, C-544 del 30 de agosto de 2022, C-596 de 20 de septiembre de 2022 y C-055 de 19 de abril de 2023. en los conceptos con radicados números 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, C-154 del 18 de mayo de 2021, C-842 del 7 de diciembre de 2022, C-825 del 28 de diciembre de 2022 y C-033 de 27 de febrero de 2023 se abordó el análisis y estudio de la facultad de las entidades estatales para pactar la entrega de anticipos en los contratos estatales y el ámbito de aplicación del artículo 91 de la Ley 1474 de 2011. entre otros[[2]](#footnote-3). Las tesis expuestas se reiteran 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, el contratista tiene la obligación de constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, cuando se pacte en contratos de obra, concesión, salud, o en todos aquellos que se realicen por licitación pública, *“salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía*”. Lo anterior, 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[[3]](#footnote-4). 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”[[4]](#footnote-5).

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”[[5]](#footnote-6). 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[[6]](#footnote-7). 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[[7]](#footnote-8).

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.”[[8]](#footnote-9)

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 cincuenta por ciento (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 conforme a 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[[9]](#footnote-10).

**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.” [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[[10]](#footnote-11).

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[[11]](#footnote-12). 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, la Agencia expidió la “*Guía para el manejo de anticipos mediante contrato de fiducia irrevocable”[[12]](#footnote-13),* que tiene como objetivo establecer lineamientos sobre el contrato de fiducia para el manejo de anticipos. En esta guía 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, el contratista debe constituir un contrato de fiducia mercantil irrevocable para el manejo de los recursos que recibe a título de anticipo en “los contratos de obra, concesión, salud y los que se realicen por licitación pública y *siempre que* no sean de menor o mínima cuantía*”* [Énfasis fuera de texto]. 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.

En ese sentido, es claro que 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 de manera general que en los cuatro casos anteriores se debe constituir patrimonio autónomo irrevocable o fiducia para el manejo del anticipo, la norma también determina una excepción de su aplicación para los cuatro tipos de contratos cuya disposición resulta obligatoria. Ello es así, por cuanto la expresión “*salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía*”, describe que, a pesar de las enunciaciones anteriores, dicha disposición imperativa no aplica en el supuesto de hecho de que la cuantía del contrato no resulte ser de mayor cuantía, sin discriminar modalidad de selección mediante la cual se celebre dichos contratos.

Teniendo en cuenta las consideraciones desarrolladas en relación con la obligación de constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, en relación las preguntas planteadas en su solicitud es pertinente mencionar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en los conceptos 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-154 del 18 de mayo de 2021, C-825 del 28 de diciembre de 2022 y C- 003 de 13 de marzo de 2023, sobre la expresión “*salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía*” contenida en la parte final del artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, se ha pronunciado en el sentido de indicar que dicha excepción implica que la obligación se aplica a los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, *salvo que los mismos* sean de menor o mínima cuantía, sin tener en cuenta la modalidad de selección por la que se suscribió el contrato así:

“En consideración a lo enunciado previamente, el ejercicio interpretativo que esta Agencia ha mantenido sobre la sobre la expresión “*salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía*” contenida en la parte final del artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, ha sido la de entender que en los contratos cuya cuantía resulte ser de mínima o menor cuantía no será obligatoria la constitución de un patrimonio autónomo o una fiducia para administrar los recursos del anticipo, así haya surgido a través de un proceso de selección por licitación pública.”[[13]](#footnote-14)

De igual forma, la postura adoptada en los conceptos emitidos por esta Agencia en relación con sus preguntas es la misma que contiene la “*Guía para el manejo de anticipos mediante contrato de fiducia irrevocable”,* al indicar que, el contratista debe constituir un contrato de fiducia mercantil irrevocable para el manejo de los recursos que recibe a título de anticipo en “los contratos de obra, concesión, salud y los que se realicen por licitación pública y *siempre que* no sean de menor o mínima cuantía*”*.

Ahora bien, el artículo 26 y siguientes del Código Civil contiene las reglas de interpretación que deben observar los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes con el fin de aplicar su verdadero sentido, denominada “interpretación por vía de doctrina”[[14]](#footnote-15). Las primeras dos reglas de interpretación incorporadas son las siguientes:

“ARTICULO 27. “INTERPRETACION GRAMATICAL”. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.

ARTICULO 28. “SIGNIFICADO DE LAS PALABRAS”. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.”[[15]](#footnote-16)

Teniendo en cuenta las reglas interpretativas mencionadas con anterioridad, y en orden a responder sus consultas, resulta necesario aplicar el aforismo *in claris non fit interpretatio*, que es el reflejo de lo enunciado en el artículo 27 y 28 anteriormente citados, pues desde un criterio interpretativo de esta Agencia el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 no contiene una expresión oscura, si no por lo contrario, es clara en señalar que en los contratos cuya cuantía resulte ser de mínima o menor cuantía no será obligatoria la constitución de un patrimonio autónomo irrevocable o una fiducia para administrar los recursos del anticipo, así haya surgido a través de un proceso de selección por licitación pública o a través de otras modalidades de selección.

 En todo caso, la Entidad Estatal y el contratista podrán disponer en dichos contratos de menor y mínima cuantía, 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 anticipó y de 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 obligatoria de la garantía respectiva.

**2.3.   Del Fraccionamiento del Contrato**

Sobre el fraccionamiento del contrato procede citar lo expuesto por el Consejo de Estado14, quien sobre el particular precisó:

“Cuando la contratación directa se realiza **burlando** el proceso licitatorio a través del fraccionamiento del contrato, es decir, **buscando que ninguno de los contratos resultantes de dividir un mismo objeto supere el monto de la cuantía requerida para la licitación, se están desconociendo los principios que inspiran la contratación pública**. Al respecto, aunque la conducta de fraccionar los contratos no está prohibida expresamente en la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia y la doctrina han sido claras en que la prohibición está implícita si tenemos en cuenta los aspectos esenciales de los principios y reglas que informan el estatuto contractual. En efecto, se ha considerado que “Si bien dicha figura no aparece dentro del estatuto actual en los mismos términos de los estatutos anteriores, ello obedece a la estructura misma de la ley 80, puesto que se pretendió terminar con la exagerada reglamentación y rigorismo y en cambio se determinaron pautas, reglas y principios, de los que se infiere la prohibición del fraccionamiento, y que se traduce en distintas disposiciones como la regla contenida en el numeral 8º del artículo 24, según la cual las autoridades no actuarán con desviación o abuso del poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley, y al propio tiempo les prohíbe eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en dicho estatuto.2”

En esa misma línea, pero en la Sentencia del 31 de enero de 2011 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, expediente 17767 con ponencia de Olga Melida Valle de De La Hoz, se señaló:

“La Corte Suprema de Justicia ha precisado que el fraccionamiento indebido de contratos tiene lugar, “en los eventos en los cuales la administración para eludir el procedimiento de licitación pública, divide disimuladamente el objeto del contrato con el ánimo de favorecer a los contratistas. En su demostración, deben confluir las circunstancias siguientes: i) Que sea posible pregonar la unidad de objeto en relación con el contrato cuya legalidad se cuestiona y, de ser así, ii) **determinar cuáles fueron las circunstancias que condujeron a la administración a celebrar varios contratos, pues solo de esta manera se puede inferir si el actuar se cimentó en criterios razonables de interés público, o si por contraste, los motivos fueron simulados y orientados a soslayar las normas de la contratación pública**.”

Sobre lo anterior, conviene resaltar que en opinión de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – el fraccionamiento del contrato es una figura jurídica que no puede materializarse cuando se escoge el colaborador de la Administración mediante contratación directa, pues ninguna de las causales asociadas a esta modalidad de selección15 dependen del valor, precio o presupuesto del proyecto, como si sucede en el caso de la Mínima cuantía.

Vale la pena destacar que se desconocen los principios que rigen la contratación estatal cuando “se celebran varios contratos, cada uno de menor cuantía y todos con el mismo objeto, si sumadas sus cuantías resulta ser que se contrató un objeto único, por cuantía superior, que por lo mismo debió ser materia de licitación o concurso (…) Pero, ¿cuándo se trata de un mismo objeto? La ley no lo dice, pero un objeto es el mismo cuando es naturalmente uno. Dicho, en otros términos, se fracciona un contrato cuando se quebranta y se divide la unidad natural de su objeto”16.

Finalmente, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que, por desconocer los principios que inspiran la contratación estatal, el fraccionamiento del contrato impone al juez la obligación de declarar su nulidad absoluta en los términos de los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993.

**2.4. Naturaleza Jurídica de las Instituciones Educativas de carácter oficial y su régimen de contratación**

Las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001 descentralizaron el sistema educativo en Colombia, asignándoles a los departamentos, distritos y municipios las competencias y los recursos para dirigir las instituciones educativas. Es decir, el sistema educativo está descentralizado por las competencias propias que se les ha otorgado a las entidades territoriales para administrar las instituciones educativas, que pueden ser de los diferentes niveles, pero estas no son entidades descentralizadas.

Conforme a lo anterior, las instituciones educativas pertenecen a la entidad territorial que haya efectuado su reconocimiento de carácter oficial. No obstante, carecen de personería jurídica, pero tienen capacidad para contratar y se concreta en la competencia que le otorgó el legislador en la Ley 715 de 2001 para administrar los fondos de servicios educativos, siendo cuentas contables que les permiten a las instituciones realizar la gestión y ejecución presupuestal de los recursos que reciben los establecimientos educativos[[16]](#footnote-17).

Los fondos de servicios educativos tampoco cuentan con personería jurídica según lo previsto en el artículo 2.3.1.6.3.4 del Decreto 1075 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Educación:

“Artículo 2.3.1.6.3.4. Ordenación del gasto. Los fondos de servicios educativos carecen de personería jurídica. El rector o director rural es el ordenador del gasto del Fondo de Servicios Educativos y su ejercicio no implica representación legal”[[17]](#footnote-18).

Respecto de la capacidad para contratar con la que cuentan las instituciones educativas por medio de los fondos de servicios educativos, hay que precisar que cuando se trata de actos y contratos cuya cuantía no exceda los veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes, se sujetarán a las condiciones previstas en el reglamento de contratación que expida el consejo directivo de la institución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 715 de 2001[[18]](#footnote-19).

Esto significa que la contratación que realicen las instituciones educativas, siempre que se ubique por debajo del referido umbral, no deberá ceñirse a las reglas del EGCAP, sino a las determinadas por el reglamento expedido por el consejo directivo de la institución educativa conforme al artículo 13 de la Ley 715 de 2001, que implica que tales reglamentos se expidan de conformidad con los principios de igualdad, moralidad, imparcialidad y publicidad, así como de acuerdo con la experiencia y el análisis concreto de las necesidades del establecimiento, determinando los trámites, garantías y constancias que deben cumplirse para que el rector o director celebre cualquier acto o contrato que cree, extinga o modifique obligaciones con cargo al respectivo fondo de servicios educativos.

En ese sentido, tratándose de la contratación realizada por dichas instituciones por debajo de la cuantía de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, es el consejo directivo quien tiene la competencia para establecer las reglas conforme a las cuales debe realizarse la adquisición de bienes, obras y servicios, incluidos los procedimientos, mecanismos, requisitos y formalidades que deben respetarse en estos procesos de contratación.

Por el contrario, cuando la celebración de contratos a que haya lugar con recursos del fondo de servicios educativos supere la cuantía de los veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, debe hacerse con estricta sujeción a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993. Es decir, las reglas a las que deben sujetarse los procedimientos dentro de los que se enmarque esta contratación son las del EGCAP, procediendo la aplicación de las modalidades de selección definidas en la Ley 1150 de 2007, así como los requisitos y formalidades establecidos en el Decreto 1082 del 2015 y demás normas aplicables.

En lo que respecta al régimen sustantivo de los contratos estatales sometidos a la Ley 80 de 1993, el inciso primero del artículo 13 dispone que: “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”. En concordancia con los artículos 32 y 40 *ibídem*[[19]](#footnote-20), esto significa que los contratos de las entidades sometidas al EGCAP se rigen generalmente por el derecho privado y, excepcionalmente, por el derecho público, pues las normas civiles y comerciales son el derecho común de los contratos estatales[[20]](#footnote-21). Así lo ha entendido la doctrina:

“[…] no hace otra cosa que aprovechar ciertos principios rectores de las contratación general que aunque tengan su consagración en códigos de derecho privado como el civil y comercial, no son propios y exclusivos de este derecho. Baste pensar en los requisitos de consentimiento válido, objeto y causa lícitos, capacidad, elementos esenciales según la naturaleza de cada contrato, responsabilidad, naturaleza de las obligaciones emanadas de los mismos, etc. Extremos éstos que de derecho privado no tienen sino […] el nombre y que la tradición, desde su origen romano se acostumbró a calificarlos así y a no preocuparse por su cuestionamiento. En otras palabras, extremos como los indicados […] son […] de derecho propio, aplicables a toda relación contractual, con prescindencia de los sujetos involucrados en la misma”[[21]](#footnote-22).

 Ello no implica una privatización fuerte del régimen contractual de las entidades públicas, pues la Ley 80 de 1993 –entre otros aspectos– regula especialmente la capacidad jurídica –inhabilidades, incompatibilidades, consorcios y uniones temporales y registro único de proponentes–, las reglas de selección objetiva –procedimientos de selección–, así como algunos aspectos de ejecución contractual –manejo del riesgo, cláusulas exorbitantes y tipologías contractuales–. Por ello, con excepción de las materias expresamente reguladas en el EGCAP, es posible aplicar las normas civiles y comerciales.

 En lo que respecta a los contratos exceptuados de la Ley 80 de 1993, si bien el régimen sustantivo no se rige por los citados artículos 13, 32 y 40 del Estatuto de Contratación, es necesario aplicar las normas generales de las obligaciones y de los contratos dispuestas en el Código Civil y de Comercio. Esto en la medida que, como se explicó, el derecho privado es aplicable a todo contrato con independencia de los sujetos, especialmente en lo relacionado con los requisitos de consentimiento válido, objeto y causa lícitos, capacidad, elementos esenciales según la naturaleza de cada contrato, responsabilidad, naturaleza de las obligaciones emanadas de los mismos, etc., pues contiene las reglas comunes de la materia.

 En consecuencia, cuando los contratos no superen los veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, el régimen sustantivo de los contratos celebrados con recursos del fondo de servicios educativos también se rige por el derecho privado. Dado que el artículo 13 de la Ley 715 de 2001, en concordancia con el artículo 2.3.1.6.3.17. del Decreto 1075 de 2015, permite que el consejo directivo regule “[…] los trámites, garantías y constancias que deben cumplirse para que el rector o director celebre cualquier acto o contrato que cree, extinga o modifique obligaciones que deban registrarse en el Fondo […]”, el reglamento que defina los procedimientos aplicables complementa las normas civiles y comerciales, sin que este acto administrativo pueda modificar o derogar estas últimas por tratarse de aspectos regulados en la ley.

Naturalmente, los contratos mencionados en el párrafo precedente no se rigen exclusivamente por las normas civiles y comerciales, pues además del reglamento del consejo directivo, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 dispone que la contratación exceptuada del EGCAP también se rige por los principios de la función administrativa, los principios de la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal[[22]](#footnote-23). Así mismo, el citado artículo consagra el deber de publicación en el SECOP II de la actividad contractual por parte de las entidades exceptuadas, el cual se desarrollará a continuación.

**3. Respuesta**

…]¿Existe alguna limitante para la concesión o pacto del ANTICIPO y del PAGO ANTICIPADO respecto a alguna de las cinco modalidades de contratación existentes o respecto a la cuantía del contrato o, por el contrario, el marco legal y regulatorio vigente no contempla ninguna excepción para otorgarlos por parte de las entidades públicas contratantes?

2. En algunas instituciones educativas suele acontecer que debido al régimen especial de contratación que las rige establecido hasta un máximo de 20 s.m.m.v., dichas instituciones suscriben al amparo de dicho régimen, contratos, órdenes de compra o de servicio a lo largo de la vigencia, pero se ha detectado que teniendo en cuenta el precepto de la debida planeación del gasto, están incurriendo en un presunto fraccionamiento de contratos pues al no proyectar ni seguir estrictamente una planeación periódica (plan de compras anual) o, inclusive, teniendo formalizado este mecanismo de planeación, terminan suscribiendo contratos, órdenes de compra o de servicios con el mismo o similar objeto contractual en repetidas ocasiones en el transcurso de un mismo año.

Por consiguiente, bajo la situación anterior expuesta, la pregunta a resolver es: ¿Las instituciones educativas incurren en alguna omisión o irregularidad frente al precepto de no fraccionamiento contractual por no ceñirse a éste en la suscripción de contratos, órdenes de compra o de servicios dentro de una misma vigencia, así las ampare el régimen especial de contratación expedido por el Consejo directivo de la institución? […]”.

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

PARÁGRAFO. En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.

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

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

 Por su parte, el artículo 91 de la ley 1474 de 2011dispone 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 los contratos en los que no es obligatorio constituir una fiducia o un patrimonio autónomo para el manejo del anticipo, la entidad contratante debe adoptar medidas necesarias y razonables para asegurar la protección de los recursos económicos entregados al contratista. Por ello, la protección de los recursos económicos entregados al contratista, a título de pago anticipado o anticipo, debe realizarse con la constitución de las garantías establecidas en el ordenamiento jurídico para tal efecto

En todo caso, 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 anticipó y de 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 obligatoria de la garantía respectiva.

Ahora bien, frente a la segunda pregunta relacionada con el fraccionamiento del contrato resulta oportuno acotar lo siguiente, aunque la conducta de fraccionar los contratos no está prohibida expresamente en la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia y la doctrina han sido claras en que la prohibición está implícita si tenemos en cuenta los aspectos esenciales de los principios y reglas que informan el estatuto contractual.

Por lo cual, en virtud de los principios que rigen a la administración pública e independientemente del régimen de contratación aplicable, es importante resaltar que es deber de las entidades estatales de realizar un estudio juicioso de planeación identificando sus necesidades y los medios para satisfacerlas, partiendo de ellos y del deber de planeación es que cada entidad debe construir sus documentos previos y estudios para adelantar la contratación encaminados al conocimiento del mercado y de sus partícipes, al igual que a elementos técnicos, financiero y jurídicos que rodean su necesidad, para poder así determinar su necesidad de forma clara y detallada.

 Lo anterior con el fin de indicar que es una responsabilidad de las entidades, *ex ante,* al adelantamiento de un proceso de selección, determinar que con las condiciones que se establezcan para adelantar la contratación se satisfaga el 100% de su necesidad.

 Dicho de otra forma, se podría estar frente a un fraccionamiento y/o escogencia errónea de la modalidad de selección, cuando por falencia en la estructuración del proceso la entidad constituye una conducta contraria a los principios de la contratación estatal, subestimando el valor del presupuesto del proceso de selección, para optar por la selección de Mínima Cuantía, a sabiendas, que el valor real de la necesidad a satisfacer es superior al de la mínima cuantía,

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:  | Andrés Ricardo Cabarcas ThorneAnalista T2-02 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó:  | Diana Carolina Armenta CelisContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó:  | Nohelia del Carmen 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 *ibídem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”. Esta 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. [↑](#footnote-ref-2)
2. Los conceptos expedidos por la Subdirección de Gestión Contractual de la Agencia Nacional de Contratación Pública pueden ser consultados en plataforma de relatoría a la cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos> [↑](#footnote-ref-3)
3. “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-4)
4. 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-5)
5. 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-6)
6. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 22 de junio de 2001. Exp. 13436, C.P. Ricardo Hoyos Duque [↑](#footnote-ref-7)
7. “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-8)
8. 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-9)
9. 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-10)
10. “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-11)
11. 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-12)
12. La Guía para el manejo de anticipos mediante contrato de fiducia irrevocable puede ser consultada en: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_manejo_anticipos.pdf> [↑](#footnote-ref-13)
13. Ver concepto C-003 de 13 de marzo de 2023 emitido por la ANCP-CCE [↑](#footnote-ref-14)
14. Ver también, F. SAVIGNY, *“Sistema del derecho romano actual”,* referente en torno a la interpretación de la Ley, específicamente cuando señala: “Se notará, por lo dicho hasta ahora, la interpretación de la Ley en dada difiere de la interpretación de cualquier otro pensamiento expresado por el lenguaje […] Cuatro elementos se distinguen en ella, a saber: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático. […] El estudio de estos cuatro elementos agota el contenido de la Ley. [↑](#footnote-ref-15)
15. Ley 84 de 1873, artículo 27 y 28. [↑](#footnote-ref-16)
16. Consejo de Estado. Sección Tercera Subsección A. Sentencia del 12 de octubre de 2017. Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación número: 68001-23-31-000-2005-03845-01(51.634). [↑](#footnote-ref-17)
17. “Artículo 2.3.1.6.3.4. Ordenación del gasto. Los fondos de servicios educativos carecen de personería jurídica”. [↑](#footnote-ref-18)
18. “Artículo 13. Procedimientos de contratación de los fondos de servicios educativos. Todos los actos y contratos que tengan por objeto bienes y obligaciones que hayan de registrarse en la contabilidad de los Fondos de servicios educativos a los que se refiere el artículo anterior, se harán respetando los principios de igualdad, moralidad, imparcialidad y publicidad, aplicados en forma razonable a las circunstancias concretas en las que hayan de celebrarse. Se harán con el propósito fundamental de proteger los derechos de los niños y de los jóvenes, y de conseguir eficacia y celeridad en la atención del servicio educativo, y economía en el uso de los recursos públicos.

*Los actos y contratos de cuantía superior a veinte (20) salarios mínimos mensuales se regirán por las reglas de la contratación estatal*, teniendo en cuenta su valor y naturaleza, y las circunstancias en las que se celebren. El Gobierno Nacional podrá indicar los casos en los cuales la cuantía señalada en el presente inciso será menor.

El rector o director celebrará los contratos que hayan de pagarse con cargo a los recursos vinculados a los Fondos, en las condiciones y dentro de los límites que fijen los reglamentos.

*Con estricta sujeción a los principios y propósitos enunciados en el primer inciso de este artículo, y a los reglamentos de esta Ley, el Consejo Directivo de cada establecimiento podrá señalar, con base en la experiencia y en el análisis concreto de las necesidades del establecimiento, los trámites, garantías y constancias que deben cumplirse para que el rector o director celebre cualquier acto o contrato que cree, extinga o modifique obligaciones que deban registrarse en el Fondo, y cuya cuantía sea inferior a veinte (20) salarios mínimos mensuales. El Consejo puede exigir, además, que ciertos actos o contratos requieran una autorización suya específica*”

Decreto 1075 de 2015: “Artículo 2.3.1.6.3.5. Funciones del Consejo Directivo. (…) 6. Reglamentar mediante acuerdo los procedimientos, formalidades y garantías para toda contratación que no supere los veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV)”. [↑](#footnote-ref-19)
19. El artículo 32 de la Ley 80, en lo pertinente, dispone que “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad […]. Por su parte, el inciso primero del artículo 40 del Estatuto General prescribe los siguiente: «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”. [↑](#footnote-ref-20)
20. Cfr. BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal: entre el derecho público y el derecho privado. Segunda edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. pp. 78-79.

 [↑](#footnote-ref-21)
21. BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho procesal administrativo. Cuarta edición. Medellín: Señal Editora, 1994. pp. 522-523. [↑](#footnote-ref-22)
22. La norma citada dispone que “Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”. [↑](#footnote-ref-23)