UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
Oficina Asesora Jurídica

UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSE DE CALDAS
CORRESPONDENCIA RECIBIDA
SECRETARIA GENERAL
02 ABR 2019
HORA 9:20
No FOLIOS
FIRMA

000497

OJ - _____ - 19

Bogotá, D.C., 22 de marzo de 2019

Doctor:
CAMILO ANDRÉS BUSTOS PARRA
Secretario General
UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
Ciudad.-

Referencia: Concepto jurídico - anticipo en orden de compra.

Respetado Doctor Bustos Parra:

En atención a su oficio SG 0154 del 14 de marzo de 2019, mediante el cual solicita concepto jurídico sobre la viabilidad de realizar un otrosí a la Orden de Compra No. 1874 de *2018 "toda vez que como se determinó en el estudio previo la forma de pago contempló anticipo, razón por la cual el contratista presento en su propuesta económica la posibilidad de un descuento, lo cual no quedo determinado en el contrato inicial"*, me permito inicialmente señalar que, esta dependencia no analiza asuntos particulares y concretos, sino que desarrolla los temas desde el punto de vista jurídico, de forma general, en asuntos que circunscriban el quehacer de la Universidad, de tal forma que el pronunciamiento se constituya en un criterio más para adoptar las decisiones que correspondan.

Siendo ello así, el concepto que a continuación se emite, no resuelve una situación concreta, sino que busca aclarar el contenido de las normas que pudieran ser contradictorias entre sí, para efectos de desarrollar su alcance jurídico y su contexto interpretativo.

I. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico concreto y que vamos a desarrollar es:

Determinar si es viable o no realizar un otrosí modificatorio a una orden de compra o contrato, que no estableció como forma de pago un anticipo, contenido en los estudios previos, el cual, de ser pactado, el proponente ofrecía un descuento.

II. REFERENTES LEGALES Y NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES.

Sea lo primero señalar la diferencia que existe entre anticipo y pago anticipado, así:

El anticipo es un adelanto o avance del precio del contrato destinado a apalancar el cumplimiento de su objeto, de modo que los recursos girados por dicho concepto solo se integran al patrimonio del contratista en la medida que se cause su amortización mediante la ejecución de actividades programadas del contrato, lo cual ha dado lugar a que la jurisprudencia haya catalogado dicha figura como propia de los **contratos de tracto sucesivo.** De otra parte, **el pago anticipado** es un pago efectivo del precio que se efectúa y se causa en forma anticipada de manera que los recursos se integran al patrimonio del contratista desde su desembolso, por lo cual dicha figura ha sido considerada por la jurisprudencia como propia de los **contratos de ejecución instantánea.** (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 22 de junio de 2001. C.P. Ricardo Hoyos Duque).

Lo citado se resume en que, el anticipo es un simple préstamo, esto es, una modalidad de financiación para iniciar la ejecución de un contrato, y se utiliza únicamente para los contratos detracto sucesivo, por su parte, el pago anticipado configura un modo de extinción parcial de la obligación de pagar a cargo de la entidad contratante, la cual se pacta en contratos de ejecución instantánea, como lo son las órdenes de compra.

Ahora bien, el Consejo de Estado en Sentencia de 28 de abril de 2010 exp. 17935 C.P Mauricio Fajardo, señala las similitudes entre las mencionadas figuras jurídicas, por cuanto la inclusión de las mismas, suponen obligaciones a cargo del contratista que recibe el dinero así como a cargo de la entidad que lo otorga; adicionalmente la aplicación de cada una de ellas, deberá pactarse desde el inicio del contrato, y según lo señalado por el legislador, en ninguno de los dos casos se puede superar el 50% del valor total del contrato.

De otra parte, la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, dentro de su normatividad interna **no contempla el pago anticipado, sino el anticipo,** según el cual, el artículo 87 de la Resolución No. 262 del 02 de junio de 2015 *"Por medio de la cual se reglamenta el Acuerdo 03 de 2015, Estatuto de Contratación de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas y se dictan otras disposiciones"*, estipula que:

> *"**Artículo 87. Manejo del Anticipo:** Para el caso de los contratos que su valor sea igual o superior a los 2.000 SMLMV, o cuando el ordenador del gasto lo considere pertinente, el contratista deberá suscribir un contrato de fiducia mercantil para crear un patrimonio autónomo, con una sociedad*

fiduciaria autorizada para ese fin por la Superintendencia Financiera, a la cual la Entidad Estatal debe entregar el valor del anticipo"

Así mismo, el literal l del artículo 9°, de la Resolución No. 262 del 02 de junio de 2015 establece que frente a los contratos que se pacten anticipos, debe exigirse la siguiente garantía:

*"**Las garantías exigibles** : El cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de la Universidad con ocasión de: (i) la presentación de las ofertas; (ii) los contratos y su liquidación; y (iii) **los riesgos a los que se encuentra expuesta la entidad, derivados del cumplimiento, calidad, responsabilidad civil extracontractual y por obligaciones laborales y con el sistema de seguridad social, buen manejo y correcta inversión del anticipo y estabilidad de la obra** y en general todos los riesgos que puedan surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas, deben estar cubiertos por garantías suscritas por el contratista en los términos del Decreto 1510 de 2013 y las demás normas que lo modifiquen"(negrillas fuera del texto).*

De igual manera, la Resolución No. 629 del 17 de noviembre de 2016 *"por medio de la cual se adopta el manual de supervisión e interventoría de la Universidad Distrital"*, en el numeral 22, del literal C, del artículo 29, estipula las condiciones que se deben tener en cuenta al momento de pactar anticipos en los contratos, así:

- *Los dineros del anticipo, tienen la condición de fondos públicos hasta el momento que sean amortizados en su totalidad, en consecuencia, **se deben utilizar exclusivamente para financiar los ítems aprobados en el plan de inversión del anticipo. El anticipo es de uso exclusivo para la adquisición de elementos e insumos básicos y costos de personal requerido para el cumplimiento del objeto contractual.***
- *Se considera mal manejo, la inversión en conceptos diferentes a los establecidos en el plan de inversión, la falta de soportes que respalden la inversión, la apropiación indebida de recursos que generen faltante en la conciliación realizada por el interventor, los cuales, darán lugar a las responsabilidades penales, administrativas, disciplinarias y fiscales correspondientes.*
- ***Para definir el porcentaje del anticipo se atenderán las circunstancias técnicas y financieras de cada contrato,** tomando en cuenta las directrices que sobre este particular establezca la Universidad, en todo caso no podrá superar el 50% del valor total del contrato.*
- *En el contrato deberá quedar pactado el porcentaje de anticipo previsto en el pliego de condiciones y éste no podrá modificarse durante la ejecución del mismo. Previo a la entrega del anticipo, el contratista deberá constituir la garantía de buen manejo y correcta inversión del mismo, la cual debe ser aprobada por la Universidad y deberá presentar para aprobación de la*

interventoria el plan detallado de inversión; sólo se tramitará cuando estos documentos se encuentren aprobados.

- *El contratista es el responsable de radicar oportunamente en la respectiva dependencia de la Universidad la cuenta de cobro aprobada por la interventoría, con los documentos soporte establecidos para la revisión, aprobación y trámite por el supervisor del contrato.*
- *Los gastos financieros que llegasen a producirse por el manejo de la cuenta bancaria, esto es, cuotas de manejo, comisiones, costo de las chequeras, gravamen a los movimientos financieros, entre otros, estarán integramente a cargo del contratista.*
- *El contratista debe presentar a la Universidad, el extracto bancario mensual de la cuenta o los documentos de rendición de cuentas de la fiducia o patrimonio autónomo, cuando sea del caso, en la Tesorería a más tardar el día 15 de cada mes siguiente al relacionado en el extracto, desde la fecha en que se entrega el anticipo hasta que se termine de amortizar en su totalidad.*
- *Para amortizar el valor del anticipo, al valor de cada acta de recibo parcial se le descontara el porcentaje correspondiente establecido en la respectiva cláusula contractual, hasta completar el monto total del giro realizado"* (negrillas fuera del texto).

En este mismo orden, es evidente el carácter complejo que conlleva el pacto de un anticipo, en el que además de configurar una fiducia mercantil para crear un patrimonio autónomo, **el contratista también debe establecer un "plan de inversión del anticipo", en donde se justifique de manera detallada en qué se va a invertir el avance del precio del contrato destinado al cumplimiento del objeto del contrato y el monto solicitado**, que en todo caso no podrá superar el 50% del valor total del contrato.

Ahora bien, la Universidad Distrital podrá celebrar contratos solo en la medida en que verifique la oportunidad y conveniencia de los mismos, a través de la planeación del negocio contractual, la cual se establece en los estudios previos, que estructuran los alcances técnicos, jurídicos y económicos del contrato, así mismo, define las condiciones específicas del mismo, es decir, su objeto, valor plazo, forma de pago, etc.

Cabe agregar que, el artículo 9° de la Resolución No. 262 de 2016 establece los elementos que deben contener los estudios previos, así como el **análisis que se ha realizado sobre la necesidad del bien, obra o servicio que se requiere, el estudio de mercado que soporta el valor de éste, y la forma de pago, de acuerdo, la modalidad de contratación.**

Por otra parte, es importante recordar lo que implican las modificaciones contractuales, por lo que se refiere a la mutabilidad de las condiciones estipuladas inicialmente en el clausulado del contrato, por

solicitud de alguna de las partes, y se puede dar cuando con posterioridad a la celebración del contrato, **se hace necesario realizar aclaraciones, enmiendas y reformas al texto del contrato o de los documentos que hacen parte integral del mismo o modificar el alcance de las obligaciones inicialmente pactadas**, para lo cual las partes suscribirán un documento modificatorio soportado en las respectivas justificaciones técnicas y/o económicas.

Frente a lo anterior, la Universidad Distrital a través de la Resolución No. 629 de 17 de noviembre de 2016, estableció en el numeral 20 del artículo 18, las obligaciones de los supervisores en el evento de requerirse una modificación contractual, las cuales se detallan a continuación:

> *"En el evento de requerirse la modificación del contrato, el supervisor deberá enviar informe de ejecución por escrito al ordenador del gasto, junto con el formato diseñado para el efecto, así como* ***la sustentación y las razones técnicas, financieras, administrativas y jurídicas, por las cuales se deba llevar a cabo dicha modificación****, con por lo menos diez (10) hábiles de anticipación. De obtenerse el aval del ordenador del gasto, el mismo remitirá lo propio a la Oficina Asesora Jurídica para la elaboración de la minuta a que hubiere lugar. En tal situación, el supervisor y/o interventor deberá mediante escrito motivar detalladamente el sustento de tal adición, anexando de ser el caso los soportes a que hubiere lugar (análisis de precios, cotizaciones, etc., y eventualmente la justificación por parte del contratista, lo cual deberá remitir al ordenador del gasto correspondiente quien una vez analizado y en el evento de su aprobación gestionará la expedición del certificado de disponibilidad presupuestal y acto seguido solicitará la elaboración del otrosí ante la Oficina Asesora Jurídica" (*negrillas fuera del texto).

Dicho esto, queda claro que la sustentación y las razones técnicas, financieras, administrativas y jurídicas, por las cuales se deba llevar a cabo una modificación contractual, deben ser realizadas por el supervisor del contrato, previa solicitud por parte del contratista, según sea el caso.

III. CONSIDERACIONES DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA Y CONCLUSIONES.

La normatividad anteriormente transcrita, permite evidenciar, que **la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, contempla el anticipo,** el cual se utiliza en contratos que su valor sea igual o superior a los 2000 SMLMV, o cuando el ordenador del gasto lo considere pertinente, para lo cual, el contratista deberá suscribir un contrato de fiducia mercantil para crear un patrimonio autónomo, con una sociedad fiduciaria autorizada para ese fin por la Superintendencia Financiera, y es a quien, la Universidad entregará el valor del anticipo.

En este orden, las estipulaciones que componen las órdenes de compra, respecto de su naturaleza jurídica, se refieren a un contrato de ejecución instantánea, razón por la cual, lo que resultaría aplicable en el presente caso, es el pago anticipado.

Ahora, en virtud del artículo 93 de la Ley 30 de 1992, así como lo previsto en el Acuerdo No. 03 del 11 de marzo de 2015 y la Resolución 262 de 2015, la autonomía de la voluntad de las partes constituye un principio medular, que les permite convenir un pago anticipado, siempre y cuando, se justifique por parte del supervisor, por qué se requiere realizar dicho pago, y en qué porcentaje.

Así las cosas, la sustentación y las razones técnicas, financieras, administrativas y jurídicas, por las cuales se requiere realizar una modificación contractual, deben ser justificadas por el supervisor del contrato, y posteriormente remitidas al ordenador del gasto del mismo, a fin de que este ultimo de considerarlo viable, solicite a la Oficina Asesora Jurídica la elaboración de un otrosí modificatorio al contrato, de acuerdo a lo establecido en el manual de supervisión de la Universidad.

El anterior pronunciamiento se expide en los términos del artículo 28 de la Ley 1755 de 2015 conforme al cual, *"[s]alvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución"*.

Atentamente,

DIANA MIREYA PARRA CARDONA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

FUNCIONARIO O ASESOR	NOMBRE	FIRMA
Proyectado	Diana Paola Gutiérrez Preciado -Abogada contratista OAJ	
Revisó:	Yair Alexander Valderrama P – Contratista OAJ	