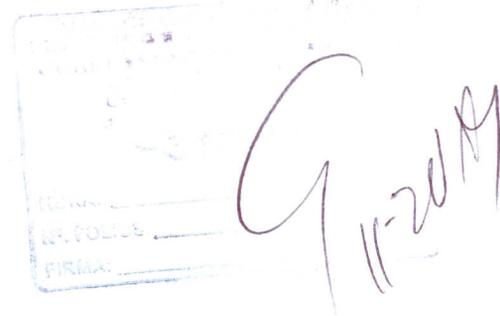


UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSE DE CALDAS

001007

Bogotá D.C., 27 de agosto de 2010

Doctor
ALLAN MAURICE ALFISZ LOPEZ
Jefe Oficina Asesora de Control Interno
Universidad Distrital Francisco José de Caldas
Ciudad



Ref. Solicitud de Concepto sobre Pago anticipado y Anticipo.

Respetado Doctor:

Teniendo en cuenta la solicitud **OACI-0738** de 25 de agosto del año en curso, en el cual se solicita determinar el alcance, características y diferencias de los conceptos de anticipo y pago anticipado, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

1. ANTICIPO Y PAGO ANTICIPADO

Es usual hallar confusiones sobre los conceptos de anticipo y pago anticipado, toda vez que la ley no brinda una definición que precise lo uno o lo otro. Así encontramos el párrafo único del artículo 40 del actual Estatuto de la Contratación Estatal, Ley 80 de 1993, expone:

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.

Aunque la ley no define los conceptos, de ella se puede inferir que reconoce diferencias entre los dos. En el articulado descrito hallamos que la ley 80 de 1993, se refiere a «*anticipos y pagos anticipados*», expresiones unidas por la conjunción «y», lo que indica que no son sinónimos.

Teniendo claro lo anterior, en cuanto a la prescripción normativa, y como quiera que la ley no los define, acudimos a la doctrina y la jurisprudencia; y encontramos que no ha surgido discrepancia conceptual al entender el contenido de cada uno de los términos.

En el caso del Acuerdo 08 de 2003, Estatuto de Contratación de la Universidad Distrital la única referencia que encontramos es el artículo 19 PROHIBICIONES, el cual señala:

ARTÍCULO 19°. : **PROHIBICIONES.** *Independientemente de las restricciones o limitaciones previstas en otros artículos del presente Acuerdo, quedan expresamente prohibidos los siguientes comportamientos:*

1 Anticipo. *Ningún anticipo podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor total del respectivo contrato, excepto para la importación de bienes.*

De igual forma, no podrá entregarse o desembolsarse anticipo alguno, independientemente de su valor y de la naturaleza del contrato u orden de servicios que lo soporta, sin la previa constitución y aprobación de la correspondiente garantía de correcto manejo del anticipo.

Siempre que se pacte anticipo en los contratos, deberá acompañarse por parte del contratista, el respectivo programa de amortización del anticipo.

A su vez, la Resolución 482 de 2006 Manual de Supervisión e Interventoría, señala:

ARTÍCULO QUINTO. *Para los propósitos de su misión, un interventor de la Universidad Distrital debe cumplir, entre otras, las siguientes funciones relacionadas con aspectos jurídicos, técnicos, administrativos y económicos, así:*

ASPECTOS ECONÓMICOS.

1. **Verificar que el contratista cumpla con los requisitos exigidos por la Universidad para la entrega del anticipo pactado.** *Constatar su correcta inversión para lo cual deberá exigir, según corresponda, el plan de amortización o inversión del anticipo, la programación de los trabajos, el flujo de inversión del contrato y cualquier documentación que estime pertinente.*
- 2. **Abrir, con el contratista, una cuenta bancaria para el manejo del anticipo del contrato, la cual deberá manejarse entre los dos.** *La cuenta se abre con el nombre del proyecto y contendrá el nombre del contratista, número del contrato, observaciones para su manejo, entre otras, la firma conjunta de los cheques o retiros de fondos, según sea cuenta corriente o de ahorros.*
3. **Velar porque los rendimientos generados por los dineros correspondientes a los anticipos sean consignados,** *mes a mes o como lo disponga la entidad bancaria, en la Tesorería General de la Universidad o en la cuenta estipulada para ello, porque son dineros de su propiedad. Indicar al contratista el procedimiento de transferencia de dichos rendimientos financieros.*
4. **Elaborar los informes de buen manejo del anticipo y remitirlos al ordenador del gasto de la Universidad Distrital,** *soportados, entre varios, con los siguientes documentos:*
 - * Extracto Bancario.
 - * Conciliación Bancaria.
 - * Plan de inversión vigente.
5. **Verificar que no haya diferencia entre los saldos que se registren en el extracto bancario y el plan de inversión del anticipo.** *Solicitar a la Oficina Asesora Jurídica, hacer efectiva la garantía de manejo y correcta inversión del anticipo en caso de destinación diferente informando al ordenador del gasto y a la compañía aseguradora.*

aquí referenciadas, su alcance, así como las diferencias entre ellas.

2. ANTICIPO

En el derecho comparado se ha unificado el criterio en donde se vislumbra al anticipo como un préstamo que las entidades estatales realizan a favor del contratista para invertir en la ejecución de un contrato.

A su vez, la doctrina ha deducido de las diferentes fuentes jurídicas los siguientes elementos:

a. Es un préstamo que la entidad estatal hace al contratista.

Como se trata de un préstamo que la administración hace al contratista, el dinero mantiene la calidad de público, pues le pertenece al Estado, adquiriendo la calidad de dineros particulares en el momento en que se da en pago de la obligación a cargo del Estado. **Esto conlleva a que el contratista al recibir un anticipo se convierte en administrador de dineros públicos y, por tanto, responderá como tal.**

En desarrollo de lo anterior, el artículo 7° del decreto 2170 del año 2002 establece que los dividendos que resulten de la apertura de cuentas para el manejo de anticipos le pertenecen al Tesoro Público.

b. El préstamo tiene destinación específica y debe destinarse al gasto que demanda la ejecución del contrato.

El contratista al recibir un anticipo se debe comprometer a destinarlo exclusivamente para la ejecución del contrato, **razón de la denominación de la garantía que obligatoriamente debe constituir el contratista: "Póliza de buen manejo e inversión del anticipo»**, es decir, el contratista se obliga a dar un buen manejo a los dineros recibidos como anticipo. Igualmente se obliga a invertirlos en la ejecución del contrato.

En desarrollo de lo anterior, las consecuencias de darle un manejo inadecuado y no previsto a los anticipos, pueden generar responsabilidades penales y, si esta conducta se predica del contratista, se puede afirmar que está incurriendo en un peculado.

Sobre el particular señala el artículo 56 del Estatuto de la Contratación Estatal:

Artículo 56.- De la responsabilidad penal de los servidores que intervienen en la contratación estatal. Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebra con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.

Por lo anterior se puede concluir que si bien es cierto que el contratista no tiene la calidad de servidor público, **para efectos de la responsabilidad penal la ley crea la ficción de la calidad mencionada; así, tal como lo expresa la disposición, estará sujeto a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.**

En este orden de ideas, como cualquier administración, el contratista es obligado a rendir cuentas a la entidad estatal y debe responder por la gestión y el resultado de dicha administración.

Teniendo en cuenta las implicaciones del manejo de anticipos, es preciso anotar que la responsabilidad de su manejo, **no sólo la asume el contratista sino que también le corresponde al ordenador del gasto**. De una parte, el contratista debe tener clara la responsabilidad que asume al momento de recibir del Estado dineros por concepto de anticipo y las repercusiones de tipo legal que conlleva el mal manejo de los anticipos. De otra parte, la administración es responsable del otorgamiento de anticipos que no resulten de un juicio racional y del deber que le impone la ley en cuanto al seguimiento al manejo de los anticipos. Por tal no se agota la responsabilidad de la administración con la exigencia de la garantía de buen manejo e inversión del anticipo, sino que se extiende al seguimiento, que finiquitará en el momento en que esos dineros pasen a calidad de privados como consecuencia de la amortización de pago del valor contratado o, en su defecto, por cualquier causa reingresen al poder de la entidad estatal, con el consecuente rendimiento de cuentas.

c. Como quiera que el préstamo está destinado a la inversión en la ejecución del contrato, se deduce que la figura del anticipo, en cuanto a su aplicación, es propia de los contratos de tracto sucesivo.

Teniendo claro que el anticipo es un préstamo que la administración hace al contratista para la ejecución de un contrato, se puede entender que si la destinación del préstamo es específica para la ejecución del contrato, mal podemos entender el anticipo como figura jurídica aplicable a los contratos de ejecución instantánea, como es el caso del contrato de compraventa, si se tiene en cuenta que la ejecución del contrato es instantánea.

Sobre el particular señala la sentencia del 22 de junio del año 2001 proferida por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, consejero ponente doctor Ricardo Hoyos Duque - expediente 13436 - tomo copiadador 457 - folios 335-346:

En la práctica contractual administrativa con fundamento en la ley, lo usuales 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 [...] En estas condiciones, 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 representa una suma para iniciarla y la fecha en que el pago marca la pauta para el cumplimiento de los deberes del contratista, el pago de la suma de dinero en estas partes convengan a ese título se hace en calidad de préstamo. Esto significa que las sumas entregadas como anticipo por la entidad pública, por lo que es la razón por la cual se requiere al contratista que garantice su inversión y manejo y se amortice con los pagos posteriores que se hagan al cumplimiento del contrato. En el presente se pronunció el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia de 13 de septiembre de 1999, expediente 10607."

3. PAGO ANTICIPADO

entonces el anticipo, el pago anticipado generalmente se presenta en los contratos de ejecución instantánea y, como su nombre lo dice, **dicho pago implica abonar parte del valor total del contrato, que en todo caso no podrá exceder del cincuenta por ciento del valor contratado.** Como quiera que constituye pago parcial del valor contratado, ello implica que su monto pasa a ser exclusivo del contratista; como tal, los dineros públicos pasarán a ser privados, lo cual permite, en consecuencia, **que el contratista disponga libremente de esos dineros sin importar la destinación,** pues ésta es propia de la facultad de dominio institucionalizada por los romanos con el término de «*abusus*» o derecho de disposición. Ahora, si los dineros pasan a ser de exclusivo dominio del contratista; no tiene por qué constituir garantía de buen manejo e inversión de los dineros. Como se advierte, el manejo e inversión de los dineros corresponde a la órbita exclusiva del contratista; en tal caso, **la entidad en aquello que corresponde al deber de control de los bienes y dineros del Estado acudirá a la garantía única de cumplimiento. En este caso, la garantía precave el siniestro consistente en la distracción de los recursos como consecuencia del incumplimiento del contratista.**

4. EN CONCLUSIÓN

El anticipo y pago anticipado son dos figuras jurídicas contractuales diferentes en su naturaleza y, por supuesto, en sus alcances, y en ambos casos su desembolso no debe exceder del cincuenta por ciento.

En cuanto a los alcances jurídicos, el anticipo mal manejado o la apropiación del mismo constituye peculado, sin importar que el contratista carezca de la calidad de servidor público, dado que la ley, para efectos de la responsabilidad penal, acude a la ficción jurídica de otorgar la calidad de servidor público a los particulares que intervienen en la actividad contractual.

Para finalizar, vale la pena resaltar la diferencia característica de estas dos figuras, **mientras que el anticipo en un bien público administrado por el contratista, el pago anticipado es un recurso privado y por ende no tiene las restricciones y procedimientos de los recursos públicos.**

El anterior concepto se emite en el marco del artículo 25 del Código Contenciosos Administrativo

Cordialmente,


LUISA FERNANDA LANCHEROS PARRA
Jefe de Oficina Asesora Jurídica

Camilo Bustos



UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSE DE CALDAS
OFICINA ASESORA DE CONTROL INTERNO

Dr. Barrov
-Dr. Barrov

OACI- 0738

Bogotá D.C. 25 de agosto de 2010

Doctora
LUISA FERNANDA LANCHEROS PARRA
Jefe Oficina Asesora Jurídica
Universidad Distrital Francisco José de Caldas
Ciudad

FRANCISCO JOSE DE CALDAS
ALDA
3:49
Dr. Barrov

ASUNTO: Solicitud Concepto Jurídico

Respetada doctora Luisa:

En el presente escrito, esta Oficina muy cordialmente se dirige a usted, con la finalidad de solicitarle con urgencia, la emisión de un Concepto Jurídico donde se explique brevemente los conceptos de Pago Anticipado, y Anticipo en la Contratación Pública, haciendo énfasis en las características y diferencias que existen entre estas figuras.

Como es de su conocimiento, con las funciones propias que nos corresponden, teniendo en cuenta que la Oficina Asesora Jurídica junto con la Secretaría General son las únicas que tienen la competencia para emitir los Conceptos Jurídicos en la Universidad.

Espero que pueda responder a mayor brevedad posible.

Atentamente,

ALLAN MAURICE ALFISZ LOPEZ
Jefe Oficina Asesora de Control Interno

CC: LAJV
CC: AMAL