

**EL ANTICIPO EN EL CONTRATO ESTATAL: GENERALIDADES Y
MECANISMOS DE PROTECCIÓN**

SANTIAGO SIERRA OSPINA

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN
2011**

**EL ANTICIPO EN EL CONTRATO ESTATAL: GENERALIDADES Y
MECANISMOS DE PROTECCIÓN**

SANTIAGO SIERRA OSPINA

Monografía para optar el título de abogado

**Directora
Carolina Ariza Zapata
Abogada**

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN
2011**

Nota de aceptación

Firma del jurado

Medellín, 12 de diciembre de 2011

AGRADECIMIENTOS

El autor expresa su sentimiento de gratitud frente a su familia y personas allegadas; a sus compañeros de curso en la facultad de derecho; a la Dra. Carolina Ariza Zapata, por la ayuda prestada en la asesoría de este trabajo y especialmente a las siguientes personas:

Al Dr. Henry Roberto Solano Vélez, por el ejemplo de la necesidad auténtica de acercarse al fenómeno jurídico con rigor.

A la Dra. Beatriz Elena Estrada Tobón, por el ejemplo de juicio y disciplina en el ejercicio de la profesión.

Al Dr. Guillermo Cárdenas Gómez, por el ejemplo del trabajo duro y la confianza depositada.

Al Dr. Mateo Posada Arango, por el ejemplo de amistad constante.

RESUMEN

El anticipo en los contratos estatales es una figura en virtud de la cual la entidad contratante entrega un dinero al contratista como forma de financiar la iniciación de la ejecución del objeto contratado. Este dinero no pierde su carácter de dinero público, por lo que la entidad pública tiene la particular obligación de ejercer vigilancia sobre su manejo. Para el efecto cuenta con una serie de mecanismos de protección que le permiten prevenir el detrimento patrimonial o remediarlo cuando este se ha causado.

Palabras claves: anticipo, dinero público, pago anticipado, contrato estatal.

ABSTRACT

The advance in government contracts is a form that consists on the contracting entity which delivers money to the contractor as a way to finance the initiation of the performance. This money does not lose its character of public money, so the public entity has a particular obligation to exercise vigilance over its management. For this it has a number of protective mechanisms that allows it to prevent or fix the detriment heritage, when this has been caused.

Key words: advance, public money, anticipated pay, government contract.

CONTENIDO

pág.

INTRODUCCIÓN

1. GENERALIDADES DEL ANTICIPO

1.1. CONCEPTO TRADICIONAL Y NORMATIVIDAD APLICABLE

1.2. NATURALEZA JURÍDICA

1.2.1. Diferencia entre anticipo y pago anticipado

1.2.2. Dinero público

1.2.3. Obligación de entregarlo y derecho a recibirlo

1.2.4. Excepción de contrato no cumplido si no es entregado a tiempo

2. PROTECCIÓN DEL ANTICIPO

2.1. PLANES DE INVERSIÓN DEL ANTICIPO

2.2. GARANTÍAS

2.3. RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA, EMANADA DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ANTICIPO

2.3.1. Responsabilidad Contractual

2.3.2. Responsabilidad Penal

2.3.2.1. Evolución jurisprudencial sobre la responsabilidad penal del contratista

2.3.3. Responsabilidad Fiscal

2.3.4. Responsabilidad Disciplinaria

3. EL ANTICIPO EN EL ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN LEY 1474 DE 2011

4. CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

La contratación estatal en Colombia se encuentra por estos días en crisis, producto de los escándalos que han captado la atención de los medios de comunicación, que permiten vislumbrar los alcances que ha tenido la corrupción en torno a los contratos estatales.

Las entidades públicas han intensificado el control sobre las prácticas en que incurren ciertos contratistas tendientes a obtener un provecho ilícito, para evitar que se presenten irregularidades en el manejo de las sumas que se entregan a título de anticipo, pues es por esta vía por medio de la cual muchos de los contratistas, que hoy se encuentran en el ojo del huracán por sus cuestionadas prácticas, han encontrado una verdadera fuente de enriquecimiento.

La regulación en torno al anticipo en los contratos estatales es bastante parca y, ante la carencia de regulación, se deja su protección a lo que a bien tengan las entidades públicas, facilitando el accionar del poder corruptor que ronda a la administración. Es por esto que se justifica realizar un estudio encaminado a determinar los mecanismos con que cuenta el Estado para sancionar los actos constitutivos de manejo indebido de dineros provenientes de anticipos en este tipo de contratos.

A tal punto ha llegado la relativa libertad con que se dispone de estos dineros, que se ha encontrado cómo grandes contratistas del Estado logran desarrollar modelos financieros que les permiten financiar proyectos que han sido adjudicados en el pasado, con anticipos que llegan de adjudicaciones presentes. Del mismo modo, el anticipo ha sido utilizado como botín que se ofrece en porciones a todo aquel que preste una ayuda significativa a la obtención de una resolución adjudicatoria.

Algunos acusan a la política de anticipos de ser la generadora, en mayor medida, de los actos de corrupción que vienen publicitándose por estos días, pues encuentran en el parágrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993 el mecanismo para obtener una utilidad anticipada a la ejecución del contrato.

A la crisis en comento ha reaccionado el Estado, desde la rama ejecutiva del poder público, por vía de la expedición del denominado Estatuto Anticorrupción, elevado a la calidad de Ley de la Republica y donde se elabora un conjunto de mecanismos de control de orden penal, administrativo y disciplinario. Se consagra allí un artículo que toca con el tema del anticipo en el contrato estatal y que busca garantizar que su destinación sea exclusivamente el objeto del contrato para el cual se otorga.

Es pertinente pues, hacerse las siguientes preguntas: ¿Qué es el anticipo? y ¿Con qué mecanismos cuenta el Estado para proteger el dinero entregado a título de anticipo al contratista en los contratos que éste suscribe?

Es por esto que el presente documento pretende realizar un análisis descriptivo del concepto de anticipo en el ordenamiento jurídico colombiano, analizando sus principales características y enfatizando en los principales mecanismos con que cuenta el Estado para proteger estos dineros.

Lo que se busca con este proyecto es combinar un trabajo expositivo, en lo relacionado con la presentación de las generalidades del anticipo, con un trabajo analítico, en lo relacionado con las conclusiones a las que se llegará respecto de los mecanismos próximos de protección con que cuenta el Estado para garantizar el correcto manejo de los dineros públicos asociados a la actividad contractual.

No se pretende hacer una labor propositiva sino meramente descriptiva del estado actual de las cosas en lo que respecta al objeto de estudio, sin embargo, muchas de las disposiciones normativas bajo examen permitirán su análisis a la luz de criterios de conveniencia, técnica jurídica y eficiencia.

Para el logro de los objetivos propuestos anteriormente, el escrito estará dividido en tres capítulos. El primero, destinado a la exposición de las notas características de la institución del anticipo en el contrato estatal, cuya finalidad es la determinación de elementos característicos importantes a efectos de poder derivar de ellos conclusiones importantes en los capítulos subsiguientes; el segundo, destinado a la exposición de los medios de protección con que cuenta la entidad pública para garantizar la correcta inversión y manejo del anticipo por parte del contratista; el tercero, destinado a exponer una reciente regulación normativa contenida en la ley 1474 de 2011 -Estatuto Anticorrupción- donde se crean unos mecanismos de protección del anticipo que ameritan su estudio.

1. GENERALIDADES DEL ANTICIPO

Corresponde al primer capítulo de este escrito describir las notas características del concepto de anticipo, como medio preparatorio para la exposición que se realizará de los medios de protección, pues la exposición de su naturaleza es importante a efectos de determinar cuáles son los mecanismos de protección que pueden emplear las entidades públicas.

1.1. CONCEPTO TRADICIONAL Y NORMATIVIDAD APLICABLE

La Ley 80 de 1993, en el párrafo de su artículo 40, estableció que las entidades estatales podrán pactar el pago de un anticipo o pago anticipado, siempre que dicha suma no supere el cincuenta por ciento del valor del respectivo contrato.

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.

En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.

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.

Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.¹ (Negrilla fuera del texto)

La doctrina lo define como un préstamo que la entidad hace al contratista y con cargo al contrato, con el fin de financiarlo parcialmente, pues este crédito se otorga para que se destine a la ejecución del contrato y no como pago del mismo o retribución. Así, lo expresa MATALLANA CAMACHO, en su texto:

(...) el anticipo es una retribución que se otorga **en contratos de tracto sucesivo** antes o paralelamente a la iniciación del contrato, y que va con destinación a cubrir sus costos iniciales. 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)(...)² (Negrilla fuera del texto)

Por su parte, la Contraloría General de la Republica, ente encargado de realizar el control fiscal en nuestro país –y de ahí la importancia de contar con su concepto- lo ha definido, una vez más, como un mecanismo de financiación al contratista, para que cubra los costos iniciales del contrato, en los siguientes términos:

El anticipo es la suma de dinero que se entrega al contratista para ser destinada al cubrimiento de los costos en que éste debe incurrir para iniciar la ejecución del objeto contractual, en otras palabras, es la financiación por parte de la entidad estatal de los bienes y servicios correspondientes a la prestación a ejecutar, bajo estas condiciones se exige que el mismo sea amparado con una garantía consistente en una póliza de seguro correspondiente al 100% de su valor, como también que se amortice durante la ejecución del contrato.³

¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 80 (28 de octubre de 1993) Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993.

² MATALLANA CAMACHO. Ernesto. Manual de contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2da edición, 2009. p855, 857.

³ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Concepto Jurídico No 7461 Febrero 07 de 2006

De esta definición tradicional se extraen dos elementos importantes, a saber: i) Que el anticipo es un “préstamo” que hace la entidad contratante al contratista y ii) Que tiene como destinación específica el objeto del contrato.

Que se trate de un “préstamo” realizado por la entidad contratante, tiene como principal consecuencia que no hay una retribución por la realización de la obra, por lo que el dinero continúa perteneciendo a la entidad pública, conservando así su carácter de dinero público, situación que merecerá un análisis posterior. Los dineros recibidos por el contratista, no obstante ser un “préstamo” realizado por la entidad, tienen la vocación de ingresar al patrimonio del contratista en la medida en que éste los amortice⁴ paulatinamente en proporción a la ejecución de la obra contratada.

En cuanto a la destinación específica de los dineros recibidos a título de anticipo, es necesario que el contratista sirva de ellos sólo en lo que tiene que ver con el desarrollo del objeto contractual que sirve de causa para su entrega. No podrá pues, el contratista, destinarlos a cosa distinta que al contrato que debe ejecutar, ya que la finalidad para la cual se utiliza esta figura es aligerar las cargas económicas del contratista, en relación con el contrato en particular. Especial atención merece la destinación indebida del anticipo pues dado el carácter público del anticipo, del mismo se desprenden consecuencias jurídicas de diversa índole, cuya descripción es uno de los objetivos de este escrito.

El Consejo de Estado ha entrado a definir en múltiples ocasiones la figura del anticipo:

⁴ “La amortización hace referencia al descuento que debe hacer la entidad estatal de la suma entregada al contratista, es decir que tales dineros no entran a formar parte del patrimonio del particular pues su finalidad es financiar el objeto contractual, por tanto poseen el carácter de dineros públicos.” CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Concepto Jurídico No 7461 Febrero 07 de 2006.

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.

(...) 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.⁵

Así mismo, al anticipo se le ha atribuido una tercera característica, cual es que se trata de una figura aplicable, por regla general, a aquellos contratos que dentro de las clasificaciones tradicionales suelen denominarse de tracto sucesivo, pues es en ellos donde se hace necesario financiar la ejecución del objeto contratado. La Contraloría, en el mismo concepto que hemos venido citando, avala tal característica, con fundamento en la finalidad que se persigue con este préstamo:

“El anticipo se estipula para aquellos contratos que por su naturaleza lo requieren tales como los de obra, toda vez que el contratista para dar inicio al objeto contractual debe realizar la contratación de la mano de obra y la adquisición de materiales, maquinaria u otros elementos que se precisen para adelantar la ejecución del contrato.”

Como bien se ha señalado, el anticipo suele definirse como un “préstamo” que se le hace al contratista, con cargo exclusivo al contrato que constituye causa para su entrega. Si bien tal definición resulta algo ilustrativa para tratar de explicar la realidad conceptual, ante la ausencia de definición legal, no es afortunado definir el fenómeno como un “préstamo”, para defender la posición de que, no por quedar

⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 22 de junio de 2001. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Expediente 13436.

en manos del contratista, ello deviene en el cambio de naturaleza jurídica, esto es, deja de ser dinero público, posición esta que constituye el fundamento para que se hable de “préstamo” y no de pago anticipado.

En Colombia, por lo menos en lo que a estructuras contractuales típicas respecta, los préstamos pueden ser de dos tipos: de uso o de consumo. El primero de ellos, denominado también *contrato de comodato*, es un contrato en que la una de las partes entrega a la otra gratuitamente **una especie mueble o raíz**, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso⁶; el segundo, denominado también *contrato de mutuo*, es un contrato en que una de las partes entrega a la otra **cierta cantidad de cosas fungibles** con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad⁷.

Los textos subrayados muestran con total claridad que ambos contratos recaen sobre bienes de diferente naturaleza. El contrato de comodato recae sobre cuerpos ciertos, pues solo se satisface la obligación del comodatario cuando se restituya la misma especie recibida, al terminar el uso; el mutuo, por su parte, recae sobre géneros, en tanto es un título traslativo, toda vez que el mutuante transfiere la propiedad de los bienes entregados en mutuo y la prestación del mutuario solo se satisface cuando restituya otras tantas del mismo género y calidad.

Pues bien, si pretendemos entender el anticipo como un préstamo, podríamos intentar enmarcarlo dentro de una de estas dos figuras. En consideración al objeto, solo sería posible entenderlo, a lo sumo como un mutuo, teniendo en cuenta que el objeto recibido es un género y no una especie. Ello genera una consecuencia algo incomoda para efectos del control sobre este dinero: como en el mutuo hay transferencia del dominio del objeto, quien recibe el anticipo estaría

⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 57 de 1887. Código Civil colombiano. Artículo 2200.

⁷ *Ibidem* Artículo 2221

haciéndose dueño de dicho dinero. En consecuencia, ese dinero perdería su calidad de dinero público, en tanto sale del patrimonio de la entidad pública y se traslada al del contratista.

Realmente, no sería posible hablar técnicamente de la existencia de un mutuo, en la medida en que un elemento de la esencia de este contrato es la restitución de una cosa del mismo género y calidad. En ese orden de ideas, lo que se restituye debe ser dinero, pues ello fue lo entregado por la entidad contratante, lo que no ocurre en los anticipos en contratos estatales, pues, como hemos visto, se devuelven estos dineros en ejecución. ¿Cuál es pues, el verdadero concepto de anticipo?. En todo caso, definir el anticipo como un préstamo resulta ser jurídicamente desacertado y puede llevar a confusiones, pues trasladaría la atención hacia las figuras de derecho privado antes mencionada, lo cual constituye un error evidente.

Podemos decir en este momento que el anticipo es un dinero cuya custodia y administración se le encomienda al contratista, quien deberá invertirlo en el objeto del contrato que sirve de causa para su entrega. En esa medida, el contratista es un administrador de un dinero de propiedad de la entidad contratante, esto es, de un dinero público.

1.2. NATURALEZA JURÍDICA

La regulación del anticipo, se reitera, es bastante precaria, por lo que sus notas características se definen en relación con el análisis que de dicha figura realizan a diario los doctrinantes y la jurisprudencia. El común de los pronunciamientos judiciales tienden a establecer con claridad la naturaleza jurídica de esta figura, por lo que se pasa a exponer, las características que han ameritado un análisis más profundo: la diferencia con el pago anticipado y el carácter de dinero público.

1.2.1. Diferencia entre anticipo y pago anticipado

El citado párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, presenta la posibilidad a la entidad contratante de optar por dos mecanismos, el anticipo y el pago anticipado. Ambos deben ajustarse al límite máximo establecido del 50% del valor total del contrato. La mencionada Ley no define ninguna de las dos figuras, por lo que ha correspondido a la doctrina y a la jurisprudencia la conceptualización de las mismas, pues persiguen finalidades distintas y, por ello, presentan consecuencias jurídicas que difieren unas de otras.

El pago anticipado es la remuneración parcial que recibe el contratista con ocasión de un contrato de ejecución instantánea y que por tanto ingresa de inmediato al patrimonio de éste, pudiendo destinarlo con libertad y sin sujeción al objeto contractual. Así lo ha expresado el doctrinante LAMPREA RODRÍGUEZ, reiterando la observación frente a la forma errada de tomar al anticipo como un préstamo:

(...) la doctrina lo asimila (el anticipo) a un “préstamo” que el contratista deudor reduce con cada acta parcial de obra hasta su descuento total, al concluir la ejecución del contrato, cuando el anticipo quedará en cero. En cambio en el pago anticipado no hay reintegro, porque la suma entregada le pertenece al contratista como suya propia.⁸

Otro doctrinante, SOLANO SIERRA, plantea una importante diferencia entre los dos conceptos, radicada en la inembargabilidad del anticipo como consecuencia del carácter de dinero público, de acuerdo con los principios que rigen las normas presupuestales⁹, tema que se ampliará más adelante. Por su parte. el pago

⁸ LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio. Contratos Estatales. Bogotá: Temis, 2007. P 411-412.

⁹ COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. Decreto 111 de 1996 (enero 15) Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto. Diario Oficial 42.692 de enero 18 de 1996. **Artículo 19: Inembargabilidad.** Son inembargables las rentas

anticipado, en tanto ingresa a la esfera patrimonial del contratista, es susceptible de ser embargado:

“(…) “pago anticipado” y “entrega de anticipo” son conceptos que encuentran diferencias cualitativas. El anticipo que recibe el contratista (como simple tenedor) para financiar los gastos que requiere la iniciación y parte del objeto contratado constituye recurso público que pertenece a la entidad contratante y no al patrimonio de aquel; por lo tanto es **inembargable**; cuyo manejo y correcta inversión son los que se amparan. Mientras que el pago anticipado entra o pasa al patrimonio del contratista y, por consiguiente, puede ser susceptible de embargo, y la garantía, contrario a lo que acontece con la entrega del anticipo, no ampara su buen uso, sino la devolución del pago efectuado para el cumplimiento de la obligación. Véase supra. (...) Garantía única de cumplimiento (...)”¹⁰ (Negrilla fuera del texto)

Al respecto el Consejo de Estado ha manifestado, en relación con las diferencias que separan al anticipo del pago anticipado, que el primero corresponde a un primer pago, en los contratos de ejecución sucesiva, que debe destinarse al cubrimiento de costos iniciales, mientras que, el segundo, es una retribución parcial, propia de los contratos de ejecución instantánea:

(...) La diferencia que la doctrina encuentra entre anticipo y pago anticipado, consiste en que el primero corresponde al primer pago de los contratos de ejecución sucesiva que habrá de destinarse al cubrimiento de los costos iniciales, mientras que el segundo es la retribución parcial que el contratista recibe en los contratos de ejecución instantánea. Lo más importante es que los valores que el contratista recibe como anticipo, los va amortizando en la proporción que vaya ejecutando el contrato de ahí que se diga que los recibió en calidad de

incorporadas en el presupuesto general de la Nación, así como los bienes y derechos de los órganos que lo conforman.

No obstante la anterior inembargabilidad, los funcionarios competentes deberán adoptar las medidas conducentes al pago de las sentencias en contra de los órganos respectivos, dentro de los plazos establecidos para ello, y respetarán en su integridad los derechos reconocidos a terceros en estas sentencias.

Se incluyen en esta prohibición las cesiones y participaciones de que trata el capítulo 4º del título XII de la Constitución Política.

Los funcionarios judiciales se abstendrán de decretar órdenes de embargo cuando no se ajusten a lo dispuesto en el presente artículo, so pena de mala conducta

¹⁰ SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Contratación administrativa. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 4ta edición, 2010. p556-557.

préstamo; en cambio en el pago anticipado no hay reintegro del mismo porque el contratista es dueño de la suma que le ha sido entregada.

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 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.¹¹

Con similar claridad, reitera la posición la misma Corporación en sentencia diferente, pero esta vez aclarando la naturaleza de la tenencia, por parte del contratista, del dinero en anticipo, pues lo define como un dinero de propiedad de la administración, administrado por el contratista:

El anticipo, diferente del 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 suma que ésta misma le debe pagar.¹²

La dirección jurídica del SENA¹³, presenta para el uso interno de sus funcionarios un práctico cuadro comparativo que contiene las principales diferencias entre estas dos figuras, que vale la pena exponer por lo sintético que resulta, aun cuando solo contenga una visión particular de la mencionada entidad pública:

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Sentencia de 22 de junio de 2001. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Expediente 13436

¹² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 10 de noviembre de 2000. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Radicado No. 18.709.

¹³ COLOMBIA. SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA -. DIRECTRIZ JURÍDICA No. 23 del 20 de octubre de 2006.

Tabla 1: Diferencia anticipo – pago anticipado

ANTICIPO	PAGO ANTICIPADO
No constituye un pago en el momento en que se efectúa.	Es un pago. Retribuye en forma anticipada parte del valor del contrato.
El dinero no es del contratista sino de la Entidad contratante y por ende debe invertirse de acuerdo al plan de inversión presentado por el contratista.	El dinero es de propiedad de contratista y lo puede destinar libremente. No hay plan de inversión pactado.
La Entidad está obligada al seguimiento de la inversión.	La Entidad no está obligada a hacer seguimiento.
No está sujeto a descuentos y retenciones porque no es un pago.	Está sujeto a descuentos y retenciones de ley.
No entra al patrimonio del contratista, continúa siendo recursos públicos, asegurables con una garantía para la correcta y adecuada inversión y manejo de los mismos.	Al entregarse constituye extinción parcial de la obligación de pago a cargo de la entidad contratante.
El valor del anticipo se descuenta de cada pago que se realice al contratista.	Su destinación depende de la libre voluntad del contratista.
La ejecución del contrato por tanto, constituye amortización de dicho valor.	Su adecuado uso está avalado por la garantía única de cumplimiento del contrato , de lo contrario, se entraría a hacer o exigir duplicidad de cobros.
En el evento en que generen rendimientos financieros, son de la entidad contratante.	Por lo general se aplica en contratos de ejecución instantánea; casos típicos compra de inmuebles o automotores.
Puede ser pactado en contratos de tracto sucesivo con excepción de los contratos de prestación de servicios personales.	No existe injerencia de la interventoría en su manejo o inversión.

Queda pues claro que se trata de conceptos diferentes y que, por tanto, será objeto de análisis del presente estudio lo relativo al anticipo, toda vez que, de las dos figuras, es la única que genera consecuencias jurídicas desfavorables a quien mal utiliza el dinero recibido.

1.2.2. Dinero público

Siendo definido el anticipo como un “préstamo” que la entidad contratante efectúa al contratista, con destinación específica al objeto contractual que se debe acometer, ya habíamos concluido de manera preliminar que se trata de un dinero que, en tanto pertenece aun a la entidad estatal, sigue siendo público.

La característica fundamental del anticipo es que se trata de un recurso público administrado contractualmente por un particular, pero sujeto a vigilancia por la entidad contratante y amparado por una póliza de buen manejo y correcta inversión. Así lo ha expresado el Consejo de Estado:

Porque 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 asignados a 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.¹⁴ (Negrilla fuera del texto)

En similar sentido se ha pronunciado la Sala Plena de esta Corporación, reiterando la naturaleza de dinero público del anticipo, en tanto no se entrega como pago anticipado, esto es, como remuneración parcial:

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de septiembre de 1999. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Expediente 10607

No cabe entonces la menor duda de que los dineros entregados al contratista a título de anticipo en las condiciones descritas por la jurisprudencia **son dineros públicos** porque no se entregan como pago anticipado, lo cual haría propietario al contratista, y están destinados por la ley y el contrato a la financiación de su ejecución y, el hecho de que se hayan destinado al pago de comisiones por la adjudicación del contrato a favor del congresista demandado, tal como se acreditó en el proceso, configura la causal de pérdida de investidura de congresista prevista en el artículo 183.4 de la Constitución Nacional y artículo 296.4 de la Ley 5 de 1992.¹⁵ (Negrilla fuera del texto)

El anticipo no pierde en ningún momento, mientras no se amortice, su carácter de recurso público, por esta razón se exige al contratista la realización de planes de inversión, constitución de garantías y es objeto de control por parte de la entidad contratante. Compete pues a esta entidad, vigilar estrictamente la inversión de anticipo, de tal modo que el contratista no pueda desviar los dineros entregados o hacer mal uso de ellos.

A tal punto no pierde su calidad de dinero público que se contabiliza dentro del presupuesto de la entidad que lo concede y ello es bastante lógico, en la medida en que no hay transferencia de la propiedad, pues la entidad sigue siendo la propietaria de dichos dineros, esto es, contablemente, siguen siendo activos estatales. Su calidad de bien administrado por un tercero faculta a la entidad contratante a percibir los rendimientos financieros que éste produzca en manos del contratista. Dentro de los pronunciamientos doctrinales sobre este asunto particular, encontramos el de DÁVILA VIÑUEZA, que secunda la tesis anteriormente expuesta cuando diferencia los conceptos de anticipo y pago anticipado:

En tanto se trata de dineros públicos afectos a la ejecución del contrato, **los rendimientos que generen deben pertenecer a la entidad** para ser reinvertidos en el contrato (...) en tratándose del pago anticipado no

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena. Sentencia de 8 de agosto de 2001. Expedientes acumulados AC 10966 y AC 11274.

debe existir injerencia de la interventoría y **los frutos o rendimientos pertenecen a su dueño, vale decir, al contratista.**¹⁶ (Negrilla fuera del texto)

El decreto 111 de 1996, por medio del cual se dictan normas relativas a la planeación presupuestal de las entidades públicas, establece que los rendimientos financieros producidos por recursos de capital público, siguen perteneciendo a la entidad y, en consecuencia, deben seguir haciendo parte de su esquema de presupuesto.

ARTÍCULO 31. Los recursos de capital comprenderán: los recursos del balance, los recursos del crédito interno y externo con vencimiento mayor a un año de acuerdo con los cupos autorizados por el Congreso de la República, **los rendimientos financieros**, el diferencial cambiario originado por la monetización de los desembolsos del crédito externo y de las inversiones en moneda extranjera, las donaciones, el excedente financiero de los establecimientos públicos del orden nacional y de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional, y de las sociedades de economía mixta con el régimen de aquéllas, sin perjuicio de la autonomía que la Constitución y la ley les otorga, y las utilidades del Banco de la República, descontadas las reservas de estabilización cambiaria y monetaria.¹⁷ (Negrilla fuera del texto)

Posteriormente, el artículo 101 del mismo Decreto establece que pertenecen a la Nación, todos aquellos rendimientos obtenidos por el sistema de cuenta única nacional, así como los de los órganos públicos o privados con los recursos de la Nación. Esta disposición resulta de vital importancia, a efectos de ilustrar con ejemplos, como el Estado pretende hacer suyos los frutos civiles de dineros de su propiedad.

ARTÍCULO 101. La dirección de tesoro nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, elaborará mensualmente un estado de resultados de sus operaciones financieras, con el cual se harán las afectaciones presupuestales correspondientes.

¹⁶ DÁVILA VINUEZA, Luís Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal, aproximación crítica a la Ley 80 de 1993. Bogotá: Legis, 2da ed., 2003. p395, 397.

¹⁷ COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. Decreto 111 de 1996 (enero 15) Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto. Diario Oficial 42.692 de enero 18 de 1996.

Pertencen a la Nación los rendimientos obtenidos por el sistema de cuenta única nacional, **así como los de los órganos públicos o privados con los recursos de la Nación** con excepción de los que obtengan los órganos de previsión social (L. 179/94, art. 47).¹⁸ (Negrilla fuera del texto)

El Consejo de Estado, a través de su Sala De Consulta y Servicio Civil, se ha pronunciado respecto al tema de la propiedad de los rendimientos financieros de bienes públicos, estableciendo con claridad que estos pertenecen a la entidad pública propietaria del anticipo:

En los términos de la ley orgánica del presupuesto no hay entonces duda alguna en el sentido de que los rendimientos que produzcan los recursos públicos son del dueño de estos últimos. Con lo cual se da clara y sencilla operatividad al principio general de derecho según el cual lo accesorio sigue a lo principal.

(...)

También debe tenerse presente que cuando con los recursos del presupuesto general de la Nación **se hace un aporte a título de anticipo**, es claro para la Sala que tales recursos entran al contrato como recursos públicos y, entonces están sujetos indefectiblemente al régimen establecido en el Estatuto Orgánico del Presupuesto.¹⁹ (Negrilla fuera del texto)

El decreto 4730 de 2005, por medio del cual se reglamentan las normas orgánicas del presupuesto, reitera la posición que se viene exponiendo, estableciendo que los rendimientos pertenecen al propietario del bien que los produce.

ARTÍCULO 33. Rendimientos Financieros. Los rendimientos financieros originados con recursos de la Nación, incluidos los negocios fiduciarios, deben ser consignados en la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional en el mes siguiente de su recaudo. Se

¹⁸ Ibídem. Artículo 101.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Bogotá D.C. siete (7) de marzo de dos mil siete (2007). Radicación número: 11001-03-06-000-2007-00005-00(1802)

exceptúan los rendimientos financieros generados con aportes destinados a la seguridad social.²⁰ (Negrilla fuera del texto)

En cumplimiento de las normas que se vienen de citar, la administración colombiana, en múltiples ocasiones, ha prescrito como obligación de las entidades públicas advertir en los pliegos de condiciones que los dineros entregados como anticipo en contratos estatales son de propiedad de la entidad pública, al igual que los rendimientos financieros que estos produzcan. Así se ha expresado, por poner un ejemplo, en la Directiva Presidencial de 4 de abril de 2003:

6°. Manejo de pagos anticipados y anticipos en la contratación estatal.

Salvo casos excepcionales plenamente justificados y motivados, las entidades no pactarán pagos anticipados. Esta restricción no se aplicará al Sector de la Defensa Nacional.

Para el caso de los anticipos se establece como criterio que la entrega de recursos se realice utilizando instrumentos financieros que aseguren el manejo transparente de los recursos y su destinación exclusiva al contrato.

Deberá estipularse en los contratos estatales que la entidad pública contratante es la propietaria de los recursos entregados en calidad de anticipo **y en consecuencia los rendimientos financieros que los mismos generen pertenecen al Tesoro.**

Los destinatarios de la presente directiva deberán informar y promover directamente entre los funcionarios a su cargo el contenido de la misma, así como tomar las medidas necesarias para su cumplimiento.²¹ (Negrilla fuera del texto)

De esta manera, volviendo al documento expedido por el SENA años atrás, para ejemplificar lo anterior, encontramos cómo, acogiendo el mandato de la directiva presidencial, se ordena a todos los funcionarios que en lo sucesivo, cuando se hiciese menester incluir anticipos, dentro de los pliegos y contratos se deberá incluir la siguiente nota, que impone al contratista la obligación de reportar y transferir a la contratante la eventual generación de rendimientos financieros:

²⁰ COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. Decreto 4730 DE 2005 (diciembre 28) por el cual se reglamentan normas orgánicas del presupuesto.

²¹ COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. Directiva presidencial de 4 de abril de 2003.

Una vez agotado el anticipo, el contratista deberá verificar ante el respectivo banco si se generaron o no rendimientos financieros de los recursos entregados a título de anticipo, lo cual deberá acreditar a la administración mediante la presentación de la certificación que para tal efecto le expida la respectiva entidad bancaria y/o financiera. En el evento de haberse generado rendimientos financieros, deberá proceder a consignarlos a favor del SENA en la cuenta que para tal efecto le indique la entidad dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes, de lo cual presentará el respectivo recibo al supervisor del contrato.²²

1.2.3. Obligación de entregarlo y derecho a recibirlo

El anticipo, por ser proveniente de un acuerdo bilateral, puede ser analizado desde la óptica de la entidad contratante, así como desde la óptica del contratista, que es la que hemos venido abordando hasta este momento.

Para el contratista, una vez pactado el pago del mismo, adquiere la facultad de hacer efectiva la entrega, asumiendo en contraprestación la obligación, no sólo de invertirlo en el objeto contractual, sino también de garantizar su inversión y manejo con una garantía.

Para el contratante, tras el pacto, existe la obligación de pagarlo, asumiendo las facultades de exigir su pago por vía de la amortización que se efectúa paulatinamente con las actas parciales y de hacer efectiva la garantía que ha otorgado el contratista, para prever eventos de incorrecta inversión y/o manejo.

En este sentido, el Consejo de Estado reconoce la existencia de dicha relación de correlatividad de que venimos hablando, reiterando la finalidad para la cual se ha establecido esta institución:

²² COLOMBIA. SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA -. DIRECTRIZ JURÍDICA No. 23 del 20 de octubre de 2006.

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.²³

1.2.4. Excepción de contrato no cumplido si no es entregado a tiempo

Conforme a lo que venimos de anotar, se ha preguntado la doctrina si por generar el pacto de anticipo derechos y obligaciones correlativas, es también aplicable la figura de la excepción de contrato no cumplido cuando la entidad contratante no cancela el valor acordado.

Esta figura se encuentra definida en el artículo 1609 del Código Civil colombiano y es eventualmente aplicable en materia de contratación estatal por remisión que hace el artículo 13 de la Ley 80 de 1993:

ARTICULO 1609. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.²⁴

²³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de julio de 2000. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Expediente 12513.

²⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código Civil colombiano.

ARTÍCULO 13º. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.²⁵

El reconocido doctrinante OSPINA FERNÁNDEZ²⁶, enuncia cuatro requisitos que deben reunirse para la prosperidad de la presente excepción, a saber: a) reciprocidad de las obligaciones, b) incumplimiento del actor, c) que el demandado no esté en mora, y d) gravedad del incumplimiento del deudor.

El Consejo de Estado ha avalado la aplicación de esta figura en los contratos estatales, pero no con la amplitud que puede ser aplicada en el derecho civil, pues entiende que, en aras de salvaguardar el interés general, el contratista no puede excusarse en cualquier tipo de incumplimiento por parte de la entidad contratante, debe ser un incumplimiento grave, de aquellos que pongan al contratista en imposibilidad de ejecutar el contrato:

No obstante la perspectiva jurídica anterior, la Sala se inclina por la tesis de quienes predicán que la *exceptio non adimpleti contractus* sí tiene cabida en la contratación administrativa, pero no con la amplitud que es de recibo en el derecho civil, pues se impone dejar a salvo el principio de interés público que informa el contrato administrativo. El contratista, en principio, está obligado a cumplir con su obligación, en los términos pactados, a no ser que por las consecuencias económicas que se desprenden del incumplimiento de la administración se genere una RAZONABLE IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR para la parte que se allanare a cumplir, pues un principio universal de derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado. No basta, pues, que se registre un incumplimiento cualquiera, para que la persona que ha contratado con la administración por sí y ante sí deje de cumplir con sus deberes jurídicos. Así, y por vía de ejemplo, si la administración está obligada a poner a disposición del contratista el terreno donde se ha de levantar la obra y no lo hace, o no paga el anticipo, cómo pretender obligar a la parte que con esa conducta se ve afectada a que cumpla, así sea pagando por anticipado el precio de su ruina? A estos extremos no se

²⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 80 (28 de octubre de 1993) Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993.

²⁶ OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Acto y del Negocio Jurídico. Séptima Edición. Editorial Temis. Bogotá – Colombia 2005. Pág. 578.

puede llegar, pues los principios generales que informan la contratación administrativa, tales como el de la buena fe, la justicia, etc., lo impiden. Será el juez, en cada caso concreto, el que valorará las circunstancias particulares del caso para definir si la parte que puso en marcha la exceptio non adimpleti contractus se movió dentro del marco de la lógica de lo razonable o no.²⁷

En similar sentido se ha pronunciado la sala en sentencia reciente, donde se establece que el requisito fundamental de aplicación de la excepción es la ocurrencia de un incumplimiento que impida al contratista cumplir con el objeto contractual:

“Se permite con un tratamiento restringido la exceptio non adimpleti contractus (art. 1609 del C.C.), como regla de equidad en los contratos de los que se derivan obligaciones correlativas para ambas partes y que resulta aplicable en el ámbito de la contratación estatal por remisión del artículo 13 de la ley 80 de 1993, pero que, en aras de armonizar la prevalencia del interés público o la continuidad del servicio público con el interés jurídico del particular, **no tiene el alcance amplio de que goza en la contratación entre particulares, sino que en el contencioso administrativo contractual está limitada únicamente a aquellos eventos en que el incumplimiento imputable a la entidad pública sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones, siendo en ese caso procedente que éste la pueda alegar y suspender el cumplimiento de sus obligaciones.** Por eso, del artículo 1609 del C.C. antes mencionado se extrae la regla en virtud de la cual no es permitido ni admisible que una de las partes del contrato exija a la otra que satisfaga sus obligaciones, mientras ella misma no lo haya hecho, en tanto que sería injusto permitir o patrocinar que quien no ha cumplido las obligaciones que correlativamente asumió, pudiera reclamar del otro que tampoco ha cumplido lo acordado. En conclusión, en los contratos bilaterales o conmutativos-como son comúnmente los celebrados por la Administración-, teniendo en cuenta la correlación de las obligaciones surgidas del contrato y la simetría o equilibrio de prestaciones e intereses que debe guardar y preservarse, la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro por una conducta alejada del contenido del título obligacional debe demostrar que, habiendo cumplido por su parte

²⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 31 de enero de 1991. Consejero Ponente: Julio Cesar Uribe Acosta. Expediente 4739

las obligaciones del contrato, su cocontratante no cumplió con las suyas.²⁸ (Negrilla fuera del texto)

Pues bien, la posibilidad de ejercer esta excepción reviste gran importancia, pues permite al contratista abstenerse de ejecutar las prestaciones por él asumidas, cuando se ha constatado un incumplimiento grave por parte de la entidad contratante, sin que esta pueda hacer ejercicio de las facultades exorbitantes como la declaratoria de caducidad o la imposición de multas. Así lo ha expresado el Consejo de Estado:

La **exceptio non adimpleti contractus**, además de estar prevista en el ordenamiento jurídico (art 1609 Código Civil), es una regla de equidad que orienta los contratos fuente de obligaciones correlativas, aplicable en el ámbito de la contratación estatal por remisión del artículo 13 de la ley 80 de 1993 (...) en el evento de que se prueben las condiciones que configuran la excepción de contrato no cumplido, se desdibuja el incumplimiento del contratista en que se funda la declaratoria de caducidad del contrato, pues conforme lo establece el artículo 1609 del C.C., el contratista no está obligado a cumplir sus obligaciones cuando su co-contratante incumplió las propias. En otras palabras, dentro de los efectos que produce la presencia de la excepción de contrato no cumplido, **está la imposibilidad para la administración de ejercitar los poderes exorbitantes que dependen del incumplimiento del contratista, cual es la de declarar la caducidad del mismo o imponer multas.**²⁹ (Negrilla fuera del texto)

En conclusión, tras la exposición de los pronunciamientos judiciales al respecto, es posible afirmar que el contratista que no recibe por parte de la entidad pública el pago del anticipo que ha sido pactado en el contrato puede sustraerse del cumplimiento de las obligaciones adquiridas para con la entidad contratante, amparado en la *exceptio non adimpleti contractus*, cuando dicho incumplimiento hace imposible dar comienzo a la ejecución de los trabajos,

²⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de julio 2009. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Expediente 17.552.

²⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 15 de marzo de 2001. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Expediente 13.415,

2. PROTECCIÓN DEL ANTICIPO

En razón de la importancia jurídica que tiene el anticipo por constituir un dinero público en poder de una particular, se ha hecho necesaria la construcción de una serie de figuras tendientes a la protección de estas sumas. La entidad estatal debe garantizar la vigilancia permanente de los dineros y de la manera como éstos se invierten y en caso de que esto no ocurra con ajuste a derecho debe contarse con un mecanismo expedito para evitar el detrimento del erario público. Para el primero de los objetivos, está consagrada la obligación contractual de presentar planes de inversión del anticipo y, para el segundo de ellos, se consagra la obligación del contratista de presentar unas garantías que sirvan de respaldo económico a su gestión.

Cabe mencionar que no son estos dos mecanismos los únicos con los que cuenta el Estado para la protección del patrimonio público. Son, por lo menos, los que tienen origen en el contrato mismo y, por tanto, las formas más próximas de protección. Por esta razón se incluye en el análisis lo relativo a los tipos penales, así como los procesos de responsabilidad fiscal de funcionarios públicos y contratistas, pues si bien no son mecanismos de protección del anticipo como tal, si lo son del patrimonio público como universalidad.

2.1. PLANES DE INVERSIÓN DEL ANTICIPO

La dinámica contractual, como desarrollo de las prácticas comerciales que diariamente acometen los particulares, ha llevado a que en el común de los contratos donde se contempla la posibilidad de entregar anticipos al contratista, se obligue a éste a presentar a la entidad contratante – o en su defecto a aquel que se encuentre ejerciendo las funciones de interventoría e incluso por estos días la función de supervisión – un plan de inversión del anticipo recibido.

Este tipo de planes supone el ejercicio de detallar todos aquellos rubros en que debe incurrir el contratista para acometer el objeto contractual, así como los tiempos en los cuales ejecutará las inversiones. Los rubros que suelen detallarse son, entre otros –en relación con el tipo de contrato a ejecutar- , los siguientes:

1. Honorarios y/o Salarios y/o Jornales
2. Compra de equipos y/o repuestos
3. Transportes y/o alquiler de maquinaria
4. Compra de materiales y/o insumos y/o accesorios

Estas pautas de inversión que propone el contratista, una vez son aprobadas por el funcionario competente para ello, en virtud de lo consagrado en el contrato, se convierten en el criterio fundamental de evaluación del contratista en lo que tiene que ver con la inversión del anticipo. Así pues, en la medida en que es él a quien se le permite presentar el plan de manejo, podrá la entidad exigirle su cabal cumplimiento, en condiciones de normalidad, claro está.

Como se ha ilustrado con anterioridad, el estatuto contractual solamente indica que la entidad podrá entregar al contratista, a título de anticipo, una suma que no supere el 50% del valor del contrato y que su destinación deberá ser, estrictamente, el objeto del contrato. No determinan sus enunciados normativos, la manera como deberá llevarse a cabo tal inversión, dejando el procedimiento a lo que entidad y contratista, por vía de la autonomía de la voluntad, pacten. Es allí de donde proviene la necesidad de la existencia del mencionado plan de inversión, pues la directriz que marcará el retorno del capital, por vía del proceso de amortización.

Así las cosas, el plan de inversión acordado por las partes, en la medida en que surge de un acto bilateral, las vincula recíprocamente. Sin embargo, ¿el

incumplimiento del plan de inversión será en todo caso un incumplimiento del contrato?. A este cuestionamiento debe darse respuesta contemplando dos escenarios: el primero, donde no se establece en el contrato que el plan de inversión hace parte de este, quedando el acuerdo sobre la manera como se dispondrá el anticipo, como pacto ajeno al contrato estatal; En este caso, no se podría hablar de incumplimiento del contrato. El segundo, donde el contrato establece que el plan de inversión hace parte del contrato, situación en la cual este acuerdo contendría obligaciones que se adicionan a las establecidas en el contrato principal. En ese último caso, incumplido el plan de inversión, en tanto es una extensión de las obligaciones contractuales, se estará en presencia de un verdadero incumplimiento contractual.

2.2. GARANTÍAS

Bien podemos plantear que, en lo que a la protección del anticipo se refiere, los planes de inversión son mecanismos de carácter preventivo y las garantías son de tipo paliativo, en la medida en que los primeros buscan evitar el detrimento desde una perspectiva *ex ante* y los segundos buscan evitarlo desde una perspectiva *ex post*. A estos últimos podríamos agregar los mecanismos de derecho penal y administrativos a los que se hacía alusión en acápite anteriores.

Por garantías, en materia de contratos estatales, podemos entender el conjunto de mecanismos por medio de los cuales se garantiza el cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las entidades públicas con ocasión de (i) la presentación de los ofrecimientos, y (ii) los contratos y de su liquidación; (iii) así como los riesgos a los que se encuentran expuestas las entidades públicas contratantes derivados de la responsabilidad extracontractual que para ellas pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y

subcontratistas, de conformidad con el artículo 1º del Decreto Nacional 4828, reglamentario del artículo 7º de la ley 1150 de 2007³⁰:

ARTÍCULO 1º. Campo de aplicación. Las disposiciones del presente decreto regulan los mecanismos de cobertura del riesgo en los contratos regidos por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, por medio de los cuales se garantiza el cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las entidades públicas con ocasión de (i) la presentación de los ofrecimientos, y (ii) los contratos y de su liquidación; (iii) así como los riesgos a los que se encuentran expuestas las entidades públicas contratantes derivados de la responsabilidad extracontractual que para ellas pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 1150 de 2007, sin perjuicio de las disposiciones especiales propias de cada uno de los instrumentos jurídicos aquí previstos.

Las normas contenidas en el presente capítulo son aplicables a todos los mecanismos de cobertura del riesgo señalados en el presente decreto.

Parágrafo. El presente decreto no contiene reglamentación sobre los riesgos a que se refiere el artículo 4º de la Ley 1150 de 2007.³¹ (Negrilla fuera del texto)

³⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1150 de 2007 (16 de julio) Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. **Artículo 7º. De las garantías en la contratación.** Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.

³¹ COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 4828 (24 de diciembre) por el cual se expide el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública.

Como conjunto de mecanismos, ello implica que existen varias figuras que pueden utilizarse por un contratista para garantizar las obligaciones propias de su contrato y en general, amparar los riesgos mencionados en el aparte citado. Es así como este Decreto establece en su artículo 3º, que pueden utilizarse los siguientes medios de coberturas de los riesgos mencionados:

ARTÍCULO 3º. Clases de garantías. En los procesos de contratación los oferentes o contratistas podrán otorgar, como mecanismos de cobertura del riesgo, cualquiera de las siguientes garantías:

3.1 Póliza de seguros

3.2 Fiducia mercantil en garantía

3.3 Garantía bancaria a primer requerimiento

3.4 Endoso en garantía de títulos valores

3.5 Depósito de dinero en garantía.

Lo anterior, sin perjuicio de que la responsabilidad extracontractual de la administración derivada de las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas sólo puede ser amparada mediante póliza de seguro.

El monto, vigencia y amparos o coberturas de las garantías se determinarán teniendo en cuenta el objeto, la naturaleza y las características de cada contrato, los riesgos que se deban cubrir y las reglas del presente decreto.

En los procesos de contratación, las personas naturales o jurídicas extranjeras sin domicilio o sucursal en Colombia podrán otorgar, como garantías, **cartas de crédito stand by** expedidas en el exterior.³²
(Negrilla fuera del texto)

Así mismo, y siendo la parte que interesa verdaderamente al presente escrito, los mecanismos anteriores deben destinarse al amparo de los riesgos propios del incumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato. Una de ellas es el buen manejo y correcta inversión del anticipo:

ARTÍCULO 4º. Riesgos a amparar derivados del incumplimiento de obligaciones. La garantía deberá amparar los perjuicios que se deriven

³² Ibidem. Artículo 3º.

del incumplimiento del ofrecimiento o del incumplimiento del contrato, según sea el caso, y que, de manera enunciativa se señalan en el presente artículo:

(...)

4.2 Riesgos derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales:

La garantía de cumplimiento de las obligaciones cubrirá los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del contratista, así:

4.2.1 Buen manejo y correcta inversión del anticipo. El amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo cubre a la entidad estatal contratante, de los perjuicios sufridos con ocasión de (i) la no inversión; (ii) el uso indebido, y (iii) la apropiación indebida que el contratista garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo para la ejecución del contrato. Cuando se trate de bienes entregados como anticipo, estos deberán tasarse en dinero en el contrato.³³ (Negrilla fuera del texto)

De conformidad con lo que se viene de anotar, dado el caso de que el contratista no invierta, use indebidamente o se apropie los dineros recibidos a título de anticipo – que dicho sea de paso son tres categorías que bien podrían resumirse en una sola, a saber, incorrecta inversión, pero que políticamente se encuentra justificada su diferenciación a efectos de denotar lucha frontal contra fenómenos de corrupción – queda facultada la entidad pública para afectar la garantía y poder así, *ex post facto*, conjurar el detrimento patrimonial del erario público.

Fue también objeto de regulación por el mencionado Decreto, el límite de cobertura del riesgo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, estableciendo que las garantías deben asegurar – léase cubrir- el 100% del valor recibido por este concepto. Ello tiene sustento en que por tratarse de un dinero público debe tenerse la total seguridad de su retorno integral, sea por vía de la amortización o por vía de la indemnización. Así lo ha previsto el artículo 7 del decreto 4828 de 2008, también relativo al pago anticipado:

³³ *Ibidem*. Artículo 4º

ARTÍCULO 7°. Suficiencia de la garantía. Para evaluar la suficiencia de la garantía se aplicarán las siguientes reglas:

7.1 Seriedad del Ofrecimiento. El valor de esta garantía no podrá ser inferior al diez por ciento (10%) del monto de las propuestas o del presupuesto oficial estimado, según se establezca en los pliegos de condiciones, y su vigencia se extenderá desde el momento de la presentación de la oferta hasta la aprobación de la garantía que ampara los riesgos propios de la etapa contractual.

(...)

7.2 Buen manejo y correcta inversión del anticipo. El valor de esta garantía deberá ser equivalente al cien por ciento (100%) del monto que el contratista reciba a título de anticipo, en dinero o en especie, para la ejecución del contrato y, su vigencia se extenderá hasta la liquidación del contrato.

7.3 Pago anticipado. El valor de esta garantía deberá ser equivalente al ciento por ciento (100%) del monto que el contratista reciba a título de pago anticipado, en dinero o en especie, y su vigencia se extenderá hasta la liquidación del contrato.³⁴ (Negrilla fuera del texto)

Cabe resaltar la importancia que tiene la vigencia establecida para la cobertura de este riesgo. Se establece que la vigencia se extenderá hasta la liquidación del contrato, momento en el cual las partes intervinientes cierran cuentas. Solo hasta ese momento tienen ellas la certeza absoluta de los costos de ejecución, de las cargas recíprocas y de los saldos a favor y en contra. Por ello, es importante que hasta este momento pueda permitirse la afectación de la garantía, en la medida en que en este momento pueden surgir situaciones de irregularidad, que bien podrían fundamentar la afectación de la garantía. Una vigencia más corta podría dejar a la entidad contratante sin este mecanismo próximo de protección ante un acto de incorrecta inversión, facilitando la ocurrencia de un detrimento patrimonial.

El mencionado decreto estableció el procedimiento que debe adelantar la entidad para hacer efectivas las garantías, diferenciando los supuestos de hecho en los cuales puede efectuarse la reclamación al garante, a saber: caducidad, multa o

³⁴ *Ibidem.* Artículo 7º.

incumplimiento. En los tres casos, es recurrente el requisito de respeto al debido proceso, principio rector de las actuaciones tanto judiciales como administrativas, razón por la cual, en virtud del artículo 29 de la Constitución Política³⁵, debe respetarse esta garantía fundamental.

ARTÍCULO 14. Efectividad de las garantías. Cuando se presente alguno de los eventos de incumplimiento cubiertos por las garantías previstas en este decreto, la entidad contratante procederá a hacerlas efectivas de la siguiente forma:

14.1 En caso de caducidad, **una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante**, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual, además de la declaratoria de caducidad, procederá a hacer efectiva la cláusula penal o a cuantificar el monto del perjuicio y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.

14.2 En caso de aplicación de multas, **una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante**, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual impondrá la multa y ordenará su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.

14.3 En los demás casos de incumplimiento, **una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante** proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual declarará el incumplimiento, procederá a cuantificar el monto de la pérdida o a hacer efectiva la cláusula penal, si ella está pactada y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye la reclamación en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.³⁶ (Negrilla fuera del texto)

³⁵ COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. **Artículo 29:** El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

(...)

³⁶ COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 4828 (24 de diciembre) por el cual se expide el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública.

La entidad pública que entrega un anticipo, en tanto se trata de un dinero público cuya administración ha sido conferida a un particular, con una destinación específica, requiere garantizar que el dinero entregado retorne a su poder cuando se constate que no ha sido invertido correctamente. Por ello, los enunciados normativos que componen el estatuto contractual han previsto el sistema de garantías como mecanismo paliativo para procurar por que no exista detrimento del erario público.

2.3. RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA, EMANADA DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ANTICIPO

La importancia de establecer como nota característica del anticipo que se trata de un dinero público cuya administración fue conferida al contratista, más allá de que ayuda a establecer qué ocurre con los rendimientos financieros que se produzcan en manos del contratista, consiste en que permite determinar, en gran medida, la trascendencia que tiene un comportamiento indebido sobre dicho objeto, de cara a sistemas sancionadores como el derecho penal y el derecho administrativo.

Corresponde estudiar las diferentes clases de responsabilidades en que incurre el contratista que maneja indebidamente los dineros recibidos como anticipos. Ellas pueden ser: contractual, penal, disciplinaria y fiscal

2.3.1. Responsabilidad contractual

Es uno de los primeros mecanismos de control secundario con que cuenta la administración para garantizar la protección del patrimonio público. El contratista, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 80 de 1993, responderá civilmente por las actuaciones contractuales, por acción u por omisión, que causen perjuicios a la entidad contratante o a terceros, lo que implica el deber de reparar a quienes

sufran algún perjuicio derivado de dicho actuar, como desarrollo del principio de responsabilidad contenido la mencionada ley:

Artículo 52º.- *De la Responsabilidad de los Contratistas* Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley. Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7o. de esta Ley.³⁷

Determinar la responsabilidad que recae en cabeza del contratista, derivada del indebido manejo que éste le proporcione al anticipo, resulta ser un tema complejo, debido a la ausencia de normas que regulan el tema. Por lo anterior, se hace indispensable determinar las obligaciones a cargo del contratista cuyo objeto es el anticipo, para exponer posteriormente los medios a través de los cuales la administración puede solicitar la reparación, ante un mal uso del anticipo.

Habiendo ya tratado el tema con anterioridad, se puede dejar claro en este punto que la recepción del anticipo, salvo pacto adicional entre las partes, grava al contratista con dos obligaciones, a saber: i) invertirlo correctamente, esto es, exclusivamente en el objeto del contrato y ii) restituirlo a la entidad propietaria. Lo anterior, se reitera, bajo el supuesto de que el contrato no haya incorporado el plan de inversión, de existir, como parte de este. De lo contrario, adicionalmente a las citadas obligaciones, se adquieren como mínimo otra: invertirlo con sujeción al plan acordado por las partes.

En consecuencia de lo que se viene de anotar, en el primero de los supuestos, la eventual responsabilidad contractual del contratista solo podría materializarse bien cuando no se invierta el dinero en el objeto del contrato, o bien cuando no se restituya el anticipo. En cambio, en el segundo de los supuestos, la responsabilidad contractual del contratista derivaría, no solo de los dos eventos

³⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 80 (28 de octubre de 1993) Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993.

genéricos, sino además de la inobservancia al plan de inversión, en cuanto al procedimiento que las partes han acordado acerca de cómo se invertirá el dinero entregado.

En Colombia, por regla general, la declaratoria de responsabilidad corresponde al poder judicial y no a las partes en conflicto. Sin embargo, por ser parte en los contratos estatales una entidad pública, no siempre será necesario acudir al juez del contrato para que declare la responsabilidad de uno de los sujetos y, por ende, para que sean exigibles los perjuicios derivados de ella. Las entidades públicas cuentan con facultades que las ponen en una situación de superioridad jerárquica respecto de los administrados, siendo una de ellas la facultad de imponer multas y declarar el incumplimiento del contrato.

La Ley 1150 de 2007, consagra el mecanismo por medio del cual la entidad debe proceder a la imposición de multas y a la declaratoria de incumplimiento del contrato, dentro del cual debe garantizarse el mandato constitucional de respeto al debido proceso, para poder hacer exigible la cláusula penal que eventualmente pudo ser pactada en el contrato. Allí se destacan dos temas: el primero, que las multas y la declaratoria de incumplimiento solo podrán imponerse al contratista cuando éstas y la obligaciones de cuya inobservancia emana el fundamento para imponerlas, estén expresamente pactadas por las partes dentro del contrato; el segundo, que la declaratoria de incumplimiento tiene la exclusiva finalidad de hacer efectiva la cláusula penal pactada en el contrato.

Artículo 17. *Del derecho al debido proceso.* El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, **tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.**

Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. **Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.**

Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.³⁸ (Negrilla fuera del texto)

Por su parte, la reciente Ley 1474 de 2011, reiteró la facultad de la entidad contratante de declarar el incumplimiento del contrato cuantificando los perjuicios del mismo, imponer multas o sanciones que hayan sido pactadas en el contrato y hacer efectiva la cláusula penal, perfeccionando el procedimiento por medio del cual se deben hacer tales declaratorias.

ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora

³⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1150 de 2007 (16 de julio) Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.³⁹

Así mismo, la entidad contratante cuenta con la facultad de acudir al juez del contrato para solicitar la declaratoria de incumplimiento y la condena al pago de perjuicios y el valor pactado como cláusula penal, por vía de la acción de controversias contractuales, prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo. A su vez, el contratista que sea objeto de una declaratoria de multa o incumplimiento, por vía de esta acción podrá controvertir dichos actos, cuando estime que no se ajustan a derecho.

³⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1474 de 2011 (julio 12) Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Publicada en el Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011.

En conclusión, el contratista responderá ante la entidad contratante por los perjuicios que le cause al no invertir el anticipo en el objeto del contrato o al no restituirlo en las formas previstas por el contrato. También lo hará, cuando no se invierta el anticipo de conformidad a lo acordado por las partes en el plan de inversión, siempre que ste se encuentre incorporado al contrato. La entidad pública está en capacidad de compeler al contratista a la indemnización de dicho perjuicios, por vía de la declaratoria de incumplimiento, siempre y cuando se reúnan los requisitos necesarios para que se haga exigible la cláusula penal, requisito *sine qua non* para dicha declaratoria.

2.3.2. Responsabilidad penal

Valga aclarar en este momento que, en virtud del artículo 56 de la ley 80 de 1993, los contratistas son cobijados bajo el concepto que de *servidor público* trae el Código Penal, por lo que se hacen sujetos activos de los delitos que solo pueden ser cometidos por estos funcionarios:

ARTÍCULO 56. DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PARTICULARES 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 celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, **estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.**⁴⁰ (Negrilla fuera del texto)

En primer lugar ha de establecerse con claridad si el contratista, en virtud de la celebración de un contrato estatal, se convierte por ello en un servidor público y, por tanto, en sujeto activo de los delitos que ellos pueden cometer.

⁴⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 80 (28 de octubre de 1993) Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993.

El respecto, la Corte Constitucional se ha pronunciado frente a la responsabilidad penal de los particulares vinculados contractualmente con la administración, estableciendo que para que efectivamente se presente una equiparación de responsabilidad del particular a la de servidor público, el primero debe estar asumiendo el ejercicio de una función pública:

Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública.

Lo anterior es evidente, si se observa que el propósito de la entidad estatal no es el de transferir funciones públicas a los contratistas, las cuales conserva, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, en aras de realizar materialmente los cometidos públicos a ella asignados. Por lo tanto, por ejemplo, en el contrato de obra pública el contratista no es receptor de una función pública, su labor que es estrictamente material y no jurídica, se reduce a construir o reparar la obra pública que requiere el ente estatal para el alcanzar los fines que le son propios. Lo mismo puede predicarse, por regla general, cuando se trata de la realización de otros objetos contractuales (suministro de bienes y servicios, compraventa de bienes muebles, etc.).⁴¹

Continuando con el análisis, la Corte comprende que es posible que, en consideración al particular objeto de cada contrato, el contratista pueda asumir el ejercicio de funciones públicas, de manera excepcional, caso en el cual se tendrá como un servidor público para efectos de la responsabilidad penal que a estos les atañe:

Sin embargo, conviene advertir que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 563 de 1998. Magistrados Ponentes: Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz.

administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc.

En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador.⁴²

Siguiendo la regla general, el contratista, en tanto su labor puede ser enmarcada dentro del ámbito estrictamente material, no cumple función pública y, en consecuencia, no reúne los requisitos establecidos en el artículo 56 de la ley 80, según lo ya expuesto por la Corte Constitucional. En ese orden de ideas, mientras no cumpla funciones públicas, no podrá ser sujeto activo de los delitos reservados en su comisión a los servidores del Estado.

Si ello es así, de cara al indebido manejo e incorrecta inversión del anticipo por parte del contratista, las conductas de relevancia jurídico-penal no podrían, en principio, circunscribirse a las figuras contenidas en el capítulo del peculado, en tanto ellas contienen un sujeto activo calificado, el servidor público. Se dice que en principio, porque la regla general es que el contratista no desempeña, con ocasión del contrato, una función pública, supuesto necesario para que se le aplique el régimen del servidor público. Sin embargo, existen contratos que, para el logro de su finalidad, le confieren el ejercicio de función pública a su ejecutor, supuesto en el que estará este sujeto tiene la condición de servidor público.

El Código Penal Colombiano, contenido en la ley 599 de 2000, expedida con posterioridad a la ley 80 de 1993, consagra en su artículo 20 el concepto de servidor público, con el cual se definen las calidades que debe reunir determinada persona para ser sujeto activo de determinados tipos penales. Destaca en tal definición, que en lo que a particulares respecta, solo serán considerados servidores públicos en la medida en que, o bien desempeñen funciones públicas

⁴² Ibidem.

de manera permanente o transitoria – en consonancia con lo que se ha venido sosteniendo por la Corte Constitucional -, o bien cuando administran recursos provenientes de la potestad impositiva del Estado, en los términos contenidos en el artículo 338 del Constitución Política⁴³.

ARTICULO 20. SERVIDORES PUBLICOS. Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, **los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria**, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338⁴⁴ de la Constitución Política.⁴⁵ (Negrilla fuera del texto)

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, se ha pronunciado sobre la asimilación del particular a servidor público, guardando consonancia con la posición de la Corte Constitucional, esto es, estableciendo que la asimilación procede, si y solo si, el particular se encuentra investido de la facultad de ejercer una función pública:

⁴³ COLOMBIA. CONSTITUCIÓN PÓLITICA DE COLOMBIA. Publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. **Artículo 338.** En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.

La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.

Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.

⁴⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 de 2000 (julio 24) Por medio de la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000.

“el contratista, el interventor, el consultor y el asesor que celebran contratos con las entidades estatales, solo adquieren la condición de servidores públicos por extensión cuando con motivo del vínculo contractual asumen funciones públicas, es decir, cuando el contrato implica la transferencia de una función de esta naturaleza, no cuando su objeto es distinto, como sucede cuando se circunscribe a una labor simplemente material, casos en los cuales continúan teniendo la condición de particulares”. ⁴⁶ (Negrilla fuera del texto)

En este punto, si bien se ha establecido con claridad el criterio determinante para que pueda endilgarse responsabilidad penal a un particular asimilándolo a servidor público, será el análisis del caso concreto el que permita dilucidar el tipo penal al cual se adecua la conducta del particular.

Así las cosas, la determinación de si el particular cumple funciones públicas o no, servirá para establecer el tipo penal al cual se adecua su conducta. La doctrina y la jurisprudencia, han centrado su discusión – en vigencia del actual Código Penal – entre los delitos de peculado por apropiación y el abuso de confianza calificado. El primero, reservado para aquellos casos en los cuales el particular ejerza de manera temporal o permanente funciones públicas; el segundo, por el contrario, reservado para aquellos casos en los cuales el particular no ejercer función pública. Los tipos penales mencionados se encuentran contenidos en los artículos 249, 250, 267 y 397 del Código Penal colombiano:

ARTICULO 249. ABUSO DE CONFIANZA. El que se apropie en provecho suyo o de un tercero, de cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un título no traslativo de dominio, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses y multa hasta de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

⁴⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación de 27 de julio de 2006. Radicación 23872. Extracto contenido en CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Sentencia del nueve (9) de mayo de dos mil siete (2007).

Si no hubiere apropiación sino uso indebido de la cosa con perjuicio de tercero, la pena se reducirá en la mitad.

ARTICULO 250. ABUSO DE CONFIANZA CALIFICADO. La pena será prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses, y multa de cuarenta (40) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes si la conducta se cometiere:

1. Abusando de funciones discernidas, reconocidas o confiadas por autoridad pública.

2. En caso de depósito necesario.

3. Sobre bienes pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la totalidad o la mayor parte, o recibidos a cualquier título de éste.

4. Sobre bienes pertenecientes a asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales.

ARTICULO 267. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION. Las penas para los delitos descritos en los capítulos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta se cometa:

1. Sobre una cosa cuyo valor fuere superior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, o que siendo inferior, haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida su situación económica.

2. Sobre bienes del Estado.

(...)

ARTICULO 397. PECULADO POR APROPIACION. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses e inhabilitación para el ejercicio de

derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.⁴⁷ (Negrilla fuera del texto)

2.3.2.1. Evolución jurisprudencial sobre la responsabilidad penal del contratista

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha proferido en múltiples ocasiones fallos cuyo objeto de decisión es la responsabilidad penal derivada de la apropiación del anticipo por parte del contratista. En ellos, si bien parece haber uniformidad en los planteamientos, en cuanto a las circunstancias que permiten aplicar por extensión la responsabilidad del servidor público al particular, la dificultad radica en la concepción de función pública que ha manejado la sala en diferentes momentos.

Previo a la exposición de dos de los fallos más representativos sobre el particular, es necesario anotar que con anterioridad a la expedición de la ley 599 de 2000, el Código Penal vigente para la época consagraba un tipo penal denominado “peculado por extensión” cuya descripción típica era la siguiente:

ARTÍCULO 138. PECULADO POR EXTENSIÓN. También incurrirá en las penas previstas en los artículos anteriores, el particular que realice cualesquiera de las conductas en ellos descritas sobre bienes:

1- Que administre o tenga bajo su custodia perteneciente a empresas o instituciones en que el estado tenga mayor parte o recibidos a cualquier título de éste.

2- Que recaude, administre o tenga bajo su custodia, pertenecientes a asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales.⁴⁸ (Negrilla fuera del texto)

El primer fallo bajo examen es la sentencia del veintisiete de abril de dos mil cinco, Magistrado Ponente Hermán Galán Castellanos. La conducta objeto de estudio en

⁴⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 de 2000 (julio 24) Por medio de la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000.

⁴⁸ COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. Decreto 100 de 1980 (23 de enero) Por medio del cual se expide el nuevo Código Penal.

el fallo de casación es la apropiación por parte de un contratista de parte de los dineros recibidos a título de anticipo por parte de la entidad contratante⁴⁹. En ella se explica con claridad el tránsito legislativo por medio del cual se limitó la vigencia del artículo donde se incluía el peculado por extensión y se incluyó en los supuestos de calificación del abuso de confianza.

El peculado por apropiación en la modalidad de extensión a que se viene haciendo referencia perdió su autonomía con el nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000), pues, de un delito contra la administración pública pasó a ser uno contra el patrimonio económico, en la modalidad de abuso de confianza calificado -artículo 250-, o abuso de confianza agravado -artículo 267-, cuando se comete sobre bienes del Estado, pero en éste último caso, si la acción recae sobre bienes cuyo titular es el Estado, el abuso no puede ser calificado y agravado al mismo tiempo, pues se vulneraría el principio del non bis in ídem.⁵⁰

La Corte, en esta oportunidad, reconoció que, en tanto el objeto del contrato imponía al contratista la obligación de adelantar una labor estrictamente material, la apropiación indebida del anticipo recibido en virtud del contrato, debería encajar y enjuiciarse conforme al tipo penal de abuso de confianza calificado, considerando que el contratista no debe ser visto como servidor público, en tanto no tiene desempeño de funciones públicas, sino que, desarrolla labores meramente materiales, que no constituyen transferencia de funciones tendientes al alcance del objeto de la entidad, pues el particular opera como un mero instrumento para la consecución de sus fines.

La labor que debía ejecutar CÉSAR ALEJANDRO MARTÍNEZ HERRERA, **era estrictamente de carácter material**, vinculada con la mano de obra, el suministro e instalación de celdas para el control, manejo y protección de las bombas, tarea que fue asignada por el Instituto Nacional de Adecuación de Tierras (INAT) mediante resolución

⁴⁹ El objeto del contrato dentro del cual el contratista se apropió de los recursos fue definido en el fallo así: “El contrato 201 suscrito el 27 de julio de 1998 entre el director del INAT (Regional 7 del Huila y Caquetá), asignado a CÉSAR ALEJANDRO MARTÍNEZ HERRERA, tenía por objeto “el suministro e instalación de materiales en sitio para celdas de carro extraíble para control, manejo y protección de las bombas 3 y 4 de la Estación de Bombeo I Distrito el Juncal”.

⁵⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación de veintisiete (27) de abril de dos mil cinco (2005). M.P. Herman Galán Castellanos. Proceso No 19562. Bogotá, D.C.

104 del 24 de julio de 1998 (fl.50 y ss). Se colige de lo anterior, que dicho acto administrativo no **convirtió al contratista en delegatario de las funciones del HINAT, sino en un instrumento para que la entidad, a través de la actividad contratada, cumpliera el objeto social que le correspondía.**

(...)

Confrontadas las funciones públicas que cumple el INAT con el objeto del contrato 201 del 27 de julio de 1998, se tiene que, el citado Establecimiento Público no transfirió a CÉSAR ALEJANDRO MARTÍNEZ HERRERA la posibilidad de cumplir transitoria o permanentemente alguna de las funciones asignadas que implicaran responsabilidades públicas, **debido a que la labor se agotaba con la ejecución material, sin que ello prolongara en cabeza del contratista el cumplimiento de los cometidos del INAT.**

(...)

En este caso, la imputación corresponde al **abuso de confianza calificado**, por haber recaído la conducta sobre bienes del Estado (artículo 250-3) del C.P. (...) ⁵¹ (Negrilla fuera del texto)

En segundo lugar, se encuentra un fallo proferido por la misma corporación, el nueve de mayo de 2007 y cuyo magistrado ponente fue Julio Enrique Socha Salamanca. En esta sentencia, nuevamente se recoge el criterio expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-563 de 1998, expresando que solo es extensible el régimen aplicable a los servidores públicos, cuando el particular se encuentra investido total o parcialmente con una función pública. Sin embargo, esta sentencia contiene unos planteamientos que ameritan discusión, en tanto expresa un concepto de función pública contrario al que fundamenta el mencionado fallo de constitucionalidad a que se ha hecho alusión.

Nuevamente, juzga la Corte a un contratista de obra pública, quien contrató con el Ministerio de Transporte, la construcción de un muelle en un río en el departamento del Meta, por haberse apropiado de un anticipo recibido con ocasión de la suscripción de una adición al contrato inicial.

⁵¹ Ibidem

La corporación en esta oportunidad introduce un concepto adicional al planteado en el fallo anterior. No es suficiente analizar la naturaleza del objeto del contrato, pues debe considerarse también la entidad con la que se contrata, para determinar si el objeto del contrato contiene la transferencia de prerrogativas propias del deber público.

Por manera que en cada caso se deberá analizar la naturaleza de la función asignada, para que siempre que sea pública se predique la responsabilidad penal del contratista como si fuera servidor estatal, mayor análisis que se debe exigir también cuando se trata del contrato de obra pública, pues no es dable generalizar y hacer tabla rasa en el sentido de que por ser una labor netamente material no se le trasfieren funciones públicas al particular, **porque también será necesario estudiar el órgano o entidad contratante a fin de precisar si como en este caso, dentro de sus funciones tiene la ejecución de la obra pública.**⁵² (Negrilla fuera del texto)

Este requisito adicional, implica que deba realizarse un análisis particularizado de la circunstancia dentro de la cual se desenvuelve la apropiación. Así, en opinión de La Corte, no basta con determinar que existe el desempeño de una labor material, para concluir que no hay transferencia de funciones públicas al particular, pues, es posible, que la ejecución de una labor netamente material, dependiendo de la entidad que la contrate y del objeto del contrato a realizar, pueda, en sí misma, constituir el ejercicio de una función pública.

Analizando el caso concreto, a la luz del planteamiento expuesto en términos generales, La Corte concluye que la conducta desplegada por el enjuiciado, encaja en un peculado por apropiación, en tanto es un particular que, en ejecución de un contrato celebrado con una entidad pública, estuvo investido transitoriamente de función pública, en tanto el objeto contractual implicaba la

⁵² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del nueve (9) de mayo de dos mil siete (2007). M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Radicación 22683.

transferencia de una actividad asignada por el ordenamiento jurídico a la entidad misma. Así lo expresó La Corte:

Hechas las anteriores precisiones legales y contractuales, la Sala encuentra acertada la adecuación típica del comportamiento desplegado por ENRIQUE GALINDO MONJE **al delito de peculado por apropiación**, porque como lo resaltaron los juzgadores, si bien de acuerdo con el fallo de la Corte Constitucional (Sentencia C-563 de 1998) **el particular se asimila al servidor público no por su nexo con el Estado, sino por la naturaleza jurídica de la función encomendada, si se entiende la función pública como el conjunto de actividades desarrolladas por el Estado a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes y demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines**, era claro que en este caso le fue atribuida al contratista una función pública inherente al Ministerio de Transporte, como órgano encargado de la infraestructura vial, que no es cosa distinta a la construcción y mantenimiento de las redes de transporte entre las que se encuentra las redes fluviales precisamente en relación con la construcción del muelle en el río Meta que fuera contratado.⁵³ (Negrilla fuera del texto)

También justifica el fallo porque se hace imposible encajar la conducta dentro del tipo de abuso de confianza, pues, en consideración de la Corte, el contratista estaba desempeñando funciones públicas mientras daba ejecución al contrato:

Es cierto que en el abuso de confianza la acción de apropiación recae sobre bienes que han entrado a la órbita de tenencia del sujeto por un título precario o no traslativo de dominio, ello implica en consecuencia, la necesaria entrega de la cosa mueble por parte del titular al agente, saliendo así el bien de manera voluntaria de su esfera de custodia y vigilancia, **sin embargo, no se debe desatender que, como ya se anotó, la clase de labor desempeñada ubica al contratista como particular que cumplía transitoriamente funciones públicas**, además, la entrega de esos dineros encaminados a cumplir el plan previsto para el anticipo, no los hacía perder su carácter de dineros públicos, pues lo conservaban hasta el momento de su amortización mediante la ejecución de las obras contratadas.⁵⁴ (Negrilla fuera del texto)

⁵³ Ibídem

⁵⁴ Ibídem

El fallo es claro al concluir que no es posible afirmar que porque existe una labor material ello quiere decir, necesariamente, que no existe transferencia de una prerrogativa pública. Sin embargo, existen algunas observaciones pertinentes al respecto: 1) Todo contrato que celebre una entidad pública tiene una finalidad remota, cual es el alcance de los fines consagrados por el ordenamiento jurídico. Seguir el planteamiento de la Corte en conjunto con la consideración anterior, implicaría que todo contratista ejerce, en última instancia, función pública, lo cual es absurdo; y 2) El contratista, por regla general, es un mero instrumento por medio de cual el Estado desarrolla las actividades que, por su particular especialidad, no puede desarrollar *per se*. Por este motivo, estando el particular, no como un representante del Estado en la ejecución de una función pública, sino como un medio del cual se vale el Estado para lograr sus fines, no puede concluirse que el contratista adelanta funciones públicas porque el objeto de su contrato sea el reflejo de las funciones asignadas a una entidad estatal.

El criterio de la Corte, que en principio parece acertado, en tanto no se conforma con esa idea inicial de que la función pública se excluye por la ejecución de labores meramente materiales, requiere una anotación adicional: no ejerce función pública el contratista cuyo objeto contractual comporte tan solo un medio para que el Estado pueda ejecutar una función pública. Así lo ha establecido la Corte Constitucional en sentencia C-563 de 1998:

Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública.

Lo anterior es evidente, si se observa que el propósito de la entidad estatal no es el de transferir funciones públicas a los contratistas, las cuales conserva, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, en aras de realizar materialmente los cometidos públicos a ella asignados (...).

(...)

En las circunstancias descritas, el contratista se constituye en un colaborador o instrumento de la entidad estatal para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos, pero no en un delegatario o depositario de sus funciones.⁵⁵

Por el contrario, el contratista ejerce verdaderamente una función pública cuando actúa en nombre y representación del Estado, para la ejecución de una función específica de quien lo contrata. Por lo anterior, es que la Corte Constitucional en sentencia C-563 de 1998 enlista como ejemplos de contratistas que ejecutan función pública los contratos de concesión, de administración delegada, prestación de servicios públicos, el recaudo y administración de bienes públicos, porque allí, el contratista es un verdadero representante del Estado, en ejercicio de una función asignada por el ordenamiento jurídico a la entidad pública contratante.

En consecuencia, es el análisis del asunto particular el que permite determinar en cual tipo penal encaja una conducta de apropiación del anticipo, pues cabe la posibilidad de dar aplicación tanto al peculado por apropiación como al abuso de confianza, siempre que se cumplan el requisito indispensable de que el particular ejerza, parcial o totalmente, una función pública.

2.3.3. Responsabilidad fiscal

La Ley 80 de 1993 establece en su artículo 52⁵⁶ las modalidades de responsabilidad imputables al contratista, circunscribiéndolas al aspecto civil y penal, sin mencionar en ninguno de sus apartes que el contratista responde

⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 563 de 1998. Magistrados Ponentes: Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz.

⁵⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 80 (28 de octubre de 1993) Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. **Artículo 52:** De la Responsabilidad de los Contratistas. Los contratistas responderán **civil y penalmente** por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley. Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7o. de esta Ley.

fiscalmente, razón por la cual deberá trasladarse el estudio a las normas que regulan el control fiscal en Colombia.

La Constitución Política en su artículo 267 establece la definición de control fiscal como aquella función pública encargada de ejercer vigilancia sobre las entidades públicas y particulares que manejen fondos o bienes de la nación.

ARTÍCULO 267. El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.⁵⁷

En desarrollo de tal precepto constitucional, el legislador reguló por medio de la ley 610 de 2000 el procedimiento por vía del cual se adelantan los procesos de control fiscal. Allí puede encontrarse que se define el proceso de responsabilidad fiscal como el conjunto de actuaciones tendientes a determinar la responsabilidad de particulares o entidades públicas que, en ejercicio de gestión fiscal o con ocasión de ella, causan por acción u omisión un daño patrimonial al Estado.

ARTÍCULO 1°. Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer **la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares**, cuando en el ejercicio de la **gestión fiscal** o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.⁵⁸ (Negrilla fuera del texto)

Para precisar el termino gestión fiscal, que constituye factor determinante para establecer las circunstancias dentro de las cuales ha de presentarse la acción u omisión que causa el daño patrimonial al Estado, el artículo 3º de la mencionada ley lo define así:

⁵⁷ COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.

⁵⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 610 de 2000 (agosto 15) Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000.

ARTÍCULO 3°. Gestión fiscal. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los **servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos**, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.⁵⁹ (Negrilla fuera del texto)

Debe también tenerse en cuenta que, el juicio de responsabilidad fiscal busca el resarcimiento del erario público que ha sido afectado con la actuación del presunto responsable fiscal, mediante la imposición de una sanción pecuniaria, como mecanismo de recuperación del dinero, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º de la presente ley:

ARTÍCULO 4°. Objeto de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.⁶⁰

La ley 610 de 2000, en su artículo 61, prevé la posibilidad de que el contratista sea sujeto de control fiscal, estableciendo como uno de los efectos de la declaratoria de responsabilidad fiscal, que las contralorías puedan solicitar a la entidad pública, que se declare la caducidad del contrato, siempre que no se haya terminado el plazo de ejecución y no se haya liquidado el mismo.

⁵⁹ *Ibíd*em

⁶⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 610 de 2000 (agosto 15) Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000.

ARTÍCULO 61. Caducidad del contrato estatal. Cuando en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado.⁶¹

Pues bien, el contratista que recibe anticipo en un contrato estatal, como se ha venido sosteniendo a lo largo del texto, se convierte en un administrador de un dinero público que, en virtud de una obligación contractual, está sujeto a destinar dichas sumas al objeto del contrato. Por lo anterior, podría concluirse que el contratista es un potencial sujeto pasivo de responsabilidad fiscal, en tanto desarrolla una gestión fiscal en los términos previstos en la ley 610 de 2000, teniendo como objeto la declaratoria de caducidad de su contrato, en los términos citados.

En este sentido se ha pronunciado La Contraloría General de la Nación, ente encargado de adelantar el control fiscal en nuestro país, destacando que el contratista, en tanto administra temporalmente un recurso público, adelanta gestión fiscal y, por tanto, es objeto de dicho control:

Así las cosas, esta administración temporal de recursos públicos por parte del contratista, lo convierte en gestor fiscal y por lo tanto, en responsable fiscal, si con su conducta dolosa o culposa, genera daño patrimonial al Estado, consistente en un “menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos, a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines del Estado”^{62 63}

En todo caso en que el contratista desarrolle con recursos públicos alguno de los verbos insertos en el artículo 3º de la Ley 610 de 2000 o alguna otra conducta que implique el manejo o

⁶¹ Ibídem

⁶² Ibídem. Artículo 6º

⁶³ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Concepto Jurídico No. 80112 del 18 de mayo de 2011.

administración de estos recursos, estaremos ante la inminencia de la gestión fiscal.⁶⁴ (Negrilla fuera del texto)

La doctrina también ha apoyado esta posición. Es el caso de AMAYA OLAYA, Uriel Alberto, quien reconoce la calidad de administrador de recursos públicos del contratista y, en consecuencia, estima que de apropiarse de los recursos constitutivos de anticipo, estaría incurriendo en responsabilidad fiscal.

En este caso [refiriéndose al anticipo], se trata de un recurso público administrado contractualmente por un particular-contratista, dentro de las específicas condiciones contractuales pactadas y sujeto a vigilancia por parte de la Administración, la cual implica la supervisión y autorización de los gastos con cargo a él; su disposición en una cuenta especial para cuya disposición debe injerir normalmente el interventor; y además debe estar amparado por una garantía que cubra su buen manejo.

Si el contratista llegare a apropiarse de tales recursos quedaría incurso en una responsabilidad fiscal, dada la naturaleza del anticipo como recurso público, y la condición de administrador que sobre tales recursos tiene el contratista (gestión fiscal).⁶⁵ (Negrilla fuera del texto)

2.3.4. Responsabilidad disciplinaria

Tampoco se establece en la ley 80 de 1993 que el contratista responda disciplinariamente. Por lo que debe acudirse a las normas que regulan la potestad disciplinaria, para determinar si este es un sujeto disciplinable.

El Código Disciplinario Único, contenido en la ley 734 de 2002, en su artículo 53, modificado recientemente por el Estatuto Anticorrupción, enuncia los sujetos disciplinables, estableciendo con particular claridad que lo serán quienes administren bienes del Estado, esto es, aquellos particulares que recaudan,

⁶⁴ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Concepto Jurídico No. 80112 2008 EE 6493. Bogotá, 14 de febrero de 2008.

⁶⁵ AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Teoría de la Responsabilidad Fiscal, Aspectos Sustanciales y Procesales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p254-255.

custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos:

ARTÍCULO 53. SUJETOS DISCIPLINABLES. El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, **y a quienes administren recursos públicos u oficiales.**

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva.⁶⁶ (Negrilla fuera del texto)

Según el artículo que se viene de anotar, los particulares serán objeto de control disciplinario cuando administren recursos públicos u oficiales. Lo serán, cuando recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de *rentas* parafiscales o de *rentas*

⁶⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 734 de 2002 (febrero 5) Por la cual se expide el Código Disciplinario Único. Diario Oficial No. 44.708 de 13 de febrero de 2002

que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

Así las cosas, es pertinente hacer una anotación especial al tema de las rentas públicas, en tanto son ellas las que convierten al particular en sujeto disciplinable. El decreto 111 de 1996, regula todo lo relativo al presupuesto de las entidades pública. En él se definen las cuentas que conforman el presupuesto:

ARTÍCULO 11. El presupuesto general de la Nación se compone de las siguientes partes:

a) **El presupuesto de rentas** contendrá la estimación de los ingresos corrientes de la Nación; de las contribuciones parafiscales cuando sean administradas por un órgano que haga parte del presupuesto, de los fondos especiales, los recursos de capital y los ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional;

b) El presupuesto de gastos o ley de apropiaciones. Incluirá las apropiaciones para la rama judicial, la rama legislativa, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil que incluye el Consejo Nacional Electoral, los ministerios, los departamentos administrativos, los establecimientos públicos y la Policía Nacional, distinguiendo entre gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública y gastos de inversión, clasificados y detallados en la forma que indiquen los reglamentos, y

c) Disposiciones generales. Corresponde a las normas tendientes a asegurar la correcta ejecución del presupuesto general de la Nación, las cuales regirán únicamente para el año fiscal para el cual se expidan (L. 38/89, art. 7º; L. 179/94, arts. 3º, 16 y 71; L. 225/95, art. 1º).⁶⁷ (Negrilla fuera del texto)

Particular atención merece el literal a), donde se establece que el presupuesto de rentas debe detallar ciertos rubros a los que se le reconoce el título de rentas, en tanto son activos patrimoniales líquidos de la nación. Así, puede concluirse que,

⁶⁷ COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. Decreto 111 de 1996 (enero 15) Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto. Diario Oficial 42.692 de enero 18 de 1996

son rentas: los ingresos corrientes de la Nación, las contribuciones parafiscales, los fondos especiales, los recursos de capital y los ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional.

Los dineros que las entidades entregan a sus contratistas a título de anticipo, son recursos de capital que deben permanecer contabilizados dentro del presupuesto de la entidad. Por ello, según la norma que se viene de citar, deben incluirse en el presupuesto de rentas, en consideración a su naturaleza.

Sin embargo, La Procuraduría General de La Nación, órgano encargado de ejercer el control disciplinario en Colombia, ha proferido en múltiples ocasiones pronunciamientos frente a la responsabilidad del contratista. En ellos, se pretende aplicar en materia disciplinaria, la misma posición planteada para determinar la responsabilidad penal del contratista, a saber, que la ejecución del contrato comporte el ejercicio de una función pública. En ese orden de ideas, el contratista solo será responsable disciplinariamente si se encuentra ejerciendo función pública.

“Como se observa, entre los particulares que quedan sometidos al régimen disciplinario se encuentran aquellos que desarrollan funciones públicas, entendiéndose por éstas las actividades que por su naturaleza son de aquellas que corresponde cumplir a la entidad para desarrollar los fines estatales y que por razones administrativas o estructurales se desplaza hacia personas que no se encuentran vinculadas a la administración como servidores propiamente dichos (relación legal y reglamentaria o contrato de trabajo), lo cual bien puede generarse a través de un contrato en los términos que lo permiten las normas sobre la materia, Ley 80 de 1993 y aquellas que la modifican o adicionan, pues aunque mediante este medio no se genera subordinación ni dependencia con la administración, si es posible que su ejecución conlleve el ejercicio de una actividad netamente administrativa.

(...)

Expresamente, sobre la aplicación de la ley disciplinaria a los contratistas, la citada Corporación recuerda que en varias de sus

decisiones ha señalado que **los particulares contratistas, como sujetos particulares, no pierden esa condición al contratar con el Estado y en ese sentido, no están sujetos a la ley disciplinaria**, en relación con ello se refiere en consecuencia al criterio subjetivo contenido en la sentencia C-280 de 1996, en virtud del cual al no existir vínculo de subordinación entre el Estado y el contratista, las obligaciones y responsabilidad de éste último, únicamente podían partir del contrato mismo y de la ley contractual, sin que pudieran ser destinatarios de la ley disciplinaria. Criterio, que se afirma fue reiterado en sentencias 286 de 1996 y 563 de 1998, en las que además dio paso al criterio material, que posibilita la aplicación del régimen disciplinario no por el vínculo existente entre el particular y la administración, sino por el contenido o naturaleza de la función que les es encomendada y, por lo tanto, **de considerarse ésta como el ejercicio de una función pública, se impone la sujeción a la ley disciplinaria.**⁶⁸ (Negrilla fuera del texto)

En lo que toca con el anticipo, en tanto el particular-contratista, al recibir un bien público, adquiere una calidad de administrador del mismo, a la luz de las normas que regulan el derecho disciplinario, adquiere también la calidad de sujeto disciplinable y, por tanto, sujeto receptor de las sanciones consagradas en el Estatuto Único Disciplinario.

⁶⁸ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Consulta 005 de 2004. ESQUIVO MANUEL SANCHEZ HERRERA. Procurador delegado para asuntos disciplinarios.

3. EL ANTICIPO EN EL ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN LEY 1474 DE 2011

De manera reciente, bajo iniciativa del Gobierno Nacional, el Congreso de la Republica expidió la ley 1474 de 2011⁶⁹ *“Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”*.

Este reciente compendio normativo contiene un amplio conjunto de normas destinadas a la prevención de actos de corrupción en las entidades públicas, muchas de ellas relativas a la gestión contractual del Estado. Sin entrar a discutir sobre la pertinencia o no de las normas allí contenidas, el mencionado estatuto es la respuesta gubernamental a los hechos escandalosos que por estos días se han suscitado, con ocasión de grandes contratos con entidades públicas.

Se ha hecho público, en esta serie de sucesos, que uno de los principales focos de corrupción está directamente relacionado con el objeto del presente estudio: el anticipo. Es así como en el texto de exposición de motivos del proyecto de ley con el cual se presentó el Estatuto Anticorrupción, se incluyó la presente reflexión:

Se ha identificado que de manera muy frecuente **los contratistas no están aplicando los anticipos a la ejecución del contrato correspondiente**, situación que finalmente produce el incumplimiento de las obligaciones o la entrega extemporánea de las obras. Por ello, se establece un sistema de seguimiento a los anticipos imponiendo la obligación del contratista de constituir una fiducia irrevocable con lo que reciba de los mismos, para que sea ésta la que garantice que tales

⁶⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 de 2011 (julio 12) *“Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”*. Publicada en el Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011.

recursos se aplicaran exclusivamente a la ejecución del contrato.⁷⁰
(Negrilla fuera del texto)

Tras su paso por el trámite legislativo al interior del Congreso, la intención de los ponentes resultó plasmada en su integridad en el artículo 91 de la ley 1474 de 2011, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 91. Anticipos. 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.

Parágrafo. La información financiera y contable de la fiducia podrá ser consultada por los Organismos de Vigilancia y Control Fiscal.⁷¹

En un análisis superficial de la figura, puede encontrarse una intención bastante loable del legislador al optar por la figura de la fiducia o patrimonio autónomo como mecanismo de control adicional al manejo del anticipo, pues le permite a la entidad ejercer un control más eficiente, al ser un tercero distinto del contratista quien se encuentra encargado del control del anticipo.

No obstante lo anterior, la redacción asignada a esta figura en el artículo 91 citado, plantea una serie de interrogantes que ameritan unas reflexiones preliminares sobre su entrada en vigencia. Se dice que son preliminares en la medida en que, a la fecha, aun no hay pronunciamientos de la doctrina, ni mucho menos de la jurisprudencia, por lo que puede tratarse de meras especulaciones.

⁷⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de motivos ley 1474 de 2011. [Citado en 23 de octubre de 2011] disponible en internet: http://www.contratacionestatal.com/index.php?option=viewnews&new_id=299&alr=aymsoft

⁷¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 de 2011 (julio 12) “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”. Publicada en el Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011.

3.1. Impropiedad en la enunciación de la figura fiduciaria

La designación del mecanismo de control denota un desconocimiento del legislador por las figuras propuestas, en la medida en que el negocio fiduciario puede revestir, por lo menos, dos grandes modalidades, a saber: el contrato de fiducia mercantil (regulado en los artículos 1226 y siguientes del Código de Comercio), caracterizado por existir una transferencia de la propiedad de los bienes objeto del contrato, o el encargo fiduciario (previsto en el Estatuto Orgánico del Sector Financiero), donde no hay transferencia de la propiedad de los bienes objeto de contrato. Solo la primera de ellas tiene la capacidad de generar un patrimonio autónomo, en la medida en que solo ella tiene la virtualidad de transferir la propiedad.

Así las cosas, ¿a que figura se quiso referir el legislador, al decir que el contratista deberá constituir una fiducia o patrimonio autónomo irrevocable?

Para dar respuesta al planteamiento es necesario aclarar que el artículo confunde el contrato de fiducia con uno de sus efectos, el patrimonio autónomo. La figura no se encuentra claramente delimitada, porque fiducia y patrimonio autónomo no son contratos que se presenten al tiempo como opción. Es la característica principal del contrato de fiducia que con los bienes que se han de transferir se constituya un patrimonio autónomo. Así, es impropio la escogencia que realiza el legislador sobre la figura fiduciaria a emplear por el contratista, pues técnicamente hablando, tal como se encuentra redactado el artículo, quien recibe el anticipo solo tiene una opción: el contrato de fiducia mercantil.

En ese orden de ideas, se plantea un tema, que aunque es común en la práctica contractual, no deja de ser interesante. La constitución de un patrimonio autónomo, en virtud de un contrato de fiducia mercantil, donde el bien que se

transfiere es el dinero recibido como anticipo por un contratista implicaría el desplazamiento jurídico de un bien, del patrimonio de la entidad pública propietaria del dinero al patrimonio autónomo al que se da vida.

Lo anterior parece desdibujar el grueso de los planteamientos que se han venido haciendo a lo largo del presente texto, porque se evidencia un bien público que sale del patrimonio de una persona de Derecho público, para adquirir independencia jurídica bajo la modalidad de patrimonio autónomo.

Esto tiene fuertes implicaciones desde el punto de vista presupuestal, toda vez que la entidad se despoja de un bien, que ordinariamente pertenecería a su patrimonio, de no ser necesaria la figura fiduciaria. Sin embargo, aunque se despoja de un activo representado en dinero, recibe en contraprestación los correspondientes derechos fiduciarios derivados de la constitución del patrimonio autónomo.

Sin duda, la reflexión debe girar en torno a la naturaleza jurídica del dinero una vez se constituye como patrimonio autónomo. Podría pensarse que, por dejar de pertenecer a la entidad, jurídicamente hablando, perderá automáticamente su calidad de dinero público y en consecuencia se aminorarán las responsabilidades de quien lo custodia y maneja, lo cual sería un claro error, toda vez que el dinero se transfiere a una entidad jurídica que adquiere autonomía, pero que resulta estar atada a la satisfacción de una prestación específica: el contrato para el cual se concede. Además, el patrimonio autónomo, en tanto se constituye con dinero público, seguirá teniendo tal carácter.

Con todo, dando respuesta a la pregunta planteada con anterioridad, la literalidad de la norma indica que en adelante, en los contratos que son objeto de dicha regulación, deberá celebrarse un contrato de fiducia mercantil, creándose un

patrimonio autónomo destinado a la financiación de la ejecución del contrato en virtud del cual se entrega el anticipo.

3.2. Indebida delimitación de los contratos objeto del control

La figura se encuentra consagrada para contratos de obra, concesión, salud o los que se realicen por licitación pública. El procedimiento de licitación pública se encuentra consagrado como procedimiento residual y, por tanto, asignado a aquellos contratos que no tengan un trámite específico. Allí encontraríamos a los contratos de obra y de concesión, pero también se le aplicaría a los contratos de salud, cuyo procedimiento de selección es el abreviado, según lo dispone el literal C) del numeral 2) del artículo 2º de la ley 1150 de 2007⁷².

Conociendo los motivos que llevan a la expedición del Estatuto Anticorrupción, se comprende la razón por la cual se hace expresa la figura para estos tres contratos, a saber, que los actos de corrupción más escandalosos por estos días, han surgido en el seno de la obra pública, la concesión y el sistema nacional de salud. Sin embargo, no resulta ser del todo claro el criterio escogido para determinar los contratos en los que se exigirá la aplicación de dicha figura.

⁷² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1150 de 2007 (16 de julio) Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. **Artículo 2º.** De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

(...)

2. Selección abreviada. La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.

(...)

Serán causales de selección abreviada las siguientes:

(...)

c) Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 1122 de 2007, la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios;

Recordando el concepto, el anticipo es una figura aplicable, por regla general, a contratos de ejecución sucesiva, que si bien los tres tipos contractuales allí mencionados cumplen a cabalidad esta características, no son los únicos. Es más, aquel criterio según el cual se aplica la norma a aquellos contratos que se adjudiquen por licitación pública, tampoco entrega un criterio concordante que sea riguroso. El mecanismo de licitación es utilizado indistintamente para contratos de tracto sucesivo como de ejecución instantánea, así como los demás procedimientos de selección de contratistas.

El criterio de aplicación, se reitera, no es afortunado. Debió propenderse porque la aplicación de esta norma estuviera determinada, aunque parezca obvio, a los contratos de ejecución sucesiva, o en los de ejecución instantánea donde por una particular necesidad se pacte la figura del anticipo, que superen un límite de dinero, que ha de ser fijado bajo un criterio razonable, en razón a lo considerable del valor del anticipo, que amerite correr con unos gastos adicionales de administración fiduciaria y, a su vez, con los costos de celebración de un contrato adicional como el de fiducia, caso en el cual acierta el artículo al establecer que solo opera para contratos de mayor cuantía.

3.3. Desnaturalización del concepto de anticipo

El artículo no es claro en determinar la responsabilidad que le compete a la sociedad fiduciaria pues poco dice el enunciado sobre las obligaciones que quedan a cargo de dicha entidad, pues solo expresa que será la encargada de garantizar que el dinero se invierta efectivamente en la ejecución del objeto del contrato. Ello, aunado a que del contrato que da origen al patrimonio autónomo se extrae que es ella quien debe administrar los bienes que lo componen, que para este caso es dinero, permiten concluir que la sociedad entrará a administrar el patrimonio autónomo, debiendo tomar todas las precauciones tendientes a garantizar que el dinero entregado al contratista sea destinado exclusivamente al

contrato. Esta conclusión permitiría expresar, sin temor, que esta figura es un mecanismo que disminuye las posibilidades de actos indebidos con dineros públicos, en la medida en que se despoja al contratista de la administración de los recursos, entregándola a un tercero.

Como no es claro el papel que desempeñará la sociedad fiduciaria, suponiendo que el grado de administración sobre el anticipo que a ella se le ha conferido implique el control del destino de la inversión y la rendición de cuentas a la entidad pública, el contratista debería acudir a la entidad fiduciaria conforme vaya requiriendo fondos para la ejecución del contrato, recibiendo los desembolsos correspondientes, al entregar un conjunto de documentación que acredite la necesidad del gasto y verificando que el gasto se acomode al objeto del contrato. De lo contrario, si la sociedad fiduciaria agota su función en el desembolso del dinero con la mera solicitud del contratista, para el contratista sería lo mismo solicitar ese dinero a una fiduciaria, a la entidad contratante o a la interventoría, en algunos casos, haciéndose innecesaria la presencia de esta nueva figura, generando un mayor costo del contrato.

La necesidad de esta figura puede presentarse en algunos contratos, donde por su envergadura, el manejo de dinero requiera de un agente especializado encargado de gerenciarlos y controlarlos. Lo que no ocurre en todos los contratos, no obstante ser de mayor cuantía. Por esta razón, la figura resultará ser un lastre en la ejecución de algunos contratos, aun cuando sea de absoluta necesidad en otros. Es precisamente eso, la necesidad, lo que marca la eficiencia en la utilización de una figura de control, en caso contrario, no hace más que ralentizar la ejecución contractual.

Englobando esta tercera reflexión, lo que sucede en estos casos es la desnaturalización del concepto de anticipo, en la medida en que el contratista no está recibiendo dinero alguno, a lo sumo estaría siendo beneficiario de un negocio

fiduciario, en el cual se paga una a una las necesidades del contratista para dar inicio al objeto del contrato.

Adicionalmente a este punto, se encuentra el tema relativo a la obligación del contratista de presentar garantía por el buen manejo e inversión del anticipo, cuando él ya no tiene la facultad de administrar el dinero. Puede pensarse que debería exonerarse al contratista de esta obligación y gravar a la sociedad fiduciaria con esta carga, pues es ella la encargada de manejar los recursos y de garantizar la correcta inversión de los mismos.

Como se viene sosteniendo, al contratista se le ha despojado de la tenencia del anticipo, so pretexto de entregarlos a una entidad que garantice que estos deben invertirse efectivamente en la ejecución del contrato. Así las cosas, como el responsable de garantizar que la inversión efectivamente se realice en la ejecución del objeto contractual es la sociedad fiduciaria, no parece ser adecuado que el contratista deba asumir la garantía de correcta inversión y buen manejo del anticipo. Precisamente, es la sociedad fiduciaria quien debería asumir tal costo pues es ella a quien se le ha asignado la función de administrar el dinero recibido y de garantizar su correcta inversión. Si el contratista, tiene injerencia en la indebida inversión, deberá analizarse la aplicación de otros mecanismos de protección de los que han sido expuestos en el presente escrito, que permitan proteger la incolumidad del patrimonio público.

3.4. Aumento en la complejidad de los proyectos

Como se viene de anotar, los contratos que encajen en el supuesto de hecho descrito en el artículo 91 del Estatuto Anticorrupción, deberán anexar a su estructura la presencia de otro interviniente en la ejecución contractual, la sociedad fiduciaria. Ella estará presente, por lo menos, hasta que se termine de amortizar el anticipo.

La presencia de otro interviniente hace más complejo el panorama de ejecución del contrato, tanto desde el punto de vista económico, pues debe adicionarse a los presupuestos de los contratistas los costos que deberán asumir por la administración de los dineros entregados en anticipo, como del desarrollo cotidiano del objeto del contrato, pues ese dinero que se le entregaba al contratista para que lo administrara e invirtiera en temas relacionados estrictamente con el contrato, hoy, deberá ser solicitado a una entidad fiduciaria, quien en aras de ejercer el control debido, podrá dificultar en alguna medida la dinámica de ejecución, en tanto exija el lleno de unos requisitos adicionales que otrora no existían.

3.5. Traslado injustificado de un costo al contratista

No siendo otra cosa más que una ejemplificación de la reflexión anterior, no existe lógica alguna que fundamente ni jurídica ni técnicamente la consagración del parágrafo segundo del artículo 91 según el cual "el costo de la comisión fiduciaria será cubierto directamente por el contratista", toda vez que será un sobre costo para el contratista que no debería ser asumido por éste.

Si se trata de un conjunto de mecanismos que le brinda a la entidad pública una garantía de transparencia en el manejo de los recursos públicos, no hay razón por la cual se trasladen los costos de esos mecanismos al contratista, en la medida en que no es su dinero el que está siendo administrado, sino el dinero de la entidad pública.

Ya suficientemente gravado se encontraba el contratista, y con razón, al tener que expedir una garantía que cubriese el 100% del valor recibido por el anticipo, como para tener ahora que adicionar a esa garantía –que al parecer aun subsiste– el

pago de una comisión fiduciaria por administración de un dinero que no recibe y que no administra.

Son, pues, algunas consideraciones frente al texto del artículo 91 que presentan algunas dificultades, producto de la tendencia legislativa nacional de corregir los problemas legislando apresuradamente. No obstante es preciso considerar que, en principio, es un mecanismo con muy buenas, pero son los anteriores puntos grises los que deberán aclararse conforme se vayan presentando las discusiones jurídicas pertinentes.

4. CONCLUSIONES

Después de haber realizado un análisis genérico de la situación actual del anticipo en el ordenamiento jurídico colombiano, son varios los puntos sobre los cuales se han dado luces, las cuales revisten la mayor importancia de cara a las herramientas que se le otorga a la entidad pública para combatir todos los fenómenos de corrupción que por estos días abundan en nuestro país. Se presentan pues, las siguientes conclusiones:

- Por anticipo entendemos el dinero que se le entrega en administración al contratista, para que este lo destine a los gastos necesarios para la iniciación de la ejecución del contrato, razón por la cual no se trata de una remuneración, en tanto no hace parte del patrimonio del contratista. Por el contrario, el pago anticipado es una remuneración parcial, que por ello, pasa a pertenecer al contratista que lo recibe. Así las cosas, No cabe duda que en el concepto de anticipo que maneja la doctrina, la jurisprudencia y las entidades estatales en su ejercicio, se encuentra clara la diferencia existente entre este y el pago anticipado, resultando bien aplicado por aquellos funcionarios que ejercen la potestad contractual del Estado. Ello redunda en la claridad con que las entidades ejercen control sobre las sumas que entregan a sus contratistas por uno u otro concepto y por ende, en el control del cual son objeto dichas entidades por parte de los diferentes órganos fiscalizadores de los diferentes niveles.
- Queda claro también, que el anticipo no pierde en ningún momento el carácter de dinero público hasta tanto no sea amortizado conforme a los diferentes procedimientos utilizados según cada modalidad de contrato. Tener claro este punto permite entender, no solo que las irregularidades que se presenten en

sede de su manejo son objeto de revisión por diferentes entes de control, sino también que los rendimientos financieros que pudieren generar las sumas recibidas a título de anticipo pertenecen, en principio, a la entidad pública.

- Las entidades públicas cuentan con mecanismos próximos y mecanismos remotos de protección del dinero público asociado a la actividad contractual, unos de tipo preventivo, como los planes de inversión y otros de tipo paliativo como las garantías y en general los mecanismos remotos, propios del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador.

Esos mecanismos remotos operan gracias a la calidad de dinero público atribuida al anticipo. El contratista que se apropia indebidamente de los dineros recibidos a este título, es sujeto, por lo menos 4 tipos de responsabilidades: 1) Contractual, 2) Penal, 3) Fiscal, y 3) Disciplinaria.

En el primero de los casos, el contratista que se apropia del anticipo incumple el contrato, en tanto es una obligación emanada de la relación contractual, la correcta inversión y el buen manejo del dinero entregado como anticipo. A tal punto es así que el contratista ampara esta obligación con la garantía, que puede hacerse efectiva una vez se constate el incumplimiento.

En el segundo de los casos, el contratista que se apropia del anticipo responderá penalmente bien por un abuso de confianza o bien por un peculado por apropiación, siendo el criterio diferenciador para aplicar una u otra descripción típica, la ejecución por parte del contratista de una función pública, de acuerdo con las tesis expuestas por la Corte Constitucional y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En el tercero de los casos, el contratista que se apropia del anticipo, podrá ser sujeto de control fiscal, en la medida en que es un administrador de un bien

público y, en los términos de la ley 610 de 2000 lleva a cabo gestión fiscal. Así lo ha establecido la Contraloría General de la Nación, órgano encargado del control fiscal en Colombia.

En el cuarto de los casos, el contratista que se apropia del anticipo, es sujeto de control disciplinario en tanto se encuentra administrando un bien público, de conformidad con el artículo 53 del Código Único Disciplinario.

- Recientemente y como respuesta a la situación por la que pasa el país en materia de contratación estatal, se promulgó la ley 1474 de 2011 contentiva del Estatuto Anticorrupción, que en un intento loable por ponerle cortapisas al manejo indebido del anticipo en los contratos estatales, ideó como fórmula la utilización de un negocio fiduciario para garantizar de este modo que el contratista no pudiese disponer a su antojo de los dineros dados en anticipo.

En cuanto a este estatuto, no obstante 1) no precisar técnicamente el artículo 91 la figura jurídica por medio de la cual se hará el control, 2) desnaturalizar el concepto de anticipo que hasta la fecha se ha venido trabajando por la doctrina y la jurisprudencia y 3) agravar la situación económica del contratista en tanto a) no puede administrar a su arbitrio el dinero del anticipo, b) debe garantizar el buen manejo e inversión de una suma que no controla y c) debe pagar por la administración de dinero que no le pertenecen, estamos frente a una ley de la República que deberá ser ejecutada desde el momento de su promulgación, debiendo nosotros esperar los pronunciamientos judiciales frente a su validez e interpretación. Hasta entonces, como con frecuencia ocurre en nuestra profesión, estará el ordenamiento jurídico sometido a las interpretaciones que vienen y van, de acuerdo con los intereses de unos y otros.

BIBLIOGRAFÍA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA

COLOMBIA. CONSTITUCIÓN PÓLITICA DE COLOMBIA. Publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Artículos 29, 267 y 338.

LEYES

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 57 de 1887. Código Civil colombiano. Artículos 1609, 2200 y 2221.

_____. Ley 80 (28 de octubre de 1993) Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. Artículos 13, 40, 52 y 56.

_____. Ley 599 de 2000 (julio 24) Por medio de la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. Artículos 20, 249, 250, 267, 397.

_____. Ley 610 de 2000 (agosto 15) Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. Artículos 1º, 3º, 4º y 61.

_____. Ley 734 de 2002 (febrero 5) Por la cual se expide el Código Disciplinario Único. Diario Oficial No. 44.708 de 13 de febrero de 2002. Artículo 53.

_____. Ley 1150 de 2007 (16 de julio) Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Artículos 2º, numeral 2, literal c) y 7º, 17.

_____. Ley 1474 de 2011 (julio 12) Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Publicada en el Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011. Artículos 86 y 91.

DECRETOS

COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. Decreto 100 de 1980 (23 de enero) Por medio del cual se expide el nuevo Código Penal. Artículo 138.

_____. Decreto 111 de 1996 (enero 15) Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto. Diario Oficial 42.692 de enero 18 de 1996. Artículos 11, 19, 31, 101.

_____. Directiva presidencial de 4 de abril de 2003.

_____. Decreto 4730 DE 2005 (diciembre 28) por el cual se reglamentan normas orgánicas del presupuesto. Artículo 33.

_____. Decreto 4828 de 2008 (24 de diciembre) por el cual se expide el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública. Artículos 1º, 3º, 4º, 7º, 14.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 563 de 1998. Magistrados Ponentes: Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación de 27 de abril de 2005. M.P. Herman Galán Castellanos. Proceso No 19562. Bogotá, D.C.

_____. Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación de 27 de julio de 2006. Radicación 23872.

_____. Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación de 9 de mayo de 2007. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Radiación 22683.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 31 de enero de 1991. Consejero Ponente: Julio Cesar Uribe Acosta. Expediente 4739

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de septiembre de 1999. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Expediente 10607

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de julio de 2000. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Expediente 12513.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Expediente 13530.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 10 de noviembre de 2000. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Radicado No. 18.709.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 15 de marzo de 2001. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Expediente 13.415.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Sentencia de 22 de junio de 2001. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Expediente 13436

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena. Sentencia de 8 de agosto de 2001. Expedientes acumulados AC 10966 y AC 11274.

_____. Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia de 7 de marzo de 2007. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Expediente 1802.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de julio 2009. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Expediente 17.552.

CONCEPTOS DE ENTIDADES PÚBLICAS

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Concepto Jurídico No 7461
Febrero 07 de 2006.

_____. Concepto Jurídico No. 80112 - EE 6493 14 de febrero de 2008.

_____. Concepto Jurídico No. 80112 - EE 35975 del 18 de mayo de 2011.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Consulta 005 de 2004. ESIQUIO MANUEL SANCHEZ HERRERA. Procurador delegado para asuntos disciplinarios.

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA -. DIRECTRIZ JURÍDICA No. 23 del 20 de octubre de 2006.

DOCTRINA

AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Teoría de la Responsabilidad Fiscal, Aspectos Sustanciales y Procesales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. P 254-255.

DÁVILA VINUEZA, Luís Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal, aproximación crítica a la Ley 80 de 1993. Bogotá: Legis, 2da ed., 2003. p395, 397.

LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio. Contratos Estatales. Bogotá: Temis, 2007. P 411-412.

MATALLANA CAMACHO. Ernesto. Manual de contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2da edición, 2009. p855, 857.

OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Acto y del Negocio Jurídico. Séptima Edición. Editorial Temis. Bogotá – Colombia 2005. Pág. 578.

SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Contratación administrativa. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 4ta edición, 2010. p. 556-557.

VARIOS

_____. Exposición de motivos ley 1474 de 2011. [Citado en 23/10/2011]
disponible en internet:
[http://www.contratacionestatal.com/index.php?option=viewnews&new_id=299&alr=
aymsoft](http://www.contratacionestatal.com/index.php?option=viewnews&new_id=299&alr=aymsoft)