



**FORMA DE PAGO COMO CLÁUSULA DEL CONTRATO ESTATAL: ALCANCE  
DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, MODALIDADES Y POSIBILIDAD DE  
SUPEDITARLA A CONDICIONES**

**MITCHELLE RINCÓN RODRÍGUEZ**

**Director  
FABIÁN G. MARÍN CORTÉS  
Doctor en filosofía**

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE MAGISTER EN  
DERECHO**

**MAESTRÍA EN DERECHO  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA  
MEDELLÍN  
2023**

**1 de diciembre de 2023**

**Mitchelle Rincón Rodríguez**

“Declaro que esta tesis (o trabajo de grado) no ha sido presentada para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o cualquier otra universidad” Art. 92 Régimen Discente de Formación Avanzada.

Firma: Mitchelle Rincón

# FORMA DE PAGO COMO CLÁUSULA DEL CONTRATO ESTATAL: ALCANCE DE LA AUTONOMÍA, MODALIDADES Y POSIBILIDAD DE SUPEDITARLA A CONDICIONES<sup>1</sup>

Mitchelle Rincón Rodríguez<sup>2</sup>

**RESUMEN.** El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no establece, como regla general, regulación expresa sobre la forma de pago como cláusula del contrato estatal. Por el contrario, existe una remisión amplia a las normas del derecho privado, de forma que su contenido se rige por la autonomía de la voluntad. Por esta razón es preciso identificar el alcance de la posibilidad de las entidades estatales de definir libremente el contenido de la cláusula, y los límites que se presentan. Además, es preciso analizar la posibilidad de incluir modalidades de pago y de condicionarlo al cumplimiento de requisitos o reglas específicas.

**Palabras Clave:** contrato estatal, forma de pago, autonomía de la voluntad, modalidades de pago y condiciones

---

<sup>1</sup> Producto de la investigación adelantada en el programa de Maestría en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana.

<sup>2</sup> Michelle Rincón Rodríguez. CC. 1037.652.451. Abogada especialista en Derecho Administrativo, estudiante del programa de Maestría en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín. Correo electrónico: mitchelle0910@gmail.com

## **Introducción**

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –EGCAP– no definió todo el contenido del contrato estatal, por el contrario, varias disposiciones incluyeron, como principio y regla, una remisión amplia a las normas del derecho privado, en lo no regulado expresamente en él, priorizando la autonomía de la voluntad como parámetro de la conformación de los contratos. Entre las numerosas cláusulas que es necesario incluir en los negocios estatales se encuentra la forma de cancelar la contraprestación, es decir, la forma de pagar.

El EGCAP no regula la “forma de pago”, por lo que es necesario identificar y establecer las reglas, límites y condiciones que la entidad tiene para estructurar esta cláusula, incluyendo las modalidades y requisitos a los que debe supeditarse. Para esto, se empezará por conceptualizar la cláusula y se continuará con la definición y alcance de la autonomía de la voluntad y su influencia en la configuración.

Partiendo de lo anterior, se considerarán las modalidades de pago que pueden incluirse, y la posibilidad de supeditarlas a condiciones o requisitos específicos.

### **1. Ideas básicas sobre la forma de pago**

Las normas civiles, comerciales y del derecho público no ofrecen una definición exacta de “forma de pago” como cláusula contractual, y en realidad tampoco una normativa exhaustiva del tema. En esencia, la teoría del negocio jurídico no se enfoca en conceptualizarla, por más que su inclusión sea normal en los contratos públicos y privados. Si bien no existe apoyo en la doctrina especializada para su definición, este numeral intentará proponer una acepción.

El presupuesto necesario es la comprensión de que el concepto no es autónomo, además de complejo, es decir, está compuesto por elementos independientes. En

esa medida, su noción depende de la *forma* y del *pago*, pues al ser un concepto complejo cada elemento aporta singularidades y sentido.

La palabra “forma” no se desarrolló en la teoría jurídica, por lo que su acepción no pertenece, en estricto sentido, a esta disciplina, pues en esencia no tiene esta connotación, sino que comprende una manera actuar. En general, el concepto se define a partir del entendimiento natural o común de la palabra, pues ahí encuentra su origen.

De acuerdo con el diccionario de la lengua española, *forma* tiene significados múltiples; sin embargo, se destaca aquel que lo entiende como el “Modo o manera en que se hace o en que ocurre algo”. En ese sentido, la forma caracteriza la acción, es decir, aquello que materialmente la cualifica, el cómo se ejecuta. Es claro que la acción a materializar es *pagar*, lo cual finalmente aporta las características requeridas, en el entendido de que existen varias maneras de ejecutarla, no siempre la misma, y son válidas dependiendo de las reglas contractuales o legales.

En esa medida, “forma”, en realidad, tiene un sentido natural, y aquello que le confiere propiedad y especialidad jurídica a la cláusula –de denominación compuesta– es el segundo elemento: *el pago*. Esto no significa que las *formas* de efectuarse no tengan efectos jurídicos, sino que los desarrollos teóricos se centran en la explicación del pago como mecanismo para extinguir las obligaciones.

### **1.1. El pago como forma de extinguir las obligaciones**

*Pago* es un concepto propio de la teoría general de las obligaciones, relacionado directamente con la manera de extinguirlas (Velásquez Gómez, 2010)<sup>3</sup>. En términos generales, las obligaciones surgen para perecer o terminarse, con base en el principio de que no hay vínculos perpetuos y *todos* están destinados a finalizar. Sin embargo, es preciso destacar que el modo ordinario, natural y deseable es que se realice mediante el cumplimiento, efectuando las responsabilidades y compromisos adquiridos, es decir, pagando (Claro Solar, 1979).

Ospina Fernández (2020) señala que la dimensión jurídica de las obligaciones está determinada por sus implicaciones prácticas, que tienen como finalidad asegurar el intercambio comercial de bienes y servicios para suplir las necesidades requeridas. Esta concepción muestra que la motivación de las partes al contratar es la necesidad de intercambiar bienes y servicios, así que lo deseado, en principio, es que se materialice lo convenido.

En ese contexto, identificándola como una de las formas, más relevantes, de extinguir las obligaciones, Claro Solar (1979) explicó que el pago tiene por lo menos tres acepciones. La primera, identificada en sentido lato y general, supone la extinción de la obligación de *cualquier forma*, no solo por la prestación de lo debido (CLARO SOLAR, 1979). La *segunda*, descrita como especial, se circunscribe al modo normal de extinguir las obligaciones, por lo tanto al cumplimiento real y efectivo de lo exclusivamente pactado (CLARO SOLAR, 1979). La *tercera*, en sentido restrictivo, se identifica con la prestación de sumas de dinero. El autor explica que esta es la acepción más común o popular: la entrega que el deudor hace al acreedor de la suma adeudada (CLARO SOLAR, 1979). Sin duda, esta es la idea más restrictiva de pago, pero la más generalizada en la sociedad, e incluso en la comprensión de los contratos estatales.

---

<sup>3</sup> La doctrina de la teoría general de las obligaciones, como regla general, analiza la forma de extinguirlas, dedicándole un acápite o capítulo al *pago*. A partir de esto se entiende como un concepto connatural a su teoría.

Alessandri, Somarriva y Vodanovic (2016) expresan que el *pago*, en el lenguaje jurídico, tiene una acepción más amplia que en el lenguaje corriente. En este supone el cumplimiento de una obligación de dar, y específicamente de dinero; mientras que en aquel implica la ejecución de la prestación debida al deudor, cualquiera sea su objeto (Alessandri, Somarriva y Vodanovic, 2016). En esta oportunidad los autores no distinguen las formas de entender el *pago*, sino que parecen limitarse a una menos general, que coincide con la que Claro Solar denomina “especial”.

Velásquez (2010), Ospina Fernández (2020) y Uribe Holguín (1982) consideran que el pago efectivo también se denomina solución, y mediante él se cumple con la prestación debida, extinguiendo el nexo jurídico entre las partes. En este caso parece que también se dirige a una concepción menos amplia, relacionada concretamente con aquello que se debe, excluyéndose la posibilidad de identificarlo como cualquier tipo de cumplimiento, como la novación.

Mendoza Ramírez (2020) también identifica el pago con la solución, expresando que se refiere a la satisfacción de un débito, con independencia del origen o naturaleza. Valencia Zea y Ortiz Monsalve (2015) explican que el pago se entiende en varios sentidos; primero, como el cumplimiento de las prestaciones de entregar sumas de dinero, el cual es absolutamente restringido; y el segundo supone el cumplimiento de la prestación debida. Manifiestan que, no obstante, la doctrina distingue el pago efectivo del pago no efectivo, porque este admite el cumplimiento a partir de una prestación distinta (Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 2015).

En ese sentido, el concepto, en la teoría general de las obligaciones y la normativa jurídica, tiene una noción amplia, que incluye el cumplimiento de cualquier tipo de obligación. La noción de *pago* es simple y directa en la doctrina civil, y supone satisfacer las prestaciones contraídas en un negocio, todas, extinguiéndolas y

finalizando la relación jurídica. También es evidente, por lo menos en el derecho colombiano, que no se limita a aspectos dinerarios.

## **1.2. Forma de pago como cláusula compleja: definición doctrinal y propuesta de acepción**

La doctrina de la contratación estatal no se ocupa especialmente del tema, por el contrario, la mayoría de textos no analizan cláusulas accidentales como la forma de pago. No obstante, Expósito Vélez (2013 y 2021) estudia varios aspectos del contenido del contrato estatal, y examina directamente la cláusula, definiéndola como el acuerdo sobre la manera de cancelar la contraprestación, el cual es diferente al valor de las prestaciones.

En contraste con las nociones presentadas por la doctrina del derecho civil, esta manera de concebir el *pago* es reduccionista, y se limita a contemplar el cumplimiento de la obligación de una de las dos partes: la que está adquiriendo el bien, obra o servicio; sin embargo, se opone al concepto de la doctrina especializada de las obligaciones. Por esto, y solo en principio, la distinción del autor es imprecisa, porque no responde a lo que en teoría de obligaciones es el pago efectivo, y lo parcializa sin justificación.

Sin embargo, la práctica de la contratación estatal, concretamente la forma normal de concretar la cláusula, muestra que esta definición no satisface los supuestos reales. En estos contratos, marcados principalmente por el derecho público y la actuación administrativa, se separan dos obligaciones específicas: las relacionadas con el objeto del contrato y las relacionadas con la contraprestación, como lo hizo el autor. Así que, aunque en esencia el *pago*, en sentido estricto, no se limita a esto, en la contratación estatal supone la cancelación del precio, es decir, la contraprestación del bien o servicios adquirido por el contratante (Marín Cortés, 2012).



En los contratos estatales, normalmente, a la Administración se la identifica como la contratante, aquella que necesita adquirir bienes, obras o servicios para suplir sus necesidades. Pero, aunque esta sea la posición más usual, en ocasiones también es quien sufre la necesidad de otro sujeto, convirtiéndose en el contratista. En ocasiones las partes del negocio también son dos entidades públicas –contratos interadministrativos–, de forma que pueden actuar conjuntamente para suplir necesidades, o una estar ejecutando este tipo de actividades a favor de la otra.

Esta precisión es importante porque es posible concebir la cláusula como la forma en que la Administración cumple la contraprestación de su contratista. Sin embargo, no es posible adoptar una acepción orgánica. No obstante, sí se refiere a la manera o modo en que se cumplirá la obligación que tiene la finalidad de remunerar la ejecución del objeto propiamente dicho, es decir, el precio. Igualmente, es preciso destacar que esto no se restringe al cumplimiento de obligaciones dinerarias, aunque sea lo más común, porque podrá hacerse mediante otros bienes.

También es necesario advertir que en la “forma de pago” hay varios elementos esenciales para cumplir con claridad la obligación, y hacer un “buen” pago. Principalmente se identifica qué cancelar, hacer o dar como contraprestación; además podrá definirse quién paga, a quién, cómo, dónde, en qué momento y cuáles condiciones o requisitos se deben cumplir para pagar en efectivo. Definir estos aspectos es lo encomendado a la autonomía de la voluntad.

## **2. Alcance de la autonomía de la voluntad para definir el contenido de la cláusula**

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –EGCAP– privilegia la remisión al derecho privado, a la autonomía de la voluntad, y por lo tanto a la libertad contractual –arts. 32 y 40–. Esta dimensión de la contratación estatal

supone que la Administración, y en general ambas partes, eligen libremente qué contratar, y las reglas para ello. Sin embargo, esto no desconoce que buena parte de sus procedimientos, especialmente los precontractuales, son reglados.

Aun así, parte importante del contenido del contrato estatal no está establecido en la ley o el reglamento; por el contrario, en general se presenta un marco con limitaciones, pero sin prescripciones positivas. Como lo asegura Benavídez (2004), aunque el derecho administrativo se basa en el principio de competencia, de forma que la libertad es excepcional, la autonomía de la voluntad es una noción fundamental en la Ley 80.

A diferencia de las normas especiales sobre el pago y la forma de pagar, el contenido principal de la cláusula se define a partir de la autonomía de la voluntad. Este aspecto determina un rasgo distintivo de la cláusula, porque fundamenta en este principio esencial del derecho privado los aspectos que la regulan.

## **2.1. Noción de autonomía de la voluntad**

La doctrina civil analiza ampliamente el concepto de *autonomía de la voluntad*. Alessandri Rodríguez (2011) explica que la voluntad es “soberana” en el derecho contractual, y es la que, salvo ciertas restricciones específicas, determina con libertad los efectos del contrato, su extensión y duración. Concretamente la define como: “[...] *la libertad de que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y de determinar su contenido, efectos y duración*” (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, 2011, p. 10).

Hinestrosa (2015) la define a partir de varias dimensiones, y en desarrollo del concepto explica que se centra en los intereses, que se refieren a la posibilidad de disponer de lo propio. En esa línea, representa el contrato como la regulación de los intereses de las partes por ellas mismas, ordinariamente patrimoniales, pero no

exclusivamente, consistiendo en una autorregulación de sus intereses (Hinestrosa, 2015).

Es clave comprender el concepto, y muestra que, esencialmente, se centra en la capacidad de un sujeto, en este caso de las entidades, de mandar sobre sus intereses, gestionándolos conforme a sus necesidades, y con la disponibilidad de acción, principalmente frente a los aspectos patrimoniales que se transigirán mediante negocios.

Hinestrosa (2015) entiende que el negocio es un acto de autonomía privada con relevancia jurídica, y expresa que, dentro del régimen jurídico fundado en la propiedad y la iniciativa privada, los sujetos responden solo a sus intereses y se desarrollan autónomamente. Específicamente, esta la entiende como la posibilidad de los sujetos de definir la regulación de sus intereses, es decir, de incluir en estas las cláusulas, estipulaciones y pactos que deseen, sin más término que la coherencia entre ellas, el orden público y las buenas costumbres (Hinestrosa, 2015).

Ospina Fernández y Ospina Acosta (2021) la definen como la delegación que realiza el legislador en los particulares de la atribución de regular algunas relaciones sociales, la cual ejercen las personas por medio de actos o negocios jurídicos. Finalmente, Luigi Ferri (2018) explica que, por un lado, se entiende como el poder de crear normas con efecto jurídico, atribuida por la ley a los particulares; sin embargo, por otro lado, y mayoritariamente, se define como la libertad humana o un aspecto de esta, que se traduce en la libertad para contratar.

Aunque las definiciones son muchas, y a partir de ellas se comprende que la autonomía privada no se restringe exclusivamente al negocio jurídico, se adoptará este enfoque, porque alienta el análisis de la cláusula sobre la forma de pago. Conforme a esto, la autonomía de la voluntad supone la capacidad de decidir sobre los intereses propios, manteniendo la posibilidad de comprometerse y obligarse

según sus términos, y en las condiciones que se decidan, con consideración a las normas jurídicas. En ese caso, la autonomía de las partes para definir la forma de pago se concreta en la posibilidad de establecer su contenido.

## **2.2. Límites de la autonomía de la voluntad**

Aunque en términos generales se presenten amplios márgenes de libertad para ejercer la autonomía y obligarse, definiendo el contenido del contrato y, específicamente, de la forma de pago, hay límites para hacerlo. Hineirosa (2015) identifica los principales en las normas que deben observarse obligatoriamente –orden público–, y en las buenas costumbres. Esto, obviamente, aplica a la cláusula sobre la forma de pago que, aunque admite gran libertad para definir su contenido, se somete a las reglas particulares del EGCAP, a las normas de orden público y a las buenas costumbres.

Estos límites rigen a las entidades y a los demás particulares; sin embargo no son los únicos. El autor destaca otro aspecto que imprime una barrera en la autonomía, a partir de la uniformidad que se impone en la economía de escala y el comercio masivo, que se traduce en modelos elaborados por grupos empresariales o económicos, y son inmodificables (HINESTROSA, 2015). Esta forma extrajurídica de condicionar la libertad negocial no es ajena a la Administración, que en muchos casos está sometida al rigor de la economía, como cualquier particular.

Esta perspectiva de la contratación estatal la adopta un sector de la doctrina, que intenta explicarla de esta forma. Por esto se entiende como un mercado especial: el de la compra pública. Barreto Moreno (2019) señala que consiste en la relación de oferta y demanda que se presenta entre las entidades públicas que actúan como contratantes –es decir, quienes demandan bienes y servicios– y que ejecutan recursos públicos o privado, o de entidades en calidad de contratistas –quienes ofertan esos bienes y servicios–. Incluso, es posible entender la forma de pago, y

las condiciones incluidas, como un aspecto que permite dinamizar las ofertas, estimulando o desincentivando a los vendedores a ofrecer sus servicios y productos, y a hacerlo en mejores o peores condiciones.

No obstante, en la contratación estatal se considera que estos no son los únicos límites. El ordenamiento impone cargas adicionales que es preciso observar y referenciar de forma individual, por la importancia y repercusión práctica y material. Se circunscriben, principalmente, en principios o reglas constitucionales que definen las actuaciones administrativas, entre estas la definición de la forma de pago, que es necesario entender y observar.

Lo primero que define y limita las actuaciones administrativas es el principio de legalidad. Para empezar, el artículo 6 de la Constitución Política, en armonía con el artículo 122, establece que los servidores son responsables por infringir la Constitución y las leyes, y por omisión o extralimitación de sus funciones; además, el artículo 121 señala que ninguna autoridad del Estado puede ejercer funciones distintas a las que le atribuye la Constitución y la ley.

Conforme al principio citado, es necesario que las actuaciones estén precedidas por normas que confieran competencias para realizar ciertas actividades. Aunque la inclusión de la autonomía de la voluntad es paradójica frente al principio de legalidad, porque lo relativiza, no significa que desaparezca completamente. En consecuencia, siempre será obligatorio identificar si la entidad es “competente” para actuar, en este caso, para definir el contenido de la cláusula de forma de pago. Se considera que la remisión del artículo 40 de la Ley 80 al contenido general de las normas del derecho privado, y la autonomía prevista en el artículo 1602 del Código Civil, confirieron a la Administración la competencia –convertida en capacidad– para definir libremente la forma de pago, incluyendo su contenido.

### **3. Modalidades de pago**

La habilitación general otorgada a la Administración para elegir libremente el contenido de la forma de pago se traduce en la oportunidad para incluir elementos definitivos, entre los que se encuentran las *modalidades*, es decir, aquellas formas y momentos en que el “contratante” desembolsará el precio. A continuación se destacan los más comunes en los contratos estatales.

### **3.1. Pago al contado**

Entre las reglas previstas para que el *pago* sea válido, siendo de las más relevantes, se encuentra que se realice de acuerdo a lo pactado, como lo establece el Código Civil, artículo 1627. Este es un reflejo de la prevalencia de la voluntad de las partes, que elegirán libremente cada aspecto del pago, salvo que el legislador disponga una regla especial.

Ospina Fernández (2020) explica que paga en debida forma quien ejecuta completamente la prestación a su cargo. A partir de este aspecto inicial se deriva una subregla del pago, relativa a su *indivisibilidad* o a la necesidad de que esté completo. Los autores chilenos explican que es preciso pagar la totalidad de la deuda en *un* solo acto, lo que significa que el deudor no puede obligar al acreedor a recibir lo prometido por partes (Alessandri, Somarriva y Vodanovic, 2016). Este presupuesto del derecho de las obligaciones está incluido en una disposición del Código Civil, artículo 1649, que positiviza la necesidad de pagar en su totalidad. Por esta razón, en principio, es necesario que se cumpla en un solo acto –sea de dar, hacer o no hacer–.

Según lo explicado, esta es la forma “normal” o “natural” para cumplir la obligación; sin embargo, también es una opción que puede elegirse explícitamente, disponiéndolo así en el contrato, aunque no sea necesario.

Esto se traduce en una de las *modalidades* de pago que pueden encontrarse en los contratos estatales: al contado o en una sola entrega. Es la representación de la

forma de cumplir “pura y simple”, es decir, sin fragmentarla, y significa, en términos sencillos, que el contratante –generalmente la entidad– realizará un único desembolso para remunerar el bien, obra o servicio adquirido, en un solo momento.

Esta modalidad de pago no es común a muchos contratos estatales. Lo usual es que se fraccione, y se entregue la retribución en varios desembolsos. Sin embargo, esto no se hace por estricta definición legal, sino que responde a varias razones. Entre ellas es posible identificar: *i)* la elección libre y voluntaria de las partes, quienes por simple decisión pueden decidir fraccionar el pago; *ii)* la naturaleza del negocio, que al ser extenso o complejo, puede requerir flujo continuo de dinero, que permita financiar la ejecución y *iii)* que alguna de las partes quiera “asegurar” el cumplimiento, condicionando el pago a las entregas del objeto.

A pesar de esto, y quizá en menor medida, también existen negocios donde es factible y posible que la modalidad de pago elegida sea al contado, en todo caso esto responde más a razones de conveniencia y oportunidad según la modalidad. Por ejemplo, es usual pactarla cuando la entidad pretenda adquirir predios para desarrollar un proyecto, siendo posible pagar el precio en un desembolso.

### **3.2. Pagos parciales: sujetos a plazos específicos o a entregas periódicas**

Si bien es cierto que la regla supletiva de las obligaciones es que el cumplimiento o pago es indivisible, y que al deudor no se le puede exigir que reciba fragmentado lo convenido, como es la regla general en los negocios dominados por la autonomía de la voluntad, es posible que se pacte lo contrario. Así lo entienden Alessandri, Somarriva y Vodanovic (2016), quienes afirman que es admisible que las partes pacten pagos parciales o por cuotas.

La doctrina explica que las obligaciones pueden someterse a modalidades, variando sus efectos “normales”, y variando la naturaleza de puras y simples, influyendo en

las reglas que se les aplica comúnmente (Claro Solar, 1979). Dentro de estas modalidades se encuentran el plazo y la condición, las cuales modifican, entre otros, la exigibilidad del cumplimiento de la obligación. Concretamente, pueden modificar la exigibilidad del *pago* en los términos acá estudiados, y dividir su desembolso.

El plazo lo define el artículo 1551 del Código Civil como la época fijada para el cumplimiento de la obligación. Sin embargo, como expresa Ospina Fernández (2020), y apoya, aunque indirectamente Velásquez (2010), es una noción restrictiva e incompleta, porque limita los efectos del plazo a suspender las obligaciones, cuando también es posible que extinga la obligación o el derecho adquirido. A pesar de eso, esta primera perspectiva del plazo es la que se examinará para explicar la validez y operatividad de los pagos parciales.

En esa medida, es posible que el cumplimiento de las obligaciones, en este caso la que extingue la contraprestación, esté sometida a plazos diferentes. La teoría general de las obligaciones admite, sin lugar a dudas, que el cumplimiento de una prestación se module, suspendiendo sus efectos en el tiempo, y sometiendo su exigibilidad a un hecho futuro y cierto como una fecha –plazo–, haciendo que su exigibilidad dependa de que ocurra un evento, como el cumplimiento del contratista.

En este caso se diferirá el pago de la remuneración a plazos, haciendo que el contratista solamente pueda exigir el desembolso al cumplirse la fecha determinada en el contrato. Esta modalidad de pago es común en los contratos de prestación de servicios, donde una persona natural se compromete a ejecutar actividades relacionadas con el funcionamiento de la entidad. En estos casos es típico en la cláusula que el pago sea mensual, de forma que el último día del mes es exigible la obligación, y el contratista tiene derecho a reclamar.

Aunque este sea el ejemplo típico donde se introduce esta modalidad de pago, no es la única. Otra tipología de negocios donde es en los contratos de arrendamiento.



En estos casos la “normalidad” es que se pacte el pago de los cánones, mes vencido.

Las partes son libres de incluir esto en cualquier contrato, donde simplemente se pacta que los pagos se harán en fechas determinadas, elegidas por las partes, verbigracia mensualmente, trimestral, semestral. Ninguna combinación está prohibida, siempre que se cumpla la normativa pertinente, especialmente la orgánica de presupuesto.

### **3.2. Pago anticipado y anticipo al inicio de la ejecución del contrato**

En los contratos estatales son usuales dos modalidades de pago, y no tiene regulación especial en el derecho privado. El anticipo y el pago anticipado son formas de recibir los recursos con anterioridad al cumplimiento de la obligación que se remunerará.

El anticipo es un desembolso de la entidad al contratista, para financiar el contrato, cubrir sus costos, aunque las obligaciones no se hayan causado (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 1999. Radicado 10.607. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 5 de julio de 2006. Radicado 24.812. C.P. Ruth Stella Correa Palacio). El pago anticipado es la entrega de una parte del precio pactado, siendo la contraprestación, e ingresando al patrimonio del contratista (Consejo De Estado. Sección Tercera. Sentencia de junio 22 de 2001. Exp. 13.436. C.P. Ricardo Hoyos Duque; Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 1999. Radicado 10.607. C.P. Ricardo Hoyos Duque; Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de octubre de 2006, Exp. 1.773. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo; Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 7 de diciembre de 2015. Rad: 2.229. C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo).

Aunque entre ambas modalidades existen similitudes, es claro que son diferentes. El Consejo de Estado explicó que el anticipo es dinero de la Administración, que se entrega al contratista para que lo administre (Consejo De Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de noviembre de 2000. Exp. 18.709. C.P. María Elena Giraldo Gómez.). Así lo entiende la doctrina, al destacar que el anticipo lo entrega la entidad, al contratista, para financiar el contrato, antes ejecutarlo, pero sin la finalidad de pagarlo (Dávila Vinueza, 2016); mientras que el pago anticipado sí hace parte del precio, y extingue la obligación de la entidad (Dávila Vinueza, 2016; Escobar Gil, 2000).

En la definición propuesta se evidencia perfectamente que el *pago anticipado* es concretamente una modalidad posible donde la entidad entrega parte de lo pactado como remuneración. Por esto, no cabe duda de que lo desembolsado se constituye como una de las posibles formas de pagar parte del precio.

Por otro lado, el párrafo del artículo 40 *ibidem* señaló que su valor no podrá exceder del cincuenta por ciento del respectivo contrato. La interpretación de este párrafo admite varios cuestionamientos, partiendo de la simple lectura, los cuales tienen en realidad gran incidencia práctica para las entidades estatales. De lo establecido no es posible cuestionar la habilitación para incluir cualquiera de estas modalidades de pago; sin embargo, evidencia la existencia de límite.

Pino Ricci (2005) considera que al ser cláusulas independientes, es perfectamente viable que la entidad se desprenda de la totalidad del valor del contrato, entregando cincuenta por ciento de anticipo y cincuenta por ciento de pago anticipado, argumentando que no debería suponer un problema porque se amparan mediante garantías. El autor ofrece una interpretación permisiva, aun así, no es pertinente tildarla rápida y tajantemente de errónea.

Otro sector de la doctrina se inclina por sostener que, contrario a las interpretaciones adyacentes, la suma máxima que se entregará por concepto de anticipo y pago anticipado –en conjunto– no podrá superar el cincuenta por ciento. Dávila Vinueza sostiene que: “[...] el pacto que incluya las dos modalidades no puede servir de base para transgredir la intención del legislador de no entregar nunca más del cincuenta por ciento del precio por estos conceptos” (Dávila Vinueza, 2016, p. 414).

Según esa tesis es evidente que la intención del legislador era que la entidad no se desprendiera de más del cincuenta por ciento, por la naturaleza de los recursos, y por los principios de la gestión fiscal y la función administrativa. Así se pronunció el Consejo de Estado cuando sostuvo que cualquier acuerdo que suponga la entrega de un valor superior al cincuenta por ciento viola el parágrafo *ibidem* (Consejo De Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 2010. Radicado 17.935. C.P. Mauricio Fajardo Gómez).

Aunque la Sección Tercera no sea tan explícita como la doctrina, se infiere que también considera impertinente que la entidad se desprenda de más del cincuenta por ciento. En consecuencia, partiendo de que esos recursos son públicos, el cuidado al que deben estar sometidos es el máximo. De esa forma, el valor pactado no podrá superar el cincuenta por ciento que se haya estipulado en el contrato como pago total.

Por otro lado, al desembolsar lo pactado por concepto de anticipo, y en virtud de, *primero*, la finalidad que de la cláusula –el apalancamiento del objeto contractual–; y *segundo*, la garantía de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, la entidad contratante debe asegurarse que el valor entregado se utilice solamente para ejecutar el contrato. En consecuencia, se exige elaborar un plan de inversión que cumplirá el contratista.

Además, para administrar el anticipo se presentan riesgos surgidos del desprendimiento material de los recursos públicos. Por esto es preciso adoptar las medidas necesarias para proteger el patrimonio, asegurándose que el se entregue exclusivamente al contratista, por lo cual, en la mayoría de casos, los dineros se desembolsan en instrumentos como cuentas bancarias o, incluso, como exige la Ley 1474, artículo 90, en fiducias mercantiles. Por esta razón, luego de suscribir el acta de inicio del contrato se procede con la apertura de uno de esos instrumentos financieros, y una vez se apruebe el plan de inversión la entidad lo desembolsará en él.

El plan de inversión del anticipo no tiene una norma que lo regule; por el contrario, su concepción es producto de la práctica, y exclusivamente se referencia en el Decreto 1082 de 2015. Finalmente, es un documento elaborado antes de la ejecución contrato, y allí se describen detalladamente los conceptos en los que se invertirá el dinero, su costo y el momento en que aproximadamente se utilizará.

#### **4. Requisitos para el pago: posibilidad extensa en virtud de la autonomía de la voluntad**

Continuando con el análisis de los elementos que podrían integrarse a la cláusula, es preciso destacar que la normativa contractual no regula expresamente la forma de pagar; por el contrario, el vacío normativo se suple con la voluntad de las partes, y con lo establecido en normas especiales. Aunque los elementos básicos de la legislación privada no incluyen aspectos adicionales a la causa y exigibilidad para pagar, la contratación estatal es más compleja, y aunque los requisitos para su procedencia no están definidos taxativamente, la naturaleza de los recursos implica que se incluyan algunos destinados a su cuidado y conservación.

Las regulaciones al respecto son variadas; no obstante, es común que en los contratos se incluyan como obligaciones de los contratistas y, a la vez, como requisitos previos para pagar, el cumplimiento de ciertos requisitos. Funcionan como

*condición*, en los términos de la teoría general de las obligaciones, es decir, como un hecho futuro e incierto que suspende el cumplimiento de la obligación, conforme a lo establecido en la ley (Ospina Fernandez, 2020; Claro Solar, 1979).

En esa medida, es posible que el cumplimiento de las obligaciones –la de pagar– se someta a condiciones suspensivas que lo supediten al cumplimiento de requisitos. La teoría general de las obligaciones admite, sin lugar a duda, que el cumplimiento de la prestación se supedite a la configuración de hechos puntuales. Entre las más comunes que se encuentran en los contratos estatales se destacan las siguientes.

#### **4.1. Informe de actividades: requisito de algunos pagos**

No existen específicamente condiciones o requisitos comunes a todas las tipologías contractuales; por el contrario, más que la ley, la práctica administrativa convirtió algunos en “comunes”. Concretamente, ocurre en aquellos donde el contratista debería cumplir con encargos intelectuales, que no son constatables mediante entrega de productos físicos u obras. También ocurre comúnmente en los contratos de prestación de servicios, donde se desarrollan actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, como lo establece el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80. Estos, por su similitud con el trabajo laboral, es difícilmente medible en productos concretos, siendo necesario, para justificar el pago, que se presente un documento donde el contratista reporte efectivamente el trabajo.

Por esta razón, es un común denominador que en este tipo de contratos se exija, como requisito para pagar, la presentación de informes mensuales de actividades. Por organización administrativa es común que las entidades dispongan de formatos para diligenciar y demostrar las acciones concretas que se ejecutaron durante el período a pagar. Normalmente son mensuales, por la naturaleza de este tipo de contratos.

La presentación del informe, en cada período de pago, supone el requisito específico para identificar si procede el desembolso definitivo. Recibido el documento, la entidad estatal, generalmente el supervisor, será el encargado de revisar las actividades reportadas y los documentos que demuestran su ejecución. Esta es la forma “probatoria” de constatar que las obligaciones se cumplieron conforme a lo requerido en el contrato, y solamente aprobado se entiende recibido el trabajo, y se autorizará pagar el servicio prestado.

#### **4.2. Actas de obra: recepción y exigencia en algunos contratos**

En otro tipo de contratos donde prima la elaboración de una obra, se requieren documentos para demostrar que se cumple parcial o totalmente el objeto contratado. En estos casos, la entidad requiere recibir las obras ejecutadas, parcial o totalmente, verificando el cumplimiento de las obligaciones por pagar.

Dependiendo de la complejidad de la obra así se recibirá lo ejecutado, que podría ser extensa o no, por la cantidad de actividades que constituyen materialmente esta tipología contractual. En un gran proyecto, que podría ser la edificación de una infraestructura compleja y completa, es administrativa y operativamente necesario que pagar de forma parcial, es decir, recibiendo partes de la obra y remunerando ese trabajo específico. También es posible que el trabajo no sea tan extenso, como el mantenimiento de una fachada, de forma que la obra podrá recibirse completa.

En ambos casos las entidades consideran necesario suscribir un documento para certificar el avance de la obra, sea parcial o total. En ella se describen los elementos necesarios para dejar constancia de las obras ejecutadas y el estado en que se encuentran, conforme a lo establecido en el contrato. El acta se diligencia partiendo de los avances de obra y de la forma de pago pactada en el contrato. Así, es necesario describir detalladamente las actividades, por ejemplo, excavaciones,

voladuras, retiro de material, entre otros. También la unidad ejecutada, de acuerdo con las medidas avanzadas y la cantidad que se cobrará.

Ese documento es eminentemente técnico, y su uso tiene finalidades más administrativas y operativas que jurídicas. En él, además de dejar establecidos los avances de la obra que se entregan a la entidad, se hacen otras definiciones importantes, específicamente se define un valor por el cual fue presentado. También se hacen las correspondientes amortizaciones del anticipo, si se entregó, es decir, queda consignado el valor que se descuenta de lo que se pagará, para devolverle a la entidad el dinero desembolsado inicialmente.

En esa medida, varios contratos de obra incluyen como requisito previo para el pago la suscripción y posterior presentación de las actas de obra. Mediante esta el encargado de impartir la aprobación verifica lo ejecutado, reconocido por ambas partes, y si cumple las demás condiciones contractuales y jurídicas para el mismo. Solamente lo que se defina en el acta será exigible por el contratista.

#### **4.3. Aprobaciones para el pago: intervención de interventores y supervisores**

En la contratación estatal, la Ley 80 de 1993, artículo 4, definió los deberes y obligaciones de la entidad. Exige revisar lo ejecutado y los bienes o servicios adquiridos, conforme a lo pactado. Por esta razón la vigilancia y control se convirtió en una obligación, y el deber se concretó en una herramienta administrativa utilizada para realizar seguimiento directo y detallado de la ejecución. Por esto, la Ley 1474 de 2011, artículo 83, le impuso a las entidades estatales la obligación de vigilar permanentemente la ejecución de los contratos mediante un supervisor o interventor.

El interventor o supervisor debe garantizar que el contratista ejecute responsablemente los recursos públicos. Esa obligación tiene varias dimensiones

importantes, especialmente la que se describe en esta oportunidad: que verifiquen el cumplimiento de las obligaciones pactadas y los requerimientos administrativos necesarios para autorizar el pago. Esta es una función compleja que comprende la ejecución de varias tareas, pero que finalmente termina con la aprobación o improbación de la transferencia de lo acordado.

Para cumplir su función, el artículo 84 *ibidem* establece que los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual. Conforme a esto, ambos, tanto en campo como en los informes que podrán solicitar, están obligados a verificar que se cumpla el contrato y las demás obligaciones. Así tendrán información suficiente para identificar si el contratista tiene derecho al pago y emitir su autorización.

#### **4.4. Pago de los aportes de seguridad social**

Hasta ahora, en realidad, todos los requisitos son contractuales. No hemos referenciado disposiciones legales o reglamentarias que condicionen el pago, u obliguen a los contratistas a presentar un informe de actividades, un acta de recibo de obra o la aprobación del interventor o supervisor. Sin embargo, la legislación sí decidió condicionarlo a la verificación del pago de la seguridad social, aportes al Sena, ICBF y cajas de compensación familiar.

El artículo 41 de la Ley 80 establece que el proponente y *el contratista*, cuando corresponda, acreditarán que están al día en el pago de los aportes parafiscales a la seguridad social, Sena, ICBF y cajas de compensación familiar. Adicionalmente, el parágrafo 1 dispuso que ese requisito se demostrará para poder pagar. La condición es tan relevante que la misma disposición definió que si un servidor público, sin justa causa, no verifica el pago incurrirá en causal de mala conducta.



Conforme a la normativa referenciada, el legislador exige verificar el pago de la seguridad social, y demás conceptos parafiscales, en varios momentos de la actividad contractual. Sin embargo, uno de los más relevantes es como prerrequisito para el pago. Esta es la regla general, independientemente de la naturaleza jurídica del contratista y de la tipología contractual.

La obligación es clara y no admite duda. Así lo explica Colombia Compra Eficiente en los siguientes términos: “De la lectura integral del artículo 23 de la Ley 1150 de 2007 se infiere que si bien los proponentes y los contratistas deben estar al día en el pago al Sistema de Seguridad Social Integral, la verificación de este requisito, por parte de las entidades estatales, se efectuará cuando realicen los pagos del contrato, es decir, durante la ejecución” (Colombia Compra Eficiente. Concepto C-205 de 2020; Colombia Compra Eficiente. Concepto C-778 de 2021; Colombia Compra Eficiente. Concepto C-141 de 2020).

#### **4.5. Factura o cuenta de cobro**

La ley introduce otros requisitos para exigir el pago. En este caso proviene de la normativa tributaria y no de la contractual. El Estatuto Tributario, artículo 615, define la obligación de expedir factura. Concretamente establece que, para efectos tributarios, todas las personas o entidades que sean comerciantes, ejerzan profesiones liberales, presten servicios inherentes a estas, o enajenen bienes agrícolas o ganaderos, deberán expedir factura o *documento equivalente*, y conservar copia de ellas, por cada operación, independientemente de su calidad de contribuyentes o no.

El deber tributario se traduce, a su vez, en un requisito para pagar. Así, los obligados a facturar deben hacerlo, en caso contrario no podrá pagárseles; mientras que los demás deben acompañar la cuenta de cobro con el correspondiente documento equivalente.

**5. Conclusiones ESTAS CONCLUSIONES LAS DEBIO TOMAR DE OTRO DOCUMENTO, PORQUE LA REDACCION REFLEJA ALGO ASI, Y ADEMAS NO SE AJUSTAN ADECUADAMENTE A LO ESCRITO A LO LARGO DEL TEXTO. FALTA DECIR ALGO MEJOR EN ESTE LUGAR.**

Los contratos sometidos a las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –EGCAP– están regulados, en gran medida, por disposiciones de derecho privado, porque en varias disposiciones especiales – artículos 32 y 40– se remite a él. Esto supone, en lo que interesa a este análisis, que contenidos especiales del negocio, no regulados expresamente por el EGCAP, como sería la cláusula de “forma de pago”, está especialmente definida por la autonomía de la voluntad.

En esa medida, las entidades estatales están habilitadas para elegir, de forma libre y casi irrestricta, los elementos definitorios de la forma en que se pagará el *precio* de los contratos suscritos. Los límites, como se explicó, se restringen específicamente al orden público, las buenas costumbres, incluso las exigencias del mercado y, finalmente, los principios constitucionales como la legalidad y los de la función administrativa.

Por esto, es posible que el contenido de la cláusula en cada negocio esté marcada por la libertad de configuración. Por esto es posible encontrar varios elementos, y combinaciones de ellos. Entre estos es posible incluir varias modalidades para pagar, solamente direccionadas por la tipología contractual y las necesidades del negocio, siendo posible que sean: *i)* al contado, *ii)* parciales y *ii)* con anticipos y pagos anticipados. También es posible someter el pago a diferentes condiciones, como las explicadas en el numeral 4 del texto, o cualquier otra compatible con el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, es preciso aclarar que aunque la libertad de definir este contenido es más que amplia, también está sometida a los límites especiales definidos en el EGCAP. Por esto, siempre que se pacten anticipos o pagos anticipados, esta transferencia no podrá superar el 50% del valor del contrato. En esa medida, tampoco será posible incluir un pago al contado anterior a la ejecución de las prestaciones, porque vulneraría esta regla. Igualmente, el pago siempre dependerá del pago de los aportes de seguridad social, sin excepción.

Así las cosas, es claro que las entidades estatales tienen autonomía amplia para definir el contenido de la cláusula, que si bien está definida por costumbres administrativas, les aporta gran facilidad para configurarlas en las mejores condiciones para sus negocios.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

Benavides, J. (2004). *El contrato estatal: entre el derecho público y el derecho privado*. (2ª. ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Barreto Moreno, A. (2019). *Derecho de la Compra Pública*. (1ª. ed.). Bogotá: Legis y Universidad de La Sabana.

Corte Constitucional. Sentencia C-341 de 2003. M.P. Jaime Araújo Rentería

Claro Solar, L. (1979). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. De las obligaciones III. Tomo XII*. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile.

Consejo De Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 2010. Radicado 17.935. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo De Estado. Sección Tercera. Sentencia del 22 de 2001. Exp. 13.436. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo De Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de noviembre de 2000. Exp. 18.709. C.P. María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 1999. Radicado 10.607. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 5 de julio de 2006. Radicado 24.812. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

- Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 1999. Radicado 10.607. C.P. Ricardo Hoyos Duque.
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de octubre de 2006, Exp. 1.773. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 7 de diciembre de 2015. Rad: 2.229. C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.
- Colombia Compra Eficiente. Concepto C-205 de 2020.
- Colombia Compra Eficiente. Concepto C-778 de 2021.
- Colombia Compra Eficiente. Concepto C-141 de 2020.
- Dávila Vinuesa, L. (2016). *Régimen jurídico de la contratación estatal*. (3ª ed.) Bogotá: Legis.
- Escobar Gil, R. (2000). *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. (1ª ed.). Bogotá: Legis.
- Expósito Vélez, J. (2021) *Forma, formalidades y contenido del contrato estatal*. (1ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Expósito Vélez, J. (2013). *Forma y contenido del contrato estatal*. (1ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ferri, L. (2018). *La autonomía Privada*. Argentina: Ediciones Olejnik.
- Hinestrosa, F. (2015). *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico. Volumen I*. (1ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Marín Cortés, F. (2012). *El precio*. (1ª ed.). Medellín: Centro de Estudios de Derecho Administrativo y Librería Jurídicas Sánchez R. Ltda.
- Mendoza Ramírez, Á. (2020). *Obligaciones*. (9ª. ed.) Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A. y Universidad de La Sabana.
- Ospina Fernández, G. (2020). *Régimen general de las obligaciones*. (8ª. ed.). Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Ospina Fernández, G. y Ospina Acosta, E. (2021) *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. (7ª. ed). Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Pino Ricci, Jorge. (2005). *El régimen jurídico de los contratos estatales*. (1ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Alessandri, A., U., Somarriva, M. y Vodanovic, A. (2016). *Tratado de las obligaciones*. Tomo II. (3ª. ed.). Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.

Alessandri, A. (2011). *De los contratos*. Bogotá: Editorial Temis S.A. y Editorial Jurídica de Chile.

Uribe Holguín, Ricardo. (1982). *De las obligaciones y de los contratos generales*. (3ª. ed.). Bogotá: Editorial Temis.

Valencia Zea, A. y Ortiz Monsalve, A. (2015) *Derecho Civil. Obligaciones*. Tomo III. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Velásquez Gómez, H. (2010). *Estudio sobre obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis S.A.