

EL ANTICIPO EN EL CONTRATO ESTATAL: CONCEPTO, DERECHOS,
OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES ASOCIADAS

CRISTINA GONZÁLEZ DUARTE

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2011

EL ANTICIPO EN EL CONTRATO ESTATAL: CONCEPTO, DERECHOS,
OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES ASOCIADAS

CRISTINA GONZÁLEZ DUARTE

Monografía para optar el título de abogada

Directora
Carolina Ariza Zapata
Abogada

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2011

Nota de aceptación

Firma del jurado

Firma del jurado

Medellín, 31 de octubre de 2011

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	6
1. ANTICIPO. CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO	9
2. LA CLÁUSULA DE ANTICIPO EN EL CONTRATO ESTATAL	24
2.1. OBLIGACIÓN DE LA ENTIDAD CONTRATANTE Y DERECHOS CORRELATIVOS DEL CONTRATISTA	27
2.1.1. La obligación de entregar el anticipo y el derecho a recibirlo	27
2.1.1.1. La excepción del contrato no cumplido (<i>exceptio non adimpleti contractus</i>)	29
2.1.1.2. El restablecimiento económico de la ecuación financiera del contrato	32
2.1.1.3. La indemnización del perjuicio moratorio generado por el Incumplimiento	42
2.2. DERECHOS DE LA ENTIDAD CONTRATANTE Y OBLIGACIONES CORRELATIVAS DEL CONTRATISTA	44

2.2.1. Constitución de la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo	46
2.2.2. Elaboración y seguimiento del plan de inversión del anticipo	50
2.2.3. Amortización y reintegro del anticipo	52
2.2.4. Rendimientos financieros generados por el anticipo	54
2.2.5. Levantamiento de la reserva bancaria ¿Un derecho de la entidad contratante o del contratista?	60
3. RESPONSABILIDADES ASOCIADAS A LA CLÁUSULA DEL ANTICIPO	66
3.1. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL	68
3.2. RESPONSABILIDAD PENAL	85
3.3. RESPONSABILIDAD FISCAL	92
3.4. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA	101
4. CONCLUSIONES	114
BIBLIOGRAFÍA	118

INTRODUCCIÓN

En virtud del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales están autorizadas para pactar a favor de sus contratistas la entrega anticipada de recursos, con el fin de que éstos puedan financiar los costos que implican el inicio de la ejecución del contrato. Cuando la entidad contratante hace entrega al contratista de estos recursos, a manera de préstamo y no como un pago adelantado o anticipado, estará haciendo entonces un *anticipo* del valor del contrato. En tanto se trata de un préstamo, el anticipo seguirá siendo de propiedad de la entidad contratante y el contratista no será más que el administrador encargado de invertir estos recursos públicos en el objeto del contrato.

A pesar de la importancia que reviste este tema para la contratación estatal, en razón a la naturaleza pública de estos recursos, la falta de regulación legal ha permitido que muchas entidades hagan entrega de anticipos sin ningún criterio y no ejerzan un control estricto sobre la forma en que los contratistas deben administrar e invertir estos recursos en los contratos. Hay que ver como la ley ha dado casi plena libertad para que entidades contratantes y contratistas regulen a través del contrato las obligaciones concretas que cada una de ellas tendrá en relación con el anticipo.

En cumplimiento del deber que tiene de velar por el interés general, el Estado ha intentado garantizar, a través de la producción de disposiciones jurídicas y del ejercicio del control y vigilancia, que los anticipos sean correctamente invertidos en el contrato y debidamente administrados por los contratistas que los reciben, así como vigilados y controlados por las entidades contratantes que los entregan. El mal manejo del anticipo, su incorrecta inversión o su apropiación por parte de un particular o de un servidor público, no sólo puede implicar una responsabilidad contractual derivada del incumplimiento del contrato estatal, sino también y de manera simultánea, las responsabilidades derivadas del control que ejercen

ciertas entidades del Estado: responsabilidad penal, responsabilidad fiscal y responsabilidad disciplinaria.

Por lo anterior, este trabajo tiene como objetivo general identificar cuál es la regulación que existe sobre el anticipo en el ordenamiento jurídico vigente -la Constitución Política, la ley, los reglamentos y la jurisprudencia -, encontrar cuál ha sido el desarrollo doctrinal en torno a esta figura, y determinar cuáles son las responsabilidades asociadas a la cláusula de anticipo que se derivan para las partes y los sujetos que intervienen en el contrato estatal.

Como objetivos específicos de este trabajo se pretende (i) elaborar un concepto de anticipo que permita reconocer la distinción que existe entre éste y el pago anticipado, así como enunciar y explicar algunas de sus principales características; (ii) analizar cuáles son las principales obligaciones que se derivan para la entidad contratante y el contratista del pacto de entrega de un anticipo, así como las consecuencias que se generan para las partes por su incumplimiento y (iii) exponer, de manera general, en qué consisten la responsabilidad contractual, penal, disciplinaria y fiscal que se pueden derivar del mal manejo, incorrecta inversión o apropiación del anticipo para los sujetos que intervienen en la actividad contractual.

En relación con lo anterior, no se pretende realizar una labor propositiva sino meramente descriptiva del estado actual de las cosas en lo que respecta al objeto de estudio, el anticipo, aunque es posible que las disposiciones normativas bajo examen y las posiciones jurisprudenciales que sean citadas puedan dar un espacio para su crítica o interpretación a la luz de criterios de eficiencia, conveniencia o técnica jurídica.

Para el logro de los objetivos propuestos se tendrán como fuentes la Constitución Nacional, la ley, los decretos reglamentarios, la jurisprudencia, algunos actos administrativos y conceptos jurídicos proferidos por entidades estatales, la doctrina, así como las —prácticas comunes” de las entidades contratantes y de los

contratistas, que dan luces acerca de cómo se regula usualmente este tema por las partes en virtud de la autonomía de la voluntad contractual.

El desarrollo de este trabajo se hará siguiendo el mismo orden en que fueron planteados de los objetivos específicos. En el primer capítulo se realizará la construcción del concepto de *anticipo* de conformidad con la normativa del ordenamiento jurídico vigente y la doctrina, diferenciándolo claramente de otra figura propia del contrato estatal, el pago anticipado. En el segundo capítulo se estudiarán los principales derechos y obligaciones correlativas que se derivan para las partes de la cláusula de anticipo; y en el tercero se enunciarán y explicarán cada una de las responsabilidades en las que pueden incurrir los sujetos que intervienen en la actividad contractual del Estado, en lo que tiene que ver con el mal manejo, incorrecta inversión y apropiación del anticipo.

1. ANTICIPO. CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO.

En el lenguaje común¹, *anticipo* y *pago anticipado* son términos que se utilizan por las personas sin hacer ninguna distinción. Sin embargo, para el ordenamiento jurídico en general y para la contratación estatal en particular, *anticipo* y *pago anticipado* son conceptos diferentes. Así lo han señalado la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado, Corporación ésta última que en sentencia del año 2006 reiteró:

La Sala ha sostenido en varias providencias que los dineros que se entregan al contratista por concepto de anticipo son dineros públicos que le siguen perteneciendo a la entidad contratante mientras el contratista no los amortice totalmente, por cuanto es 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 [...] que sólo se incorporan al patrimonio del contratista e implican un pago en la medida de su amortización. Por el contrario, en el pago anticipado, se ha señalado que es un pago del precio y, por tanto, se incorpora al patrimonio del contratista y es de su propiedad.²

Esta claridad en la distinción es más bien reciente si se tiene en cuenta que, hasta hace veinte años³, los operadores del Derecho sólo podían reconocer que se

¹ Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española anticipo y pago anticipado son sinónimos: —*Anticipo* (de anticipar) 1. Anticipación. 2. Dinero anticipado.”

Ver: http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=anticipo.

² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 5 de julio de 2006. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Radicación número: 24812: En este sentido pueden consultarse las sentencias de la sección de 13 de septiembre de 1999 (Exp. 10.607); de 22 de junio de 2001 (Exp. 13.436), del 29 de enero de 2004, Exp. 10.779 y de la Sala Plena Contenciosa de 8 de agosto de 2001 (acumulado AC-10966 y 11.274), las cuales serán objeto de estudio en este trabajo.

³ Como se expondrá en el desarrollo de este trabajo, fue sólo a partir de la sentencia del 13 de septiembre de 1999, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado (Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque), que esta Corporación esbozó por primera vez un concepto de anticipo en el contrato estatal y trazó algunas diferencias básicas con el pago anticipado.

trataba de conceptos distintos, pero, a ciencia cierta, desconocían en qué radicaba su diferencia.

Es posible que a raíz de la confusión que existía en un principio entre estos dos términos, la jurisprudencia y la doctrina hayan estructurado el concepto de anticipo a partir de las diferencias que encuentra con el pago anticipado, pudiéndose decir que la delimitación y caracterización de cada concepto ha sido el resultado de una comparación constante entre ellos. Por este motivo, la construcción conceptual que se hará de *anticipo* estará soportada en la definición que se hará también de *pago anticipado*, en un intento por conservar la forma en que se ha definido tradicionalmente.

La diferencia entre anticipo y pago anticipado suele fundarse en una sola de las características de dichos conceptos: El anticipo es un recurso o dinero *público* y el pago anticipado es un recurso o dinero *privado*. Sin embargo, el estudio de estas dos figuras no puede conformarse con saber cuál es la naturaleza del recurso que se entrega a un contratista en virtud de un contrato, cuando lo más importante de esto es conocer y entender las consecuencias que de ello se derivan.

Definir el anticipo es un asunto complicado si se tiene en cuenta el poco - por no decir nulo - desarrollo conceptual que ha hecho la ley del tema. Sobre el asunto, señala el párrafo único del artículo 40 de la Ley 80 de 1993:

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.

Si bien la norma transcrita no define los términos anticipo y pago anticipado, es claro que la ley, desde su redacción, reconoce diferencias entre ambos términos

toda vez que separa ambas expresiones con la conjunción —y lo cual indica que desde su origen legal estas dos palabras no significan lo mismo. Para precisar qué significa una y otra es necesario acudir a otras fuentes formales del derecho que se han encargado de dar contenido a estos conceptos.

Sin duda, la más importante de ellas ha sido la jurisprudencia del Consejo de Estado. Esta Corporación ha sido la encargada de precisar y delimitar unas instituciones jurídicas que, si bien existían para la contratación estatal desde antes de la Ley 80 de 1993, no encontraban definición en ninguna ley, acto administrativo o providencia judicial. A pesar del poco desarrollo que ha habido del tema, ha sido el juez administrativo quien ha desarrollado la distinción entre estas dos figuras, a través de una jurisprudencia clara y uniforme en cuanto a las características que identifican y diferencian el anticipo y el pago anticipado.

En sentencia del 13 de septiembre de 1999 la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló la diferencia básica, pero esencial, que existe entre anticipo y pago anticipado: Los recursos que se entregan al contratista a título de anticipo son de carácter público y los recursos entregados a título de pago anticipado son de carácter privado:

No puede perderse de vista que los dineros que se le entregan al contratista por dicho concepto [anticipo] 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 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.⁴

Lo anterior fue posteriormente ratificado en dos sentencias del año 2000, en las cuales el Consejo de Estado dispuso nuevamente:

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 pagar⁵.

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 [...]⁶.

Un año después, mediante sentencia del 22 de junio de 2001, la máxima Corporación de lo contencioso administrativo amplió la gama de elementos diferenciadores de estas figuras. Señaló que el anticipo constituye un —préstamo” que realiza la entidad contratante al contratista para el cubrimiento de los costos iniciales del contrato, el cual debe ser amortizado en la medida en que vaya siendo invertido. El pago anticipado, por el contrario, consiste en la remuneración parcial que recibe el contratista por la ejecución del objeto contratado y por tal motivo ingresa de manera inmediata a su patrimonio, así:

⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 13 de septiembre de 1999. C.P.: Ricardo Hoyos Duque. Radicación número: 10.607.

⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 10 de noviembre de 2000. C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Radicación número: 18.709.

⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA. Sentencia del 8 de agosto de 2001. C.P.: Reinaldo Chavarro Buriticá. Radicación número: AC-10966 - AC-11274.

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. La 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 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.⁷

La doctrina nacional ha encontrado en la jurisprudencia criterios susceptibles de recopilar y sintetizar para alcanzar interpretaciones más armónicas y complejas del parágrafo del artículo 40 del Estatuto Contractual arriba citado. No obstante, hay que decir que la doctrina es bastante pobre en el tratamiento que hace del

⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 22 de junio de 2001. C.P.: Ricardo Hoyos Duque. Radicación número: 13.436.

tema, por la forma tangencial o accesorio en la que se aborda en los textos -como uno de los elementos del contrato o con ocasión de la constitución de las garantías, por ejemplo- o por el poco desarrollo y profundidad que se le da al asunto incluso por parte de aquellos autores que deciden titularlo como un acápite independiente dentro de su obra. En efecto, en la mayoría de los textos dedicados a la contratación estatal, se le dedican tan solo unos cuantos párrafos al estudio del anticipo y del pago anticipado. Todos los autores consultados se limitan a remitir al lector a las sentencias ya citadas, sin intentar siquiera desarrollar argumentaciones propias que enriquezcan el análisis de la disposición legal.

MATALLANA CAMACHO, en su obra —Manual de contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993”, subraya la modalidad de la ejecución del contrato y la calidad de los recursos que recibe el contratista como algunos de los elementos diferenciadores de estas dos figuras:

[...] 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) [...] el pago anticipado es la **retribución parcial** que el contratista recibe **en los contratos de ejecución instantánea** [...]⁸.
(Negrillas propias).

En similares términos los define LAMPREA RODRÍGUEZ, quien establece como criterio diferenciador de estos conceptos la manera como los recursos entregados por la entidad contratante ingresan al patrimonio del contratista: los dineros recibidos a título de anticipo tienen la vocación de ingresar a su patrimonio en la

⁸ MATALLANA CAMACHO. Ernesto. Manual de contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993. 2da edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. p.855, 857.

medida en que los amortice en proporción a la ejecución de la obra contratada, en tanto los dineros recibidos a título de pago anticipado ingresan inmediatamente a su patrimonio:

[...] 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**⁹ (Negrilla propia).

Algunos, como MELENDEZ JULIO, destacan la finalidad que se busca con el anticipo y el pago anticipado y otros, como DÁVILA VINUEZA, señalan como un criterio diferenciador entre éstos la propiedad de los rendimientos que generan estos recursos:

Desde la doctrina colombiana se define el anticipo como **“los recursos que la entidad entrega al contratista inclusive antes de la ejecución del contrato, con el fin de financiarlo y no como pago o labores acometidas”** [...] el pago anticipado, a diferencia del anticipo, sí hace parte del precio del contrato y **“su entrega comporta la extinción parcial de la obligación de remuneración a cargo de la entidad sólo que de manera adelantada a la realización del contrato o como primer contado”**¹⁰.

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 debe

⁹ LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio. Contratos Estatales. Bogotá: Temis, 2007. p.411-412.

¹⁰ MELÉNDEZ JULIO, Inocencio. La responsabilidad contractual en el derecho público de los contratos estatales. Tomo I. Régimen patrimonial de los contratos estatales y de los riesgos en el derecho contractual colombiano. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2009. p.489 y 491.

existir injerencia de la interventoría y **los frutos o rendimientos pertenecen a su dueño, vale decir, al contratista**¹¹. (Negrilla propia).

Finalmente, SOLANO SIERRA resalta dos distinciones importantes que pueden realizarse en relación con estos términos. En primer lugar, resalta la inembargabilidad de los recursos que se entregan a título de anticipo, la cual se deriva de su carácter de recurso público, lo cual se fundamenta en lo prescrito por el artículo 19 del Decreto 111 de 1996 o Estatuto Orgánico del Presupuesto¹², que señala como uno de los principios del sistema presupuestal, la inembargabilidad de las rentas incorporadas en el Presupuesto General de la Nación. A diferencia de éstos, los recursos que se entregan al contratista a título de pago anticipado siguen la regla general de la embargabilidad que se predica de los recursos propios de los particulares. En segundo lugar, diferencia las garantías que debe constituir el contratista en relación con uno y otro: La garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, que ampara a la entidad contratante del riesgo de que el contratista no invierta el anticipo en el objeto del contrato y la garantía única de cumplimiento¹³, que la ampara del riesgo de que el contratista no ejecute su prestación cuando la entidad contratante ya ha cumplido parcialmente con la suya, al realizar un pago anticipado. Al respecto dice entonces el tratadista:

¹¹ DÁVILA VINUEZA, Luís Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal, aproximación crítica a la Ley 80 de 1993. 2da edición. Bogotá: Legis, 2003. p.395, 397.

¹² COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. DECRETO 111 DE 1996 (enero 15) Diario Oficial 42.692 de enero 18 de 1996. 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. ARTICULO 19. INEMBARGABILIDAD. Son inembargables las rentas 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 4 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 (Ley 38/89, artículo 16, Ley 179/94, artículos 6o., 55, inciso 3o.).

¹³ Si bien la obra que se referencia del profesor Jairo Enrique Solano Sierra corresponde a la cuarta edición de su libro —Contratación administrativa”, publicada en el año 2010, cabe precisar que en los términos de la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 4828 de 2008 se habla de una —garantía de cumplimiento de las obligaciones” del contrato, la cual puede amparar, como dos riesgos diferentes, el buen manejo y correcta inversión del anticipo y la devolución del pago anticipado.

[...] -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.¹⁴ (Negrilla propia).

Otra posición sobre este tema específico, la que podría denominarse doctrina minoritaria, es la que sostiene PARRA GUTIÉRREZ en su libro —Los Contratos Estatales”, quien señala que la diferencia principal entre anticipo y pago anticipado radica en el tope porcentual que la ley ha establecido para cada uno de ellos. Cabe anotar que el texto consultado es anterior a los desarrollos jurisprudenciales de los cuales han venido siendo objeto dichas instituciones jurídicas. Afirmó en su momento este autor:

Pago anticipado del contrato, es aquella modalidad mediante la cual el ente estatal pacta y cancela el ciento por ciento (100%) del valor total del contrato al contratista, aún antes de la ejecución del objeto del contrato, y previa aprobación de garantías. En sentido contrario, si hablamos únicamente del valor del -anticipo del contrato”, nos referimos solamente al pacto y entrega al contratista de un máximo del cincuenta por ciento (50%) del valor total del contrato¹⁵.

¹⁴ SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Contratación administrativa. 4ta edición. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2010. p.556-557.

¹⁵ PARRA GUTIÉRREZ, William René. Los contratos estatales: Jurisprudencia, doctrina, comentarios, legislación. 3ra edición. Bogotá: Ediciones librería del profesional, 1998. p.97.

Teniendo elementos para diferenciar estas dos figuras, se considera equivocada la interpretación que hace este autor del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, ya que la ley es clara al establecer que el monto de los anticipos y pagos anticipados no debe exceder, en ningún caso, el 50% del respectivo contrato, entendiéndose este porcentaje como la sumatoria máxima de los dos rubros.

Otros autores, a pesar de que reconocen la distinción entre estos dos conceptos, también consideran, erradamente, que la entidad estatal podrá desembolsar desde un principio hasta el 100% del valor del contrato: Hasta un 50% en calidad de anticipo y hasta un 50% en calidad de pago anticipado. Así lo propone el reconocido tratadista PINO RICCI en una de sus obras:

[...] al existir diferencias entre el «pago anticipado» y «anticipo», es factible que si las prestaciones del contrato lo permiten, se pacte al mismo tiempo la entrega de los dos conceptos, desprendiéndose la entidad del 100% del valor del contrato. Esto no debe motivar preocupación alguna, pues la entidad contará necesariamente con una garantía que abarca la totalidad del dinero entregado en forma previa al cumplimiento de la prestación¹⁶.

Por el contrario, otros doctrinantes¹⁷ afirman que la norma es clara al señalar que *el monto* de estas sumas no podrá exceder el cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato. Esta postura es avalada por el profesor CAUSA de la Universidad del Norte, quien en su artículo —Alcances del anticipo y el pago anticipado” se refiere a este punto argumentando:

¹⁶ PINO RICCI, Jorge. Régimen de Contratación Estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 194. Citado por: CAUSA, José Antonio. Alcances del anticipo y el pago anticipado. Barranquilla: Revista de Derecho, Universidad del Norte, 21: 96 – 105, 2004.

¹⁷ En el mismo sentido lo sostiene SOLANO SIERRA, quien manifiesta a este respecto: —“ampoco consideramos viable —salvo mejor criterio” que si se acuerda que, a la vez, se paguen y entreguen los dos estipendios, pueda viabilizarse el porcentaje máximo que determina la normatividad para cada uno, que contabilizaría el 100% del valor del contrato, lo cual infringiría el precepto que prohíbe superar el 50% para cada uno de los dos conceptos.” SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Contratación administrativa. 4ta edición. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2010. p.555.

[...] la norma establece: « [...] se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero **su monto** no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del respectivo contrato» (negritas fuera de texto).

El diccionario de la lengua española define el término monto así: «Suma de varias partidas, importe total». Igualmente tenemos que monto viene de «montar», esto es, superponer, adicionar o sumar. Entonces, en términos de la ley, ¿cuáles son las partidas que montamos, adicionamos o sumamos? Indudablemente, no se trata de interpretar; la ley cita taxativamente señala las partidas a sumar: «anticipo» y «pago anticipado» y, al tenor de la ley, esa suma no ha de exceder del cincuenta por ciento.¹⁸

Esta lectura de la norma se compadece además con los principios que rigen la función administrativa (artículo 209 de la Constitución Nacional, artículo 3 del Código Contencioso Administrativo y artículo 3 de la Ley 489 de 1998) así como con el principio contenido en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 71 del Decreto 111 de 1996 (Estatuto Orgánico del Presupuesto), los cuales fijan los alcances de la responsabilidad que pesa sobre el administrador público en materia de contratación estatal. En ejercicio del principio de responsabilidad, el ordenador del gasto debe realizar una labor racional que le permita decidir cuál debe ser el desembolso justo teniendo en cuenta, entre otras cosas, el objeto y la forma en la que habrá de ejecutarse el contrato. Más allá de su literalidad, lo más apropiado es efectuar una interpretación armónica de la norma de acuerdo con su finalidad, cual es la de proteger los recursos públicos que se le entregan al particular.

Por último, en tratándose de recursos públicos, la Contraloría General de la República, como máximo ente de control fiscal sobre el territorio nacional, ha recapitulado lo dicho por la doctrina y la jurisprudencia emitiendo conceptos jurídicos bastante completos e ilustrativos sobre el anticipo, que merecen ser

¹⁸ CAUSA, José Antonio. Alcances del anticipo y el pago anticipado. Barranquilla: Revista de Derecho, Universidad del Norte, 21: 96 – 105, 2004. p99.

citados a manera de recuento de las citas jurisprudenciales y doctrinales hasta aquí referidas:

El anticipo se toma como recursos que la entidad entrega al contratista incluso antes de la ejecución del contrato con el fin de financiarlo y no como pago por los trabajos o labores acometidas. Por lo mismo, no extingue ninguna parte de la obligación de pago que adquiere la entidad por la celebración del contrato ni, por tanto, entran al patrimonio del contratista sino que conservan el carácter de públicos. Por eso es que debe asegurarse con una garantía (literal a) del artículo 17 del Decreto 679 de 1994)¹⁹, la correcta y adecuada inversión para evitar la dilapidación y en la medida que se vaya ejecutando el contrato se va amortizando. Usualmente se emplean para adquisición de maquinaria, congelación de precios de materiales, realización de labores necesarias y previas a la ejecución del contrato como instalación de campamentos, etc. y se consignan en cuentas que manejan conjuntamente el contratista y el interventor. Este último como delegado de la entidad para verificar que su uso se acomode a la oferta presentada y en todo caso al plan de manejo e inversión del anticipo que se elabora para el efecto.

[...]

El pago anticipado sí hace parte del precio y su entrega comporta la extinción parcial de la obligación de remuneración a cargo de la entidad sólo que de manera adelantada a la realización del contrato o como primer contado. Igual que en la figura jurídica anterior, el literal a) del artículo 17 del Decreto 679 de 1994, exige la constitución de la garantía de buen manejo²⁰.

¹⁹ Artículo derogado por el artículo 29 del Decreto 4828 de 2008.

²⁰ Sobre el asunto, hay que decir que el artículo 17 del Decreto 679 de 1994 erraba en afirmar que tanto el anticipo como el pago anticipado se amparaban con la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, cuando se ha venido diciendo que ambos constituyen riesgos diferentes que se amparan por la garantía única de cumplimiento.

Los dineros entregados al contratista a título de pago anticipado, entran a su patrimonio y no tienen destinación diferente a la que su dueño de manera libre y autónoma quiera darle.²¹

¿Qué se puede decir entonces sobre el anticipo a partir de sus diferencias con el pago anticipado? En un intento por recoger y sintetizar lo hasta aquí dicho, a continuación se presenta el siguiente cuadro comparativo a partir del cual se pueden evidenciar las características que diferencian e identifican a ambas figuras y las consecuencias diversas que de ellas se derivan:

Cuadro 1. Elementos diferenciadores del anticipo y el pago anticipado.

CRITERIO DIFERENCIADOR	ANTICIPO	PAGO ANTICIPADO
1. Naturaleza del recurso	Público	Privado
2. Relación jurídica del contratista con los recursos que recibe	Mero tenedor o administrador	Propietario

²¹ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Concepto Jurídico No. 022158 del 17 de marzo de 2004. En el mismo sentido, en concepto jurídico emitido el 7 de febrero de 2006, la Contraloría General de la República manifestó que: “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. 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 del 7 de febrero de 2006. Ver también: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Concepto Jurídico No. 80112 del 18 de mayo de 2011.

²¹ Artículo derogado por el artículo 29 del Decreto 4828 de 2008.

3. Finalidad con la que entrega el recurso la entidad contratante	Préstamo para financiar el inicio de la ejecución del contrato	Pago o extinción parcial de la obligación de remuneración a cargo de la entidad contratante
4. Cómo ingresa al patrimonio del contratista	Mediante la amortización del recurso	Con la simple entrega del recurso
5. Garantía que se constituye	Garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo	Garantía única de cumplimiento
6. Persecución e imposición de medidas cautelares por parte de acreedores del contratista	Bienes inembargables por tratarse de recursos públicos (art. 19 del Decreto 111 de 1996)	Bienes embargables por ser propios del particular.
7. Modo de ejecución del contrato ²²	Tracto sucesivo, aunque debe examinarse la naturaleza del contrato y la necesidad de pactarlo para establecer su procedencia	Ejecución instantánea
8. Destinación del recurso	Debe invertirse en la ejecución del contrato	Inversión libre por parte del contratista
9. Descuentos y retenciones	No está sujeto, pues no es	Sí está sujeto, pues

²² Se advierte que este criterio de diferenciación es propio de la doctrina, el cual parecer atender simplemente a razones prácticas. Sin embargo, hay que decir que no existe norma que impida que en contratos de ejecución instantánea se pueda pactar la entrega de un anticipo y en contratos de ejecución sucesiva la realización de pagos anticipados, lo cual es perfectamente viable.

de ley	un pago	constituye un pago
10. Supervisión de la entidad contratante	Sí, la entidad debe hacer un seguimiento de la inversión que se haga de los recursos entregados, mediante los mecanismos que considere idóneos.	No, pues son recursos del particular
11. Propiedad de los rendimientos financieros que generan los recursos	De la entidad contratante	Del contratista

2. LA CLÁUSULA DE ANTICIPO EN EL CONTRATO ESTATAL

Como es sabido, el contrato estatal reviste una naturaleza jurídica especial en tanto se trata de un acuerdo entre dos sujetos, regido por la autonomía de la voluntad, que al mismo tiempo tiene como finalidad la satisfacción del interés público o general. El artículo 32 de la Ley 80 de 1993²³ señala que los contratos estatales son todos aquellos actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales, derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, y el artículo 3²⁴ de este mismo cuerpo normativo, señala que éstos “buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos” así como “al efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”. BENAVIDES, en su obra —El Contrato Estatal, entre el derecho público y el derecho privado” señala en relación con estos dos artículos:

El artículo 3 de la Ley 80 da la definición del artículo 32 una naturaleza objetiva, en la medida en que afirma la doble finalidad de la actividad contractual que se impone a las dos partes. El contrato estatal busca a la vez el desarrollo de misiones públicas y la obtención de beneficios. Se trata

²³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 80 DE 1993 (Octubre 28) Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: [...]

²⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 80 DE 1993 (Octubre 28) Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. ARTÍCULO 3o. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

de intereses divergentes desarrollados de manera equilibrada y armoniosa por el contrato.

Por consiguiente, las partes conservan obligaciones de colaboración recíproca para obtener esta doble finalidad. Así, el artículo 3 impone a la administración garantizar y proteger los intereses del contratista, pero al mismo tiempo recuerda a éste que es un colaborador de la administración en la obtención de las finalidades públicas, y que en esta calidad desarrolla una función social que le impone obligaciones.²⁵

La Ley 80 de 1993 estableció que el Derecho Privado sería el régimen común de los contratos estatales -artículo 13²⁶- salvo por las cuestiones reguladas por el Estatuto General de Contratación; como lo son los principios de la contratación estatal, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, los controles a la contratación, las modalidades de selección del contratista, las cláusulas excepcionales, la solución de controversias surgidas con ocasión del contrato y las responsabilidades derivadas de su perfeccionamiento y ejecución. Así, quienes intervienen en un contrato estatal no sólo están sujetos a las obligaciones derivadas del contrato, las cuales deberán cumplirse en atención a lo dispuesto por las normas civiles y comerciales, sino también a las normas y principios del Derecho Público, tal como lo dispone el Estatuto Contractual²⁷.

²⁵ BENAVIDES, José Luís. El Contrato Estatal, entre el derecho público y el derecho privado. 2da edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p.74.

²⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 80 DE 1993 (Octubre 28) Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. ARTÍCULO 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. 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. [...]

²⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 80 DE 1993 (Octubre 28) Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. ARTÍCULO 23. DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

La satisfacción del interés general que se busca garantizar por medio de la contratación estatal, que adicionalmente involucra recursos públicos, justifica la existencia de una serie de controles, responsabilidades y prerrogativas especiales que se añaden al catálogo de derechos y obligaciones pactados por las entidades estatales y sus contratistas, en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Así las cosas, las prestaciones debidas entre las partes no sólo van a estar dadas por lo que ellas hayan convenido, sino también por aquellas obligaciones que se han —contractualizado” por ministerio de la ley - como sucede con la cláusula de caducidad en los contratos de obra, por ejemplo - o que en virtud de ésta se convierten en obligatorias para las partes, como sucede precisamente con algunos aspectos relacionados con el anticipo.

El estatuto contractual no ha dispuesto en qué contratos es obligación pactar la entrega de un anticipo o en cuales otros está prohibido hacerlo, cuál es el criterio al que debe acudir la entidad contratante para acordar su entrega, cómo debe invertirse en el contrato y a qué ritmo, entre otros. Salvo por el monto máximo que puede alcanzar y la constitución de la garantía para amparar el riesgo que se derive de su mal manejo, las demás obligaciones que se establezcan en relación con el anticipo serán fruto de la autonomía de la voluntad, sin perjuicio de los controles y responsabilidades que pesan sobre los servidores públicos y particulares involucrados en la entrega y recibo de anticipos.

Ahora, teniendo en cuenta que los deberes y obligaciones relacionados con el anticipo emanan de diferentes fuentes para los contratantes, no se puede olvidar que éstas se dan precisamente en el marco de un contrato conmutativo o bilateral en donde prima el principio de correlatividad. La cláusula de anticipo implicará una serie de derechos y obligaciones recíprocas entre las partes que vale la pena mencionar. Sobre el tema ha dicho el Consejo de Estado:

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 pública²⁸.

A continuación se explicará en qué consisten los principales derechos y obligaciones que se derivan para las partes en relación con la cláusula de anticipo en el contrato estatal.

2.1. OBLIGACIÓN DE LA ENTIDAD CONTRATANTE Y DERECHOS CORRELATIVOS DEL CONTRATISTA DERIVADOS DE LA CLÁUSULA DE ANTICIPO

2.1.1. La obligación de entregar el anticipo y el derecho a recibirlo

²⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 13 de julio de 2000, C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Radicación número: 12513.

Una vez pactada la cláusula contractual de anticipo, la entidad contratante se obliga a desembolsar una determinada suma de dinero a favor del contratista en el tiempo y la forma que se haya previsto para ello en el contrato y nace para el contratista el derecho a recibirlo. Así lo prevé la jurisprudencia - tal como se anotó anteriormente -, y la doctrina:

Como ya se expuso, la entrega del anticipo no está enunciada taxativamente como requisito para la ejecución del contrato; pero si se pactó su cumplimiento se torna necesario para iniciar la ejecución del objeto contratado; si la administración contratante no hace entrega del anticipo en el plazo estipulado, incurre en incumplimiento que obstruye la inversión para su ejecución material y en desconocimiento de la ley que lo obliga a cancelar en forma oportuna sus compromisos contractuales, por ello se ordena la normativa que las entidades estatales deben constituir las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato (Ley 80 de 1993 art. 25 num. 13; conc: art. 26 num. 2).²⁹

El anticipo, entendido como cantidad clara y expresa, a cargo de la entidad contratante, se hace exigible solo después de perfeccionarse el contrato³⁰. El incumplimiento total o parcial de esta obligación, a cargo de la entidad contratante, da espacio a la aplicación de tres instituciones jurídicas cuyo propósito general es velar por la conservación de los fines económicos del contrato y que, en este caso en particular, buscan la protección y el restablecimiento de los intereses lesionados al acreedor contratista, a saber: La excepción del contrato no cumplido, la solicitud del restablecimiento de la ecuación financiera del contrato y la indemnización del perjuicio moratorio generado por el incumplimiento.

²⁹ SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Contratación administrativa. 4ta edición. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2010. p555.

³⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 5 de julio de 1995. C.P.: Juan de Dios Montes. Radicación número: 9998.

2.1.1.1. La excepción del contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*)

Esta figura, propia de los contratos celebrados entre particulares, se encuentra definida en el artículo 1609 del Código Civil colombiano.³¹ Para el Consejo de Estado la *exceptio non adimpleti contractus* no solo es una previsión legal, sino ante todo una —regla de equidad del contrato como fuente de obligaciones mutuas, aplicable al contrato estatal por remisión del artículo 13 de la ley 80 de 1993”³².

Como es bien sabido, su aplicación se restringe a los contratos sinalagmáticos — aquellos en los que las obligaciones entre las partes son recíprocas o correlativas — en donde quien la alega es el segundo obligado a cumplir en el tiempo (si se trata de obligaciones sucesivas) o quien se ha allanado a cumplir en el caso en que las obligaciones deban cumplirse simultáneamente.

El Consejo de Estado³³ ha avalado su aplicación en los contratos estatales aunque no con la extensión que puede predicarse de ella en el Derecho Civil, pues entiende que, en aras de salvaguardar el interés general, el contratista solo podrá

³¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CÓDIGO CIVIL. 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.

³² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 15 de marzo de 2001. C.P.: Ricardo Hoyos Duque. Radicación número: 13.415.

³³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia proferida el 31 de enero de 1991. Radicación número: 4739: 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 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.

alegar un incumplimiento grave por parte de la entidad contratante para excepcionarse de cumplir sus obligaciones. Así lo ha señalado esta Corporación:

La Sala ha señalado que es una regla de equidad [la excepción del contrato no cumplido], que orienta los contratos conmutativos y que permite a la parte contratista no ejecutar su obligación mientras su co-contratante no ejecute la suya. Y ha condicionado su aplicación respecto de los contratos estatales, al cumplimiento de los siguientes supuestos: "a) La existencia de un contrato sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas. [...] b) El no cumplimiento actual de obligaciones a cargo cada una de las partes contratantes; [...] c) Que el incumplimiento de la Administración sea grave, de entidad y gran significación, de manera tal que genere una razonable imposibilidad de cumplir en el contratista. Este presupuesto fue planteado por la Sala así: 'es legalmente procedente que el contratista alegue la excepción de contrato no cumplido y suspenda el cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando se configuren hechos graves imputables a la administración que le impidan razonablemente la ejecución del contrato. **La doctrina ha considerado que estos casos pueden darse cuando no se paga oportunamente el anticipo al contratista para la iniciación de los trabajos**, o se presenta un retardo injustificado y serio en el pago de las cuentas, o no se entregan los terrenos o materiales necesarios para ejecutar los trabajos. **En cada caso concreto se deben valorar las circunstancias particulares para determinar si el contratista tiene derecho a suspender el cumplimiento de su obligaciones y si su conducta se ajusta al principio general de la buena fe (art. 83 Constitución Política), atendiendo la naturaleza de las obligaciones recíprocas y la incidencia de la falta de la administración en la posibilidad de ejecutar el objeto contractual**'.³⁴ (Negrilla propia)

³⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 4 de septiembre de 2003. C.P.: Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Radicación número: 10883.

Así, el Consejo de Estado³⁵ ha considerado que la falta o el retraso en la entrega del anticipo constituyen uno de esos casos de incumplimiento grave en los que cabe la aplicación de esta figura en la contratación estatal. Sin embargo, la aplicación de la excepción del contrato no cumplido no opera de forma automática ante el retraso o la no entrega del anticipo, pues esta Corporación ha adaptado la excepción en comento a las necesidades del servicio público y del interés general, por lo cual exige que sea el juez caso por caso quien decida sobre su procedencia, así:

[...] la equidad y la justicia que presiden la contratación pública lo impiden. Será el juez en cada caso quien valore las circunstancias particulares de la parte que usó la *exceptio non adimpleti contractus* si actuó en el ámbito razonable.³⁶

Como se explicó, el anticipo tiene como propósito financiar al contratista para que pueda dar inicio a la ejecución del objeto contractual, por lo cual la entidad contratante debe proceder a realizar su entrega antes de que empiece a correr el término de ejecución del contrato -por lo que es común que se sujete el inicio del término a la entrega efectiva del anticipo al contratista-. La entidad contratante es

³⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 28 de abril de 2010.C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Radicación número: 17935: En relación con este particular, la Sala concluye que el contrato no se cumplió por parte de la contratista en tanto que no entregó los vestidos que le habían sido encomendados, pero tal incumplimiento se atribuye por parte de la demandante a la falta de pago del anticipo del contrato, la cual está debidamente probada en el expediente mediante la certificación suscrita por el Tesorero del Municipio de Maicao, apenas referida, en la cual se hace constar que no se le pagó a la contratista el anticipo cobrado del 50%. Desde esta perspectiva concreta del negocio, la Sala considera que, sin la entrega del anticipo, el cumplimiento del contrato por parte de la contratista exigía esfuerzos financieros superiores de los que las cláusulas del contrato imponían y que, por tal razón, no fue posible para la contratista cumplir con el objeto contratado". Véase también: COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 14 de septiembre de 2000. Radicación número: 13530.

³⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCION B. Sentencia del 10 de marzo de 2011. C.P.: Stella Conto Díaz Del Castillo. Radicación número: 16856.

³⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 15 de marzo de 2001. C.P.: Ricardo Hoyos Duque. Radicación número: 13.415.

entonces la primera que debe cumplir con su prestación, entregar, para poder exigir al contratista la suya, ejecutar el objeto contractual, de no ser así, el contratista puede eventualmente encontrarse imposibilitado para cumplir.

En caso de ser requerido por la entidad contratante, el contratista que ha estado presto a dar inicio a la ejecución del contrato, y no ha recibido el anticipo pactado, podrá alegar la excepción del contrato no cumplido para exonerarse de una responsabilidad contractual por incumplimiento. Además, ha dicho la jurisprudencia que —el incumplimiento probado de la administración le impide hacer uso de la cláusula de caducidad administrativa y de la facultad de sancionar con multa el incumplimiento del contratista, por expresa prohibición del artículo 1609 del Código Civil³⁷, —[.] pues ambas partes en incumplimiento, ninguna puede imputar mora a otro.³⁸

2.1.1.2. El restablecimiento económico de la ecuación financiera del contrato

De acuerdo con el artículo 27 de la Ley 80 de 1993³⁹, en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o celebrar el contrato. El numeral 1 del artículo 5 de la

³⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 6 de febrero de 1992. Radicación número: 6030.

³⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 18 de marzo de 2004. C.P.: Ricardo Hoyos Duque. Radicación número: 14589.

³⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 80 DE 1993 (Octubre 28) Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. ARTÍCULO 27. DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento. Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.

misma ley⁴⁰ establece que la Administración deberá restablecer el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas, o a la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante.

La falta y el retraso en la entrega del anticipo constituyen sin duda incumplimientos de la entidad contratante que eventualmente pueden generar el desequilibrio económico del contrato. Si ello ocurre, éste deberá ser restablecido por la entidad contratante a la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato -a diferencia de la ocurrencia de hechos imprevistos no imputables a las partes pues basta con llevar el contratista a un punto de no pérdida- mediante la solicitud que haga el contratista para que los perjuicios causados por el incumplimiento le sean indemnizados, siempre y cuando se hallen probados todos los supuestos de la responsabilidad contractual: El incumplimiento imputable a la entidad, el daño, el nexo causal y la mora. Sobre el particular ha dicho el Consejo de Estado:

[...] la no entrega oportuna del anticipo podría causar perjuicios al contratista, caso en el cual estaría obligado a demostrarlos para que procediera la consecuente indemnización.

[...]

En el caso concreto el contratista debió demostrar que la falta de entrega oportuna le causó sobrecostos determinados, por ejemplo, por la

⁴⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 80 DE 1993 (Octubre 28) Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. ARTÍCULO 5o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas: 1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

disposición de equipos, personal, materiales etc. para la ejecución del contrato, en los que incurrió bajo la confianza de que se iba a iniciar oportunamente la obra.

Pero la sola afirmación de que la iniciación de la ejecución del contrato sin que hubiera recibido la totalidad del anticipo le causó perjuicios, no resulta suficiente para entenderlos acreditados, en tratándose de una obligación como la explicada, que no implica el pago de una suma de dinero, que el contratista tuviera como suya⁴¹.

Debido al retraso en la entrega del anticipo, el contratista tendrá derecho al reconocimiento de los mayores costos en los que incurrió o en los que tendrá que incurrir para continuar con la ejecución del contrato. En caso de incumplimiento definitivo, que impida ejecutar el contrato, además de los anteriores, el contratista tendrá derecho al reconocimiento de la utilidad (lucro cesante) que esperaba percibir con la ejecución de ese contrato.

En caso de retraso en la entrega pueden presentarse, entre otras, estas dos situaciones: i) Que a pesar de la no entrega del anticipo el contratista haya intentado ejecutar el contrato bajo su propio riesgo - utilizando recursos de su patrimonio – para cumplir con el cronograma de actividades; o ii) que el contratista no haya dado inicio a la ejecución del contrato por no contar con el anticipo, pero que se dé cuenta que el precio de los ítems presentados en su propuesta ha variado entre el momento en que debió haber recibido el anticipo y el momento en que efectivamente se le entregó, por lo que tendrá que incurrir en mayores costos para ejecutar el contrato debido a estas variaciones.

En el primer caso, ha dicho el Consejo de Estado que sólo podrán reconocerse los costos en los que incurrió el contratista para iniciar a tiempo el contrato cuando

⁴¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 29 de enero de 2004. C.P.: Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Radicación número: 10779.

éste – el inicio - no se haya sujetado a la entrega del anticipo, pues en caso contrario el contratista no estará obligado a cumplir con sus prestaciones y, si lo hace, será bajo su propio riesgo:

Se tiene así que se condicionó la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista a la entrega del anticipo, de lo cual se infiere que el contratista no estaba obligado a iniciar la obra sin el anticipo; de manera que, si ejecutó la obra sin haber recibido la totalidad del anticipo, obró por su cuenta y riesgo, renunciando al derecho de no adelantar el contrato sin ese dinero. Por esta razón los perjuicios causados por esta circunstancia — la iniciación de la obra con antelación de la entrega del anticipo — no resultan imputables a la entidad⁴².

En el segundo caso, esta Corporación ha dicho que la variación de los precios de los ítems presentados con la propuesta, que ocurra durante el tiempo en que debió haber sido entregado el anticipo, deberá ser reconocida al contratista incluso en aquellos contratos en los que no se ha pactado la revisión de precios⁴³, dado que la ejecución del contrato, bajo las nuevas circunstancias propiciadas por el incumplimiento de la entidad contratante, implican unos mayores costos que tornan más onerosa el cumplimiento de su prestación:

El equilibrio económico del contrato puede verse alterado, durante la ejecución por las siguientes causas: **-por actos o hechos de la**

⁴² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 29 de enero de 2004. C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Radicación número: 10779.

⁴³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 13 de julio de 2000, C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Radicación número: 12513: En lo que tiene que ver con las aseveradas variaciones de los precios, deben hacerse dos precisiones:- Primera: que la ausencia de pacto de revisión de precios en el contrato no impide que judicialmente se pueda hacer su estudio, a petición del afectado. Debe diferenciarse en uno y otro caso cual es la solución.-Cuando las partes pactan la revisión de precios, dentro de límites fijados por la ley, y acaece un hecho sobreviniente que en su criterio da lugar a la aplicación de la cláusula de revisión de precios, si hay lugar a ello, deben consignar el acuerdo en actas, que suscribirán las partes y se reconocerán con el índice a que refiere la norma transcrita.-Cuando las partes no pactaron la cláusula de revisión de precios, el afectado pueden asistir al juez del contrato para pedir la declaración del hecho de la variación (hecho objetivo) y su incidencia en el afectado (hecho subjetivo) y solicitar, en consecuencia su indemnización de los perjuicios padecidos.- [...].

Administración contratante; -por actos de la Administración como Estado; y, -por factores exógenos a las partes del negocio jurídico. Por lo general el contratista propone precios y costos de acuerdo con el calendario previsto para la celebración y ejecución del contrato, de tal manera que si se presentan retrasos injustificados, **como en este caso en el pago del anticipo**, además de la situación analizada antes – en el capítulo de anticipo – la ejecución del contrato podría verse afectada. Esta nueva circunstancia debe ser comprobada, es decir en lo que tiene que ver: - Con las variaciones reales en el mercado, por aumento, de los precios ofrecidos por el contratista (hecho objetivo) y -Con los mayores costos en que incurrió el contratista – en la compra – (hecho subjetivo).

[...]

Recuérdese que la doctrina y la jurisprudencia han entendido que en todo contrato con el Estado, **el contratista debe soportar a su propio costo el álea normal de toda negociación pero no el álea anormal, y por lo tanto en este último evento las consecuencias deben serle resarcidas o atenuadas**. En el caso concreto, el incumplimiento de la entidad contratante se concretó en la demora en entregar el anticipo, conducta que retardó la ejecución del contrato por parte del contratista, situación según la cual en criterio de éste lo condujo a incurrir en el pago de mayores costos en los elementos necesarios para la ejecución del objeto contratado⁴⁴. (Negrilla propia)

En el primer caso, cuando el contratista decide asumir la ejecución del contrato con sus propios recursos a pesar de que su inicio estaba sujeto a la entrega del anticipo, podrá la entidad contratante no reconocer los costos en los que incurrió el contratista para dar inicio al contrato; pero en todo caso, deberá reconocer los

⁴⁴ Ibid.

mayores costos en los que se incurrirá en un futuro debido al incumplimiento de esta obligación.

¿A partir de qué momento podrá pedirse el reconocimiento de los perjuicios? Siguiendo los principios generales que impone la responsabilidad civil contractual, una vez la entidad contratante se haya constituido en mora⁴⁵. Lo anterior se determina fácilmente en el supuesto en que se haya pactado un plazo o fecha determinada para la entrega del anticipo, la cual queda estipulada en la cláusula contractual. En caso de que no se haya pactado nada sobre la fecha exacta en que debe cumplirse con esta obligación, ha entendido la jurisprudencia⁴⁶ que deberá aplicarse lo señalado por el artículo 885 del Código de Comercio⁴⁷, entendiendo que la entidad contratante tendrá un término razonable de un (1) mes para hacer la entrega del anticipo; pasado este tiempo la entidad estará en mora.

Ahora bien, ha reconocido la jurisprudencia que el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, roto por un hecho imputable a la entidad contratante, se

⁴⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CÓDIGO CIVIL. ARTICULO 1608. El deudor está en mora: 1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora. 2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla. 3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

⁴⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 22 de febrero de 2001. C.P.: Ricardo Hoyos Duque. Radicación número: 13682: No se dijo en el contrato en qué término la entidad haría entrega del anticipo, ni tampoco el término para el pago de las actas, fundamento en el que se apoya la entidad demandada para decir que no incurrió en mora porque —ninguna parte aparece que la entidad se haya comprometido a entregar en una fecha cierta y determinada el pago del anticipo” (Fol. 346). Para la Sala, tal como lo apreció el tribunal, —al administración cuenta con un término prudencial de un mes para efectuar el pago” y es a partir del vencimiento de ese término que puede considerarse que incurrió en mora. Esta práctica mercantil con respaldo legal en el art. 885 del Código de Comercio 1, puede válidamente aplicarse en el contrato estatal cuando se guarda silencio sobre el término para el pago de las actas al contratista 2. Por tal razón, una vez el contratista presentó la cuenta de cobro del anticipo y las garantías del contrato fueron aprobadas, nació para la entidad contratante la obligación de pagarlo, aunque no inmediatamente si en el término prudencial de un mes. Cabe recordar que la administración es la más interesada en que los fines del contrato se cumplan, entre los cuales sin duda está su ejecución oportuna.

⁴⁷ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. DECRETO 410 DE 1971 (marzo 27) Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. ARTÍCULO 885. Todo comerciante podrá exigir intereses legales comerciales de los suministros o ventas que haga al fiado, sin estipulación del plazo para el pago, un mes después de pasada la cuenta.

recupera restableciendo la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato mediante la indemnización que se haga de los perjuicios causados con ocasión del incumplimiento, tal como ya se anotó. Sin embargo, el restablecimiento de la ecuación financiera inicial del contrato, entendido en estos términos - artículo 5 de la Ley 80 de 1993-, no agota la indemnización de la totalidad de los perjuicios sufridos por el contratista con ocasión del retraso o falta de entrega del anticipo. Atendiendo el principio de reparación integral según el cual —se indemniza el daño, todo el daño, pero nada más que el daño”, el contratista que se ve afectado por el *incumplimiento* de su contraparte tiene el derecho a la indemnización de *todos* los perjuicios que ello le cause, como lo ha dispuesto la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

Cabe resaltar que en materia contractual, la reparación del daño debe estar orientada también por el principio general según el cual la víctima tiene derecho a la reparación total de los daños que sean ciertos, directos, personales y que hayan causado la supresión de un beneficio obtenido lícitamente por el afectado. Esta reparación debe comprender tanto los perjuicios patrimoniales como extrapatrimoniales [...] sólo en caso de atribuirse al deudor dolo, culpa grave o culpa lata (art. 63 C.C.) este será responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.⁴⁸

Si se hace un análisis puramente teórico, el restablecimiento de la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato llevaría a indemnizar únicamente los perjuicios que fueran previsibles para el contratista al momento de celebrarlo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1616 del Código Civil⁴⁹. Sin

⁴⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1008 de 2010. M.P.: Luís Ernesto Vargas SILVA. Referencia: expediente D-8146.

⁴⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CÓDIGO CIVIL. ARTICULO 1616. RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR EN LA CAUSACION DE PERJUICIOS. Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es

embargo, este mismo artículo señala que –si hay dolo, [el deudor] es responsable de **todos** los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento” (negrilla propia), perjuicios imprevisibles cuya indemnización, si se analiza, no sería posible mediante el simple restablecimiento económico del contrato, pues el tenor del inciso final del artículo 5 numeral 1 de la Ley 80 de 1993, este se limitaría a restablecer ~~la~~ ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”.

Por otra parte, se encuentra que para el restablecimiento del equilibrio de la ecuación financiera del contrato, roto por causa del incumplimiento de la entidad contratante, sólo se realizaría la indemnización de perjuicios que fuera necesaria para restablecer la equivalencia de las prestaciones al momento de nacer el contrato – lo que se podría considerar como una indemnización de *perjuicios objetivos* o *intracontrato* o derivados del incumplimiento *para* el propio contrato - dejando por fuera otros perjuicios que haya podido sufrir el contratista como sujeto inmerso en una relación comercial incumplida, lo que para estos efectos se podrían considerar como *perjuicios subjetivos* o *extracontrato*, que como se dice serían externos al desequilibrio económico del contrato.

Supóngase el caso de un contratista que celebra un contrato de obra con un plazo inicial de seis (6) meses y en el que espera recibir el anticipo en una fecha

responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios. Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.” Sobre la previsibilidad e imprevisibilidad del perjuicio sufrido por incumplimiento del contrato, como criterio para poder exigir o no su indemnización, ha dicho la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia: —E incumplimiento de un contrato hace o puede hacer responsable al contratante incumplido, en todo o en parte, de los perjuicios directos que aquel incumplimiento ocasione al otro contratante incumplido, y por estos deben entenderse los que constituyen una consecuencia natural o inmediata del incumplimiento, hasta el punto de mirárseles como un efecto necesario y lógico. Estos perjuicios directos se clasifican [...] en previstos e imprevistos, constituyendo los primeros aquellos que se previeron o que pudieron ser previstos al tiempo de celebrarse el contrato, y los segundos, aquellos que las partes no han previsto o no han podido prever en ese mismo momento. De los primeros solo es responsable el deudor cuando no se le puede imputar dolo en el incumplimiento de sus obligaciones y de [...] tanto los previstos como de los imprevistos, es responsable el deudor cuando hay dolo de su parte [...]”.Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. G.J. t LIX. Pag.748.

determinada. Llegada la fecha la entidad no hace entrega del anticipo y no se inicia la ejecución del contrato hasta que éste sea entregado, lo cual ocurre dos (2) meses después de la fecha acordada, retrasando la ejecución del contrato en este mismo término. En ese lapso de tiempo los precios de los ítems que presentó en su propuesta aumentaron por cuestiones de mercado, daño emergente que mediante el restablecimiento del equilibrio económico del contrato fue indemnizado. Sin embargo, en el restablecimiento de la ecuación del contrato no se tuvo en cuenta el hecho de que por los dos meses de más que duró el contrato el contratista tuvo comprometida una parte de su capacidad para ejecutarlo, lo cual le impidió presentar propuestas en procesos de selección que exigieran una capacidad equivalente a la que tendría en caso de no haber estado ejecutando todavía ese contrato, puesto que por esta situación su capacidad residual⁵⁰ se encontraba disminuida. De haber entregado el anticipo a tiempo, el contratista habría tenido la *posibilidad* de presentar propuestas, celebrar y ejecutar otros contratos, posibilidad de obtener beneficios que fue negada por la entidad

⁵⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 29 de mayo de 2003. C.P.: Ricardo Hoyos Duque. Radicación número: 14945. Sobre la capacidad del contratista estatal ha dicho el Consejo de Estado: «La capacidad de contratación de los oferentes es un requisito habilitante para que las personas inscritas en el registro de proponentes aspiren a celebrar contratos con el Estado. Se exige como un requisito de participación en la licitación, a tal punto que quien no cumpla con la exigida por la entidad pública al momento de establecer las condiciones particulares en un proceso de selección para la celebración de un determinado contrato, será descartado porque no tiene la capacidad para participar y por lo tanto, no debe considerarse la oferta. No tiene discusión alguna que un contrato en curso puede suspenderse por la ocurrencia de diversas circunstancias o por la voluntad de las partes y que uno de los efectos de la suspensión del contrato es la suspensión de las actividades del contratista. En tanto la suspensión sea provisional o temporal es porque el contrato se reiniciará cuando las partes así lo determinen; el caso es que estando el contrato en ejecución o suspendido con la intención de reiniciarlo, subsiste el vínculo contractual. Para los efectos que la entidad contratante busca con la determinación de la capacidad residual de los oferentes, cual es el de asegurar que el proponente tiene la disponibilidad de ejecutar el objeto del contrato, lo lógico es que tenga en cuenta los contratos que el oferente tiene pendientes, es decir, los que haya celebrado con otra entidades y que al momento de aspirar a uno nuevo, no haya terminado. En ese sentido debe entenderse la expresión "los contratos que el proponente tenga en proceso de ejecución", proceso que se inicia con la celebración de los mismos y va hasta que se terminen, independientemente de las fases que en ese proceso ocurran, por ejemplo, la suspensión. Lo que en ese momento se pretende, es conocer el grado de compromiso que puede adquirir el proponente y ello se define teniendo en cuenta las obligaciones que adquirió con anterioridad a la licitación y que estén vigentes al momento de presentar una nueva oferta. Así que no puede interpretarse literalmente la expresión "en ejecución", señalada en los términos de referencia como lo pretende el demandante, por cuanto mientras el proponente tenga obligaciones anteriormente contraídas, aún vigentes, éstas incidirán para que su capacidad de contratación aparezca comprometida y por consiguiente, disminuida.

contratante con el hecho de no haber entregado el anticipo a tiempo y que se tradujo en un perjuicio evidente para el contratista, cual es la pérdida del chance u oportunidad⁵¹.

Así, lo que vendría a aplicarse en estos casos sería el artículo 50 del Estatuto Contractual⁵², el cual señala expresamente que —las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas” y —ertales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista”. Lo anterior se encuentra en consonancia con lo preceptuado por los artículos 1610⁵³ y 1613⁵⁴ del Código Civil -aplicables por remisión del artículo 13 de la Ley

⁵¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 15 de junio de 2000. C.P.: Doctor Ricardo Hoyos Duque. Radicación número: 10963. Sobre la pérdida del chance u oportunidad, ha reconocido el Consejo de Estado que se trata de un perjuicio indemnizable por parte de la entidad contratante cuando ésta le ha negado la oportunidad a sus contratistas de obtener un beneficio o evitar un perjuicio con su actuación: —Al haberse privado a los demandantes de que su propuesta económica fuese considerada, dada la condición de favorabilidad que revestía debido a la calificación técnica obtenida, se privó a los demandantes de una oportunidad que igualmente es objeto de protección por parte del ordenamiento jurídico y se comprometió en consecuencia, la responsabilidad de la administración. Ha estimado la doctrina que en casos especiales son resarcibles los daños y perjuicios derivados de un menoscabo eventual, que es lo que pasa, según Mazeaud y Tunc "cuando el demandado ha privado, por su culpa, al demandante de una posibilidad de conseguir una ganancia o de evitar una pérdida. La dificultad proviene de que, en este supuesto no resulta posible ya esperar para determinar si el perjuicio existirá o no existirá; la realización del perjuicio no depende ya de acontecimientos futuros e inciertos. La situación es definitiva; nada la modificará ya; por su culpa, el demandado ha detenido el desarrollo de una serie de hechos que podían ser fuente de ganancias o de pérdidas. Eso es lo que expresa la Corte de casación al decir que "esté consumado el hecho del cual dependa el perjuicio eventual ".mLa llamada "pérdida de una oportunidad" causa daño a quien se privó de ella y basta considerar algunas situaciones para comprender que la oportunidad o la chance posee un valor en sí misma, independientemente del hecho futuro.

⁵² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 80 DE 1993 (Octubre 28) Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ARTÍCULO 50. Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.

⁵³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CÓDIGO CIVIL. ARTICULO 1610. Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya: 1a.) Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido. 2a.) Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor. 3a.) Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.

80 de 1993- y sobre todo con el artículo 90 de la Constitución Nacional, según el cual -El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas [...]”, el cual rige sin excepción la actividad contractual, según lo ha dicho el Consejo de Estado:

Existe la tentación inicial de interpretar la mencionada disposición [artículo 90 de la Constitución Nacional] como consagratoria de la responsabilidad objetiva del Estado; la paulatina decantación de la jurisprudencia de la Sala conduce, sin embargo, a concluir, por una parte, que esta norma de rango constitucional, es el tronco en que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátese de la responsabilidad **contractual** o de la extracontractual [...]⁵⁵

2.1.1.3. La indemnización del perjuicio moratorio generado por el incumplimiento

Anteriormente el Consejo de Estado era enfático en afirmar que la falta de entrega oportuna del anticipo no generaba intereses moratorios a favor del contratista por cuanto no se trata de una suma debida a título de pago (lo es el pago anticipado, por ejemplo)⁵⁶. Sin embargo, en sentencia del año 2006⁵⁷ rectificó la postura

⁵⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CÓDIGO CIVIL. ARTICULO 1613. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúense los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.

⁵⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 13 de julio de 1993. C.P. Juan de Dios Montes Hernández. Radicación número: 8163.

⁵⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 29 de enero de 2004. C.P.: Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Radicación número: 10779: De conformidad con lo expuesto la Sala infiere que, por tratarse de una suma de dinero que se entrega anticipadamente al contratista, no constituye una suma debida a título de pago, razón por cual su falta de entrega oportuna no produce los mismos efectos que el no pago oportuno de las actas parciales de obra, esto es, no determina la indemnización de perjuicios propia de la privación del pago de una suma de dinero, los intereses moratorios. Dicho en otras palabras, como el anticipo, tal como quedó pactado en este caso, es una suma de dinero que no se transfiere al patrimonio del contratista a título de pago, su falta de entrega oportuna no conduce a la condena de los reclamados intereses moratorios.

sostenida hasta ese entonces y señaló que su reconocimiento era procedente, entre otras razones, en tanto es el incumplimiento de la obligación, y no el pago, lo que genera los intereses de mora:

En esta oportunidad y sin que la Sala se ocupe de tomar partido en relación con decisiones anteriores con respecto a la diferencia entre anticipo y pago anticipado, porque no es el tema discutido, se recoge la tesis de la improcedencia de la causación de intereses moratorios respecto de las sumas dinerarias objeto de anticipo cuando la entidad estatal incurre en mora, **para en cambio señalar que se deben por el solo hecho de la mora**, por las siguientes razones:

[...]

e. Por otra parte, la distinción entre “anticipo” y “pago anticipado” para desestimar en el primer caso y admitir en el último los intereses moratorios partiendo de la pertenencia y amortización de los recursos, no es afortunada, por cuanto, la mora en el cumplimiento de la obligación y no en el pago, es el presupuesto de los intereses. Es evidente que el contratista tiene derecho a recibir en la oportunidad pactada el anticipo y, si la entidad estatal no lo entrega en el término o plazo cierto consagrado en el contrato, de suyo, incurre en mora y, por su virtud, se generan y causan los intereses moratorios. En conclusión, los intereses de mora se deben en virtud de la ley, ante el incumplimiento del deudor de la obligación principal contraída y la entrega del anticipo en una relación contractual con el Estado, así se estén entregando dineros públicos y antes de la iniciación del contrato, no se libera de ser cumplida en la fecha convenida, ni libera a la entidad contratante incumplida responda por la sanción prevista, en este caso, los intereses de mora.

⁵⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 5 de julio de 2006. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Radicación número: 24812.

De acuerdo con lo dicho por el Consejo de Estado, basta el vencimiento del plazo estipulado para la entrega del anticipo para que la entidad contratante incurra en mora y proceda así el reconocimiento de intereses moratorio, salvo que la ley o el mismo contrato exijan el requerimiento o reconvención para tal efecto y no se hubiere renunciado a ello. Recuérdese que el artículo 1617 del Código Civil establece que —el acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo”⁵⁸; los intereses moratorios constituyen un perjuicio que no requiere ser probado pues se presume por el solo hecho de la mora.

2.2. DERECHOS DE LA ENTIDAD CONTRATANTE Y OBLIGACIONES CORRELATIVAS DEL CONTRATISTA DERIVADOS DE LA CLÁUSULA DE ANTICIPO

Recibir oportunamente el anticipo supone al mismo tiempo una serie de obligaciones correlativas para el contratista, algunas previas o necesarias para su entrega y otras posteriores o referentes a su buen manejo e inversión en el contrato.

De acuerdo con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 el contrato estatal se entiende perfeccionado una vez las partes elevan a escrito su acuerdo de voluntades. Celebrado el contrato la entidad contratante y el contratista proceden a su —legalización”, etapa llamada así comúnmente pues supone para las partes la labor de reunir una serie de requisitos necesarios para la debida ejecución del contrato: El contratista deberá hacer la publicación del contrato tanto en la gaceta oficial como en el Sistema Electrónico de la Contratación Pública – SECOP -,

⁵⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CÓDIGO CIVIL. ARTICULO 1617. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: [...] 2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

constituir las garantías, acreditar que se encuentra al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar; y la entidad contratante deberá contar con el respectivo certificado de reserva presupuestal - salvo que se trate de contratación con recursos de vigencias fiscales futuras -, designar el interventor en los casos que sea procedente y aprobar las garantías constituidas.

Legalizado el contrato se suscribe el acta de inicio por las partes, a partir de la cual el contratista procede a realizar el plan de inversión del anticipo – si éste no fue presentado con su propuesta por exigencia que hiciera el pliego de condiciones - y a abrir la cuenta bancaria en la cual será depositado. Aprobado el plan de inversión del anticipo por parte del interventor del contrato y teniendo el certificado de apertura de la cuenta bancaria, la entidad contratante autoriza el desembolso del anticipo, el cual se entrega al contratista una vez presente a la entidad contratante una cuenta de cobro por el valor respectivo en compañía de otros documentos adicionales que puede exigir la entidad contratante. Teniendo el anticipo en su cuenta, el contratista deberá ir amortizándolo gradualmente de acuerdo con el plan de inversión presentado, lo cual será evaluado por la interventoría con el fin de verificar cuánto se amortizó del anticipo, quienes fueron los beneficiarios de los pagos y cuál es el saldo restante.

Lo anterior constituye una descripción de la práctica contractual, pues al no contarse con normas imperativas, es la autonomía de la voluntad la fuente última de los derechos y obligaciones en este y otros puntos. Salvo por lo establecido por el artículo 41 del estatuto contractual, por la ley 1150 de 2007 en materia de garantías y otros decretos reglamentarios como el Decreto 4828 de 2008, será entonces el contrato estatal el marco de referencia de las obligaciones del contratista y de los derechos correlativos de la entidad contratante, cuya finalidad última es proteger el recurso público que se le entrega al particular. A continuación

se procederá a explicar en qué consisten las obligaciones esenciales del contratista en relación con el anticipo.

2.2.1. Constitución de la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo

Como se ha dicho, el anticipo es un adelanto del pago aún no causado que hace la entidad contratante al contratista para que éste disponga de los recursos necesarios para dar inicio a la ejecución del contrato. En razón a ese —préstamo” el contratista debe constituir una garantía que asegure el reintegro de esta suma a la entidad en caso de no ser manejado o invertido debidamente.

La garantía⁵⁹ en el contrato estatal busca asegurar el cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las entidades públicas antes, durante y después de haberse celebrado, ejecutado y liquidado el contrato, tal como lo señala el artículo 1 del Decreto 4828 de 2008⁶⁰, reglamentario del artículo 7 de la Ley 1150

⁵⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 22 de abril de 2009. C.P.: Myriam Guerrero De Escobar. Radicación número: 14667. Sobre la necesidad de la garantía y su obligatoriedad en el contrato estatal ha dicho el Consejo de Estado: En cumplimiento de las disposiciones legales, los contratos celebrados por las entidades estatales, salvo las excepciones previstas en la norma, deberán contener obligatoriamente una cláusula de garantía con el fin de avalar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, es decir, que su inclusión en el contrato es imperativa y no está determinada por la voluntad de las partes, a diferencia de lo que sucede en los contratos entre particulares cuya estipulación tiene carácter dispositivo. El propósito de dicha garantía no es otra que asegurar la ejecución total y oportuna del objeto contratado y proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista, llamado por la Administración a colaborar con los cometidos estatales, los cuales necesariamente involucran el interés público, cláusula que es de forzosa estipulación, a tal punto que si no es pactada en aquellos contratos en los cuales la ley establece su obligatoriedad, se presume incorporada en el respectivo contrato y no podrá ser renunciada por la Administración.

⁶⁰ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. DECRETO 4828 DE 2008 (DICIEMBRE 24 DE 2008) Diario Oficial 47.213 de diciembre 24 de 2008. Por el cual se expide el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública. Artículo 1. 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 7° 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

de 2007⁶¹. En algunos contratos, como por ejemplo los de empréstito, interadministrativos y de seguro, las garantías no serán obligatorias -artículo 8 del Decreto 4828 de 2008-. El artículo 3⁶² del referido Decreto señala que pueden utilizarse como mecanismos de cobertura del riesgo la póliza de seguros, la fiducia mercantil en garantía, la garantía bancaria a primer requerimiento, el endoso en garantía de títulos valores y el depósito de dinero en garantía.

Entre los riesgos que se busca amparar se encuentran aquellos propios del incumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato, como es aquel que

cobertura del riesgo señalados en el presente decreto. Parágrafo. El presente decreto no contiene reglamentación sobre los riesgos a que se refiere el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007.

⁶¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 1150 DE 2007 (julio 16) Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007. 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 7°. 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.

⁶²COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. DECRETO 4828 DE 2008 (DICIEMBRE 24 DE 2008) Diario Oficial 47.213 de diciembre 24 de 2008. Por el cual se expide el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública. Artículo 3°. 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.

supone el manejo y la inversión de un anticipo, razón por la cual el artículo 4 del Decreto 4828 señala:

Artículo 4. Riesgos a amparar derivados del incumplimiento de obligaciones. La garantía deberá amparar los perjuicios que se deriven del incumplimiento del ofrecimiento o del incumplimiento del contrato, según sea el caso, y que, de manera enunciativa se señalan en el presente artículo:

[...]

4.2.1 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.

En este mismo Decreto se señaló como límite de cobertura del riesgo el 100% del valor recibido por concepto de anticipo, lo cual garantiza a la entidad contratante que el retorno de estos recursos públicos será integral, ya sea por vía de la amortización o por vía de la indemnización. Así lo ha previsto el artículo 7:

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

[...]

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.

Antes de la expedición del Decreto 4828 de 2008 existía divergencia sobre cuál debía ser la vigencia de la garantía. DÁVILA VINUEZA⁶³ consideraba que la vigencia de este amparo debía ser igual al término de amortización total del anticipo, debido que después de amortizado no existiría ningún riesgo que cubrir. Esto tiene sentido si se entiende que una vez se amortiza el anticipo desaparece el riesgo consistente en su indebida utilización o inversión, faltando así uno de los elementos esenciales del contrato de seguro que implicaría su ineficacia. Sin embargo, la norma citada no dejó espacio para estas discusiones y estableció que debía ser por toda la vigencia del contrato y hasta su liquidación⁶⁴, lo cual tiene también sentido si se tiene en cuenta que es la liquidación del contrato el momento en el cual las partes intervinientes cierran sus cuentas y tienen certeza absoluta de los costos de ejecución, de las cargas recíprocas y de los saldos en contra y a favor, verificando que no existan situaciones de irregularidad – mal manejo, incorrecta inversión o apropiación - que bien podrían fundamentar la afectación de la garantía.

La garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, una vez constituida, deberá ser aprobada por la entidad contratante para dar inicio a la ejecución del contrato⁶⁵. Ésta deberá ser restablecida por el contratista cuando su valor se haya

⁶³ DÁVILA VINUEZA, Luís Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal, aproximación crítica a la Ley 80 de 1993. 2da edición. Bogotá: Legis, 2003. p.365 - 366.

⁶⁴ Se exceptúa de este término de vigencia, por ejemplo, el anticipo que se entrega en virtud de un contrato de tecnologías espaciales, según el artículo 3.2 del Decreto 1430 de 2010, que reglamenta el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 en relación con estos contratos: —EValor de esta garantía deberá ser equivalente al ciento 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 fecha prevista en el contrato para el último pago parcial con el que se verifique la amortización total del anticipo y seis (6) meses más.”

⁶⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 80 DE 1993 (Octubre 28) Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ARTÍCULO 41. DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito. Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda. [...] y COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. DECRETO 4828 DE 2008 (DICIEMBRE 24 DE 2008) Diario

visto reducido por razón de las reclamaciones efectuadas por la entidad contratante y deberá ampliarse su vigencia en cualquier evento en que se aumente o adicione el valor del contrato o se prorrogue su término⁶⁶.

Finalmente, hay que decir que el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 señaló que tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral, a diferencia de lo que puede ocurrir con la póliza de seguro en la que el asegurado es un sujeto particular.

2.2.2. Elaboración y seguimiento del plan de inversión del anticipo

Como se dijo, el anticipo es un recurso público que entrega la entidad contratante al contratista para que invierta en la ejecución inicial del contrato. Para garantizar que esto sea así se acostumbra la realización de un *Plan de inversión del anticipo*, elaborado por el contratista y presentado con su propuesta en el proceso de selección, o acordado una vez celebrado el contrato entre el contratista, la entidad contratante y el interventor, en el que se detallan todas las actividades que realizará este último para acometer el objeto del contrato. Esta dinámica, muy común también entre particulares, supone el ejercicio de enumerar y especificar aquellos rubros o actividades en las que debe incurrir el contratista para la

Oficial 47.213 de diciembre 24 de 2008. Por el cual se expide el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública. ARTÍCULO 11. APROBACIÓN DE LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO. Antes del inicio de la ejecución del contrato, la entidad contratante aprobará la garantía, siempre y cuando reúna las condiciones legales y reglamentarias propias de cada instrumento y ampare los riesgos establecidos para cada caso.

⁶⁶ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. DECRETO 4828 DE 2008 (DICIEMBRE 24 DE 2008) Diario Oficial 47.213 de diciembre 24 de 2008. Por el cual se expide el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública. Artículo 12.- Restablecimiento o ampliación de la garantía. El oferente o contratista deberá restablecer el valor de la garantía cuando éste se haya visto reducido por razón de las reclamaciones efectuadas por la entidad contratante. De igual manera, en cualquier evento en que se aumente o adicione el valor del contrato o se prorrogue su término, el contratista deberá ampliar el valor de la garantía otorgada o ampliar su vigencia, según el caso.

ejecución del contrato, señalar qué porcentaje del anticipo se destinará a cada una y determinar los tiempos en los cuales se ejecutarán las inversiones.

De acuerdo con el plan de inversión del anticipo, se girarán los recursos necesarios para cumplir con las obligaciones del contrato, a menos que la entidad haya desembolsado el anticipo en un solo contado. Usualmente, la interventoría realiza un informe mensual acerca de la inversión del anticipo, a partir de una relación de los cheques girados, las facturas correspondientes y los avances o labores ejecutadas, señalando cuánto se amortizó en ese tiempo y por qué conceptos, verificando así que el plan de inversión sí se esté llevando a cabo.

Estas pautas de inversión, una vez son aprobadas por el funcionario competente - generalmente la interventoría del contrato-, se convierten en el criterio fundamental de evaluación del contratista en lo que tiene que ver con la inversión del anticipo. Lo anterior, una vez más, constituye una descripción de la práctica contractual, que bien puede variar en atención a las cláusulas que en ejercicio de la autonomía de la voluntad pacten las partes.

Como se dijo, la ley solo estableció la posibilidad de que se pactara la entrega de un anticipo cuyo valor no excediera del 50% del valor del contrato y la obligación de constituir una garantía que amparara el buen manejo y correcta inversión del anticipo. La jurisprudencia simplemente estableció que estos recursos deben ser *invertidos* en el objeto del contrato, sin establecer de manera concreta cómo y de qué forma debe el contratista hacerlo. A falta de una normatividad general que regule estos aspectos, las partes podrán acordarlos mediante el plan de inversión del anticipo.

Ahora bien, ¿el incumplimiento del plan de inversión del anticipo puede suponer a su vez el incumplimiento del contrato?

No hay duda de que el plan de inversión del anticipo, tratándose de un acuerdo fruto de la voluntad, es vinculante para las partes y por ende de obligatorio cumplimiento para el contratista. A pesar de ser el parámetro o punto de referencia que han fijado los contratantes para establecer cómo y en qué medida el anticipo está siendo invertido en el contrato y usado debida o indebidamente, el incumplimiento del plan de inversión del anticipo solo implicará el incumplimiento del contrato en la medida en que éste se haya integrado a este último por expresa disposición de las partes. Además, escapa de toda lógica y atenta contra el principio de la relatividad contractual, considerar que el plan de inversión del anticipo, el cual es usualmente elaborado por el contratista y aprobado por la interventoría, en consecuencia suscrito por estos dos últimos sujetos, tenga la virtualidad de obligar a un tercero como lo es la entidad contratante.

Por lo anterior, el incumplimiento del plan de inversión del anticipo no supondrá, en principio, el incumplimiento del contrato, puesto que el mismo constituye un pacto ajeno al contrato estatal, salvo que por expresa disposición de las partes, entidad contratante y contratista, éste sea catalogado como un documento que hace parte integrante del contrato estatal.

2.2.3. Amortización y reintegro del anticipo

Como se ha dicho, el anticipo no constituye un pago sino una especie de —préstamo” que realiza la entidad contratante al contratista para financiar el inicio de ejecución del contrato. Por ello, el dinero que desembolsa la entidad contratante y consigna a favor del contratista, sólo hará parte del patrimonio de este último en la medida en que lo vaya amortizando.

La amortización es la operación contable consistente en que mediante la presentación de actas o cuentas de cobro por parte del contratista, en la

periodicidad que establezcan las partes, se compensa un porcentaje del anticipo entregado, con un porcentaje de los valores contenidos en esas actas presentadas con el fin de obtener el pago parcial de la porción contractual ejecutada -llámese obra, bienes, suministro, prestación de servicios, etc.-. LAMPREA lo define así:

Amortizar el anticipo es compensar, en forma periódica y sucesiva, el valor total entregado para fines del contrato, descontando de cada acta de obra parcial entregada a la entidad contratante a entera satisfacción, el porcentaje fijado. De esta forma, la entidad paga el valor de la cuenta disminuido en ese valor hasta que al final queda un saldo o remanente después que se amortizó íntegramente el anticipo.⁶⁷

La amortización del anticipo se realiza en cada pago parcial de acuerdo con el porcentaje de amortización que se haya pactado en el contrato. Así, v.gr., si se entregó un anticipo correspondiente al treinta por ciento (30%) del valor del contrato y se fijó un porcentaje de amortización del treinta por ciento (30%), por un acta o cuenta de cobro que presente el contratista a la entidad por valor de cien pesos (\$100), ésta descontará treinta pesos (\$30) por concepto de anticipo y pagará los otros setenta pesos (\$70) al contratista, con lo cual se habrá amortizado una parte del anticipo entregado correspondiente a treinta pesos (\$30), los cuales se restarán del anticipo pendiente de amortización.

Con el último pago realizado al contratista se debe haber amortizado todo el dinero entregado como anticipo. Terminada la ejecución del contrato – sea porque se agotó el objeto contratado, se terminó anticipadamente de mutuo acuerdo o porque se dio la terminación unilateral del contrato – la parte que no se invirtió del anticipo deberá ser reintegrada a la entidad contratante, pues de otro modo habría un enriquecimiento indebido por parte del contratista. La entidad contratante podrá exigir su pago en cualquier momento —~~se~~ admite que la administración no pierde

⁶⁷ LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio. Contratos Estatales. Bogotá: Temis, 2007. p473.

competencia para liquidar el contrato, salvo en las excepciones de ley⁶⁸. En caso de que el contratista no retorne este dinero, la entidad podrá hacer efectiva la garantía que ampare el buen manejo y correcta inversión del anticipo a través de un acto administrativo debidamente motivado, en el que se haga constar que el anticipo girado no fue totalmente amortizado.

Ahora bien, —s̄por alguna circunstancia la Administración dejó vencer los plazos para recuperar el anticipo girado, bien porque no hizo efectiva la póliza o bien porque dejó vencer la acción contractual, el único camino que le queda es denunciar penalmente al contratista por abuso de confianza que no ha retornado el saldo restante del anticipo no ejecutado y hacerse parte como víctima del delito en el proceso penal que le permita la recuperación de dichos recursos⁶⁹, iniciar un proceso de responsabilidad fiscal por estar de por medio el manejo de recursos públicos o ejercer una acción popular que busque la protección y restablecimiento del derecho colectivo del patrimonio público y la moralidad administrativa.

2.2.4. Rendimientos financieros generados por el anticipo

Anteriormente el artículo 7 del Decreto Reglamentario 2170 de 2002⁷⁰ señalaba expresamente que los rendimientos generados por los recursos que se entregaban al contratista, a título de anticipo, eran recursos públicos que pertenecían al tesoro nacional. Sin embargo, esta norma fue derogada por el

⁶⁸ LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio. Contratos Estatales. Bogotá: Temis, 2007. p.572.

⁶⁹ MATA LLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de Contratación de la Administración Pública, reforma de la Ley 80 de 1993. 2da. Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. p.856.

⁷⁰ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. DECRETO 2170 DE 2002 (30 de septiembre) Derogado por el art. 83, Decreto Nacional 066 de 2008, excepto los artículos 6, 9 y 24. Por el cual se reglamenta la ley 80 de 1993, se modifica el decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999. Artículo 7: El manejo de los recursos entregados al contratista a título de anticipo en aquellas contrataciones cuyo monto sea superior al 50% de la menor cuantía a que se refiere el literal a) del numeral I del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, deberá manejarse en cuenta separada a nombre del contratista y de la entidad estatal. Los rendimientos que llegaren a producir los recursos así entregados, pertenecerán al tesoro.

artículo 83 del Decreto 066 de 2008 y hasta la fecha no hay norma de origen legal o infra legal que haya vuelto a referirse sobre este asunto concretamente.

En pronunciamientos pasados, realizados en la época en la que apenas se estaba consolidando la jurisprudencia que diferenció el anticipo del pago anticipado, el Consejo de Estado⁷¹ afirmó que los rendimientos financieros que generaran los recursos entregados al contratista como anticipo eran de propiedad de este último salvo que en virtud del contrato se pactara lo contrario. Lo anterior lo hacía con fundamento en la errónea definición que tenía para la época -año 2000- de anticipo y su confusión con el pago anticipado, pues se consideraba que por tratarse de un *pago* que hacía la entidad contratante al contratista, era este último quien tenía el derecho de gozar de sus frutos.

Jurisprudencia administrativa más reciente viene señalando que los rendimientos financieros generados por el anticipo siguen la regla general predicable de los rendimientos financieros que generan todos los recursos públicos: tienen la misma naturaleza del capital que los produce y por ende son de propiedad del Estado.

En el año 2007 el Consejo de Estado, en ejercicio de su función consultiva, se refirió a las normas del Estatuto Orgánico del Presupuesto para dar fundamento jurídico a esta postura y concluyó:

⁷¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 1 de Agosto de 2000. C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros. Radicación número: 11816: En caso de que el I.C.T, no hubiera exteriorizado su intención de participar de un porcentaje de los intereses del anticipo, no hubiera tenido derecho a él, ya que no hay ningún motivo para no considerar el anticipo como pago, y al ser tal una vez se produce el giro por parte de la entidad estatal a favor de los contratistas, el dinero pasa de ser público a privado, para entrar a la órbita patrimonial de los particulares y al ser ellos dueños de esa cantidad de dinero sólo ellos responden por él y sólo ellos se pueden beneficiar de sus frutos. Sin embargo, por encontrarse las partes en el ámbito de la autonomía de la voluntad, pueden establecer modificaciones que si son legales y la otra parte las acepta, obligan a los intervinientes en el contrato. Es por eso que si una entidad estatal desea participar de los rendimientos financieros que produzca un anticipo, deberá pactarlo con anterioridad, de lo contrario pertenecerán a los contratistas.

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.⁷² (Negrilla propia)

En relación con los recursos de la Nación, el artículo 11 del Decreto 111 de 1996 o Estatuto Orgánico del Presupuesto⁷³ señala que el Presupuesto General de la Nación está integrado por el presupuesto de rentas, el de gastos o ley de apropiaciones y las disposiciones generales. Respecto del presupuesto de rentas relaciona como ingresos que lo conforman, entre otros rubros, **“los recursos de capital”**, concepto que se desagrega en el artículo 31⁷⁴ y en el cual se relacionan

⁷² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Sentencia del 7 de marzo de 2007. C.P.: Enrique José Arboleda Perdomo. Radicación número: 1802.

⁷³ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. DECRETO 111 DE 1996 (enero 15) Diario Oficial 42.692 de enero 18 de 1996. 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. Art. 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, de los recursos de capital y de 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; / 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 (Ley 38 de 1989, art. 7°, Ley 179 de 1994, arts. 3°, 16 y 71, Ley 225 de 1995 art. 1°).

⁷⁴ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. DECRETO 111 DE 1996 (enero 15) Diario Oficial 42.692 de enero 18 de 1996. 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. ARTICULO 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

como parte de él los rendimientos financieros⁷⁵. El inciso segundo del artículo 101⁷⁶ regula el tema de la propiedad de esos rendimientos de manera clara y precisa, señalando que —~~P~~ertenecen a la Nación los rendimientos obtenidos por el sistema de cuenta única nacional, así como de los órganos públicos **o privados con los recursos de la Nación**, con excepción de los que obtengan los órganos de previsión social.” (Negrilla propia)

En relación con los rendimientos financieros que genera el capital de los establecimientos de públicos, el artículo 34⁷⁷ hace una distinción entre los ingresos propios de esas entidades (rentas propias) y los que reciben de la Nación (recursos de capital), incluyéndose, dentro de éstos últimos, los rendimientos

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 aquellas 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. PARAGRAFO. Las rentas e ingresos ocasionales deberán incluirse como tales dentro de los correspondientes grupos y sub - grupos de que trata este artículo (Ley 38/89, artículo 21, Ley 179/94, artículos 13 y 67).

⁷⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto del 30 de octubre de 1996. C.P.: César Hoyos Salazar. Radicación número: 906: Sobre la definición de rendimientos financieros señala el Consejo de Estado: —~~Com~~ la norma orgánica no define ninguno de los recursos a los que hace mención, esta Sala de Consulta ha asumido que dichos rendimientos financieros —~~en~~ los frutos civiles de los recursos (entendidos como un capital que produce intereses)...”, es decir, son los réditos que produce el capital. Ver también: COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Sentencia del 7 de marzo de 2007. C.P.: Enrique José Arboleda Perdomo. Radicación número: 1802.

⁷⁶ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. DECRETO 111 DE 1996 (enero 15) Diario Oficial 42.692 de enero 18 de 1996. 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. ARTICULO 101. La Dirección del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público elaborará mensualmente un estado de resultados de sus operaciones financieras, con cual se harán las afectaciones presupuestales correspondientes. Pertenecen a la Nación los rendimientos obtenidos por el sistema de Cuenta Única, 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 (Ley 179/94, artículo 47).

⁷⁷ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. DECRETO 111 DE 1996 (enero 15) Diario Oficial 42.692 de enero 18 de 1996. 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. Artículo 34. Ingresos de los establecimientos públicos. En el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital se identificarán y clasificarán por separado las rentas y recursos de los Establecimientos Públicos. Para estos efectos entiéndese por: a) Rentas propias. Todos los ingresos corrientes de los Establecimientos Públicos, excluidos los aportes y transferencias de la Nación; b) Recursos de capital. Todos los recursos del crédito externo e interno con vencimiento mayor de un año, los recursos del balance, el diferencial cambiario, los rendimientos por operaciones financieras y las donaciones. (Ley 38 de 1989, art.22, Ley 179 de 1994, art.14.).

financieros por operaciones. Siendo recursos públicos recibidos de la Nación, los rendimientos financieros que generen serán también propiedad de esta última.

No hay duda de que los rendimientos financieros obtenidos a partir de los capitales públicos son a su vez propiedad del Estado, tanto de aquellos recursos que son manejados en la cuenta única nacional como de aquellos que están siendo administrados por otros órganos públicos o privados, siendo este último supuesto en el que se entenderían incluidos los rendimientos financieros que generan los recursos públicos entregados a los contratistas (en su calidad de particulares) a título de anticipo.

Si los rendimientos financieros que genera el anticipo son recursos públicos, ¿cómo, cuándo y a quién deben ser reintegrados por el contratista? Al respecto el Decreto 4730 del 2005⁷⁸ dispone en su artículo 33:

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 exceptúan los rendimientos financieros generados con aportes destinados a la seguridad social.

El profesor DÁVILA VINUEZA⁷⁹ considera que la aplicación de esta disposición, en relación con el anticipo, es bastante ineficiente si se tiene en cuenta que la mayoría de los contratos deben ser reajustados en su precio a medida que van siendo ejecutados – por reajuste de precios por ejemplo, o mayor permanencia en los contratos de obra -. Según él, los rendimientos financieros deberían ser

⁷⁸ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 4730 del 2005 (Dic. 28) —Po el cual se reglamentan normas orgánicas del presupuesto”. Diario Oficial N° 46135 de la misma fecha.

⁷⁹ DÁVILA VINUEZA, Luís Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal, aproximación crítica a la Ley 80 de 1993. 2da edición. Bogotá: Legis, 2003. p.395, 397.

entregados a la entidad pública para que éstos sean invertidos en el mismo contrato, sin tener que realizar nuevas apropiaciones presupuestales para cubrir esos nuevos costos y poder culminar la labor contratada. Sin embargo, lo anterior no es más que una posición práctica del tratadista y se sostiene que sigue siendo aplicable lo preceptuado por el artículo 33 del Decreto 4730 del 2005.

Por último debe señalarse que la cláusula del contrato que estipule lo contrario – esto es, que los rendimientos financieros que genere el anticipo son propiedad del contratista – será una cláusula viciada de nulidad en los términos de los artículos 44⁸⁰ y 47⁸¹ del Estatuto Contractual. En ese sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, así:

[...] es pertinente recordar que en la Constitución de 1991 se reitera la primacía de las normas reguladoras del presupuesto nacional, en su programación, aprobación, modificación y ejecución, al establecer que tales normas tienen el carácter de “orgánicas”, y a ellas se supedita el ejercicio de la actividad legislativa y, en general de toda la actividad estatal [...] **Se reitera que no es jurídicamente viable estipulación en contrario a las disposiciones de las normas orgánicas de presupuesto**⁸². (Negrilla propia)

Con el fin de evitar inconvenientes interpretativos sobre este punto, es común que en los contratos se estipule expresamente, en la cláusula que se refiere al

⁸⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 80 DE 1993 (Octubre 28) Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Artículo 44. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: [...] 2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal; [...]

⁸¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 80 DE 1993 (Octubre 28) Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Artículo 47. La nulidad de alguna o algunas cláusulas de un contrato, no invalidará la totalidad del acto, salvo cuando éste no pudiese existir sin la parte viciada.

⁸² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Sentencia del 7 de marzo de 2007. C.P.: Enrique José Arboleda Perdomo. Radicación número: 1802.

anticipo, que los rendimientos financieros serán de propiedad de la entidad contratante.

2.2.5. Levantamiento de la reserva bancaria. ¿Un derecho de la entidad contratante o del contratista?

En el artículo 15 de la Constitución Política⁸³ se estableció el derecho fundamental a la intimidad personal, del cual se deriva la reserva de la cual es objeto la información bancaria de todas las personas, la cual sólo puede levantarse en los términos en los que señala la ley. El artículo 74 superior⁸⁴, por su parte, estableció que el secreto profesional, como el que pesa sobre las entidades bancarias, es inviolable. Sobre el derecho a la reserva bancaria ha dicho la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

Así, la Corte Constitucional ha estimado que el respeto del derecho a la intimidad de los particulares requiere de la protección de los datos acerca de la vida privada u otra información personal que dichos ciudadanos confían a las entidades bancarias en virtud de las relaciones profesionales entabladas con estas últimas. Además, en virtud de la protección del secreto profesional, el deber de sigilo mencionado comprende la información no sólo de carácter personal y familiar, sino también económico que llegue al conocimiento de las entidades bancarias en ejercicio de su

⁸³ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. ARTÍCULO 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

⁸⁴ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. ARTICULO 74. Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. El secreto profesional es inviolable.

actividad y que guarde relación de conexidad con la práctica de sus labores profesionales⁸⁵.

[...]

La reserva bancaria, aún respecto de aquellos datos cobijados por el derecho a la intimidad, no es absoluta. En ciertas circunstancias, el deber de guardar secreto sobre información personal cede ante las necesidades del interés público o de la protección de otros derechos y por ende puede ser sometido a limitaciones constitucionalmente legítimas. Además, el inciso 4º del artículo 15 de la Constitución dispone excepciones a la confidencialidad de documentos privados:

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.” (Negrilla propia)

En virtud del artículo constitucional, el artículo 105 del Decreto 663 de 1993, o Estatuto Orgánico Financiero, señala que las instituciones financieras deberán guardar el secreto bancario como regla general y sólo excepcionalmente éste no será oponible, así: —[.] a las solicitudes de información formuladas de manera específica por las autoridades dentro de las investigaciones de su competencia, conforme a lo dispuesto en el Artículo 15 de la Constitución Nacional y en los Artículos 63 del Código de Comercio, 275 del Código de Procedimiento Penal y 288 del Código de Procedimiento Civil⁸⁶.

En materia de contratación estatal, el levantamiento de la reserva bancaria sería una medida eficaz para que la entidad contratante pudiese vigilar y controlar, directamente, el manejo de los recursos públicos depositados en la cuenta del contratista por concepto de anticipo y asegurar que éste sea efectivamente

⁸⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-440 de 2003. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸⁶ SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Concepto 2002026728-1 del 27 de junio de 2002.

invertido en el contrato. Para ello sería necesario que el contratista, para efectos de permitir el control y asegurar la transparencia en el uso de estos bienes, autorizara⁸⁷ a la entidad contratante para consultar su información financiera en relación con la cuenta bancaria en la que se depositó el anticipo – siendo perfectamente viable estipular dicha autorización en el propio contrato – o que existiera una norma de origen legal que permitiera a las autoridades acceder a la información financiera del contratista en relación con la cuenta en la que se desembolsó el anticipo, la cual no existe en el ordenamiento jurídico vigente.

Anteriormente, el artículo 7 del Decreto 2170 de 2002⁸⁸ establecía que los recursos entregados al contratista, a título de anticipo, debían manejarse en una cuenta aparte a nombre del contratista y de la entidad estatal. Esto permitía a la entidad llevar un control más directo sobre el dinero del anticipo, pues los cheques que fueran a ser girados para cubrir los costos del contrato debían llevar también su firma o la de la interventoría, según el caso. Luego de su derogatoria, esta práctica pasó a ser simplemente opcional y lo más común, en la actualidad, es que el anticipo sea depositado en una cuenta a nombre del contratista exclusivamente. Si bien no se trataba de un caso de levantamiento de la reserva bancaria, esta

⁸⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. C. P. Marco Antonio Velilla Moreno. Sentencia del 30 de julio de 2009. Radicación número: 25000-23-15-000-2009-00173-01(AC): Así mismo, no forman parte del conjunto de datos amparados por el derecho a la intimidad los que (i) hagan parte de la información general y no comprendan datos personalizados del cliente, (ii) puedan ser obtenidas en otras fuentes de información accesibles al público, (iii) no se refieran a la vida privada ni a las operaciones que el usuario realiza con el banco que indiquen su perfil de gustos y preferencias, o, (iv) cuya circulación haya sido autorizada por el particular o por la ley dentro del respeto a la Carta. Además, (v) la Corte ha dicho que, en ciertas condiciones, los bancos pueden informar a centrales de riesgo crediticio cuál ha sido el comportamiento de sus clientes en tanto deudores, siempre que dicha información sea verídica, completa y actualizada.

⁸⁸ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. DECRETO 2170 DE 2002 (30 de septiembre) Derogado por el art. 83, Decreto Nacional 066 de 2008, excepto los artículos 6, 9 y 24. Por el cual se reglamenta la ley 80 de 1993, se modifica el decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999. Artículo 7. Del anticipo en la contratación. El manejo de los recursos entregados al contratista a título de anticipo en aquellas contrataciones cuyo monto sea superior al 50% de la menor cuantía a que se refiere el literal a) del numeral 1o del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, deberá manejarse en cuenta separada a nombre del contratista y de la entidad estatal. Los rendimientos que llegaren a producir los recursos así entregados, pertenecerán al tesoro.

medida permitía a la entidad contratante supervisar y controlar directamente la destinación que se hiciera de estos recursos.

Con el reciente escándalo de corrupción, generado por el mal manejo de los anticipos entregados para la ejecución de importantes contratos de obra en Bogotá, en la exposición de motivos⁸⁹, en el estudio del proyecto y aprobación de la Ley 1474 de 2011 se *quiso* proponer el levantamiento de la reserva bancaria como una forma para garantizar que los anticipos entregados a los contratistas sean efectivamente invertidos en los contratos y no desviados y apropiados para la satisfacción de sus intereses personales. Sin embargo, la disposición que levantara la reserva bancaria no quedó consagrada en el articulado de la ley y en cambio se estipuló que el contratista deberá constituir, para ciertos contratos, una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo:

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.

⁸⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de motivos. —Proyecto de ley 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”. (Ley 1474 de 2011): 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 recursos se aplicaran exclusivamente a la ejecución del contrato.

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

La necesidad que tenía el Estado de levantar la reserva bancaria en relación con la cuenta en la cual se deposita el anticipo, mutó en la obligación que esta nueva ley impuso al contratista de constituir una fiducia o patrimonio autónomo irrevocable para administrar el anticipo y permitir que las autoridades puedan ejercer una constante vigilancia sobre los recursos entregados, medida en relación con la cual es necesario hacer las siguientes consideraciones.

En primer lugar, esta medida resulta ser económicamente ineficiente en tanto se elevarán para los contratistas los costos de transacción que implica el hecho de contratar con el Estado, pues en adelante deberán adicionar a sus propuestas los costos que deberán asumir por la administración de los dineros entregados en anticipo, no sólo por el pago de la comisión fiduciaria, sino también por los trámites que seguramente implicará solicitar el desembolso de los recursos a la entidad fiduciaria, quien en aras de ejercer el control debido, podrá dificultar en alguna medida la dinámica de ejecución de los contratos, en tanto exija el lleno de unos requisitos adicionales que antiguamente no existían⁹⁰.

Si se trata de un mecanismo 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 deban trasladar los costos al contratista, en la medida en que no es su dinero el que está siendo administrado sino el dinero de la entidad pública. Ya

⁹⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de motivos. —Proyecto de ley 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”. (Ley 1474 de 2011): En la exposición de motivos de la ley se estableció, inicialmente, que el costo de la comisión fiduciaria sería cubierto por los rendimientos financieros que generara la inversión temporal del anticipo y no por el contratista: —ARTÍCULO 88. ANTICIPOS. El contratista deberá constituir una fiducia 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. El costo de la comisión fiduciaria será cubierto por los rendimientos financieros que genere la inversión temporal del anticipo.”

suficientemente gravado se encontraba el contratista al tener que expedir una garantía que cubriese el 100% del valor recibido por el anticipo, para que ahora, adicionalmente, tenga que asumir los costos que implican la constitución y funcionamiento de una fiducia o patrimonio autónomo.

En segundo lugar, parece olvidar el legislador que justamente en los contratos que dieron origen al escándalo de corrupción en Bogotá, se había establecido la obligación a cargo de los contratistas, de manejar los anticipos a través de fiducias⁹¹, por lo cual, la elección entre esta figura y el levantamiento de la reserva bancaria, por ejemplo, parece ser bastante desafortunada si se tienen en cuenta que la constitución de patrimonios autónomos no logró contener los problemas que se generaron en relación con los anticipos, a pesar de encontrarse estos recursos bajo la administración de entidades fiduciarias.

¿Cómo operará esta nueva figura? ¿Qué responsabilidades tendrán las entidades fiduciarias como intervinientes en la contratación estatal? Para responder a estos interrogantes habrá que esperar a que se regule más en detalle la disposición objeto de estudio para saber si este tema, así como tantos otros relacionados con el anticipo, quedarán igualmente librados a la autonomía de la voluntad.

⁹¹ Caso emblemático resulta ser el del contrato IDU No. 137 de 2007 celebrado entre el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU- y la UNIÓN TEMPORAL TRANSVIAL para “LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN Y TODAS LAS ACTIVIDADES NECESARIAS PARA LA ADECUACIÓN DE LA CALLE 26 (AVENIDA JORGE ELIECER GAITÁN) Y DE LA CARRERA 10ª (AVENIDA FERNANDO MAZUERO), AL SISTEMA TRANSMILENIO Y SU POSTERIOR MANTENIMIENTO EN LA CIUDAD DE BOGOTÁ D.C.” por valor de TRESCIENTOS QUINCE MIL QUINIENTOS OCHENTA MILLONES DOSCIENTOS VEINTICUATRO MIL TRESCIENTOS TREINTA PESOS(\$315.580’224.330).

3. RESPONSABILIDADES ASOCIADAS A LA CLÁUSULA DEL ANTICIPO

La primacía del interés general afirmada en la Constitución Nacional se constituye en el eje central de toda actuación estatal. En este sentido, el artículo 209 de la norma superior señala que –al función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad [...]”.

En materia contractual, dicho interés determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas que colaboran en su realización. Así, el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 señala como fin de la actividad contractual la satisfacción del interés general y el artículo 23 del mismo estatuto señala los principios de transparencia, economía y responsabilidad como aquellos que deben tenerse en cuenta para alcanzarlo.

El principio de responsabilidad, plasmado en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, señala que los servidores públicos y los contratistas serán responsables dentro de la actividad contractual, por lo cual el Título V de este estatuto determina qué tipo de responsabilidad se les puede predicar. El desconocimiento de las normas, principios y deberes que rigen la contratación estatal, así como el incumplimiento expreso de obligaciones que surgen para las partes como fruto de la autonomía de la voluntad, puede llevar a que se configure en cabeza de uno de ellos, de varios o de todos, un supuesto de responsabilidad contractual, penal, disciplinario y/o fiscal.

En lo que tiene que ver con el manejo e inversión del anticipo, hay que decir que esta es quizá una de las obligaciones contractuales cuyo incumplimiento puede causar más responsabilidades adicionales a la responsabilidad civil para los sujetos que intervienen en esta actividad. La naturaleza especial de los recursos que se entregan, así como la función que cumplen los contratistas, interventores,

servidores públicos y entidades contratantes en relación con éste, explican por qué el mal uso, la indebida administración o incorrecta inversión de estos recursos son conductas reprochables desde distintos ámbitos del ordenamiento jurídico.

Al tenor de los artículos 50 y siguientes de la Ley 80 de 1993 las responsabilidades asociadas a la actividad contractual son autónomas debido al fundamento y finalidad que cada una de ellas persigue: asegurar la obtención del bien o servicio contratado o la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones contractuales; preservar el patrimonio público; sancionar a los servidores públicos e interventores que incumplan sus deberes o se extralimiten en el ejercicio de sus funciones y sancionar aquellas conductas tipificadas como delitos penales.

En este sentido, se pretende ilustrar cómo el mal uso, la incorrecta inversión o la apropiación de los dineros entregados a título de anticipo puede constituir un incumplimiento que implique responsabilidad contractual, un delito que involucre la responsabilidad penal, un detrimento patrimonial al Estado que implique una responsabilidad fiscal y una falta que comprometa la responsabilidad disciplinaria.

A continuación se enunciarán los diferentes tipos de responsabilidad en las que pueden incurrir los sujetos que intervienen en la celebración y ejecución de un contrato estatal, concretamente por el manejo indebido, incorrecta inversión o apropiación del anticipo, sin que se pretenda ahondar en los detalles sustanciales y procesales asociados a estas responsabilidades, sino más bien con el fin de mostrar los diferentes mecanismos con los que cuenta el Estado para la protección de sus intereses.

3.1. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Como se estudió en el capítulo anterior, el pacto de entrega de un anticipo en el contrato estatal supone una serie de derechos y obligaciones, tanto para la entidad contratante como para el contratista, cuyo incumplimiento puede derivar en responsabilidad contractual. Sin perjuicio de lo dicho en las anotaciones precedentes, se estima necesario hacer las siguientes consideraciones en relación con este tipo de responsabilidad, con ocasión de la cual se hará referencia sujetos que se encuentran por fuera del contrato estatal, como los son los interventores y los garantes de las obligaciones del contratista, quienes sin embargo tienen una relación estrecha con dicho contrato, como se verá a continuación.

Como se dijo, las obligaciones que se derivan para las partes en relación con la entrega, manejo e inversión del anticipo, emanan principalmente del contrato celebrado y de los documentos que se entiende hacen parte integral del mismo - v.gr. el pliego de condiciones y el plan de inversión del anticipo-. Salvo por algunos aspectos regulados en la ley -v.gr. la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo - y salvo por la obligación “~~en~~ genérica” de invertir el anticipo en el objeto del contrato, a la cual se ha referido insistentemente la jurisprudencia, para determinar si existe un incumplimiento en relación con la administración y la inversión del anticipo deberá acudir a cada contrato estatal en particular.

En relación con la responsabilidad contractual de la entidad contratante, derivada de la no entrega o entrega tardía del anticipo, supondrá para la Administración la obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato e indemnizar los demás perjuicios causados con su incumplimiento al contratista. Lo anterior encuentra sustento en el artículo 50 de la Ley 80 de 1993, ya citado, y por sobre todo en el artículo 90 de la Constitución Nacional⁹².

⁹² COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente

Partiendo de la premisa según la cual la jurisprudencia tiene también una función pedagógica, sin dejar de lado el objeto fundamental que tiene de resolver conflictos, es de suma pertinencia citar la jurisprudencia del Consejo de Estado para entender el papel del precitado artículo en materia de la responsabilidad contractual del Estado:

El inciso primero del artículo 90 de la Constitución Política, consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, en virtud de la cual éste responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Como lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sección, **la citada disposición superior no sólo establece la responsabilidad patrimonial en el ámbito extracontractual, sino que consagra un régimen general, según el cual la noción de daño antijurídico, entendido como “el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”, es aplicable en materia pre-contractual y contractual del Estado** y, por tanto, fundamenta la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado.

[...]

A juicio de la mencionada corporación la responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento ~~un~~ principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”, consagrado además en los artículos 2, 58 y 90 superiores, que se configura por la concurrencia de tres presupuestos fácticos a saber: un daño antijurídico o lesión, una actuación imputable al Estado y una relación de causalidad.

Por consiguiente, **la posibilidad de indemnización de un daño antijurídico irrogado a un contratista por un acto lícito del Estado por**

por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

cualquiera de sus ramas u órganos, que rompe la ecuación financiera de su contrato, es de estirpe constitucional, responsabilidad que le es, en consecuencia, imputable por disposición de la Constitución Política y de la ley [...] ⁹³ (Negrilla propia)

En cuanto a la responsabilidad contractual del contratista, la Ley 80 de 1993 señaló que las actuaciones de estos sujetos estarán guiadas por el principio de responsabilidad que rige la actividad contractual -artículo 26⁹⁴- y por ello estableció que éstos serían civilmente responsables por las acciones u omisiones que causen perjuicios en su desarrollo -artículo 52⁹⁵-. Para analizar la responsabilidad contractual que se puede derivar del mal manejo o incorrecta inversión del anticipo es preciso analizar las obligaciones que se incumplen a partir de su fuente - de donde surgen o provienen - y de los sujetos - acreedor y deudor de dichas obligaciones-.

Al analizar la responsabilidad contractual que se deriva del anticipo, resulta importante recordar la poca o casi nula regulación que la ley 80 de 1993 y las leyes modificatorias han introducido al ordenamiento jurídico con el objetivo de regular el comportamiento de las partes a este respecto. La afirmación precedente resultar de vital importancia cuando lo que se trata es de determinar parámetros

⁹³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 4 de febrero de 2010. C.P.: Enrique Gil Botero. Radicación número: 15665.

⁹⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 80 DE 1993 (Octubre 28) Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ARTÍCULO 26. DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD. En virtud de este principio: [...] 6o. Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato. 7o. Los contratistas responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa. 8o. Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado.

⁹⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 80 DE 1993 (Octubre 28) Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública 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.

de conducta que incluso, no estando insertos en el clausulado contractual o en el pliego de condiciones - el cual hace parte integral del contrato⁹⁶-, son de obligatorio cumplimiento de las partes del contrato por virtud de la ley o sus reglamentos.

Por lo anterior, es dable afirmar que el incumplimiento de las obligaciones relativas al manejo del anticipo, salvo las normas previamente transcritas en este trabajo, obedece a las regulaciones que se han estipulado en el pliego de condiciones y en el contrato respecto de la forma cómo el mismo deberá ser manejado; los derechos y obligaciones contractuales respecto del anticipo se derivan principalmente de las regulaciones pre-contractuales y contractuales.

A lo anterior se suma la existencia de dos obligaciones que se derivan de la naturaleza del anticipo, las cuales han sido definidas por el Consejo de Estado y a las cuales ya se ha hecho referencia: (i) Que el anticipo debe ser invertido en la ejecución del contrato⁹⁷; (ii) Que el anticipo debe ser amortizado por parte del contratista⁹⁸.

⁹⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 31 de octubre de 2007. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Radicación número: 15475: A lo anterior se agrega que en reciente pronunciamiento la Sala, a la vez que ratificó, una vez más, que el pliego de condiciones hace parte del contrato mismo, también hizo una nueva e importante consideración acerca de la naturaleza jurídica del pliego en el sentido de que ese acto se convierte en clausulado del contrato. Las orientaciones jurisprudenciales precedentes permiten concluir que el verdadero contenido y alcance de las prestaciones a las cuales se encuentran obligadas las partes, se obtiene no solo del contrato formalizado entre ellas, sino fundamentalmente del pliego de condiciones, de los términos de referencia o de las bases de la contratación directa.

⁹⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 22 de junio de 2001. C.P.: Ricardo Hoyos Duque. Radicación número: 13.436: 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. Se convierte así este pago en un factor económico determinante para impulsar la ejecución del contrato [...]

⁹⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 22 de junio de 2001. C.P.: Ricardo Hoyos Duque. Radicación número: 13.436: [...] 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

Como se explicó, es una práctica recurrente que las partes pacten previo a la entrega del anticipo las condiciones de tiempo y modo en que el contratista invertirá los dineros del mismo en el contrato, así como la forma en que dichos dineros entregados a título de anticipo serán “restituidos” a la entidad contratante como un supuesto lógico de su calidad de préstamo, lo cual se conoce como el plan de inversión del anticipo. Así mismo la distinción previamente realizada en el capítulo anterior sirve para determinar que la responsabilidad contractual derivada del manejo del anticipo sólo deviene del incumplimiento de los planes de manejo de anticipo contractuales, no así de los extracontractuales.

En consecuencia, la falta de regulación legal del anticipo y el que el mismo sea una realidad en casi la totalidad de los contratos de obra, concesión o suministro celebrados por las entidades estatales, implica que su regulación se deba realizar por vía contractual. Tanto así que en un caso extremo de ausencia absoluta de regulación contractual, donde sólo se pacte la entrega al contratista de un anticipo hasta del 50% del valor del contrato, la única obligación correlativa para el contratista consistiría en invertir dichos dineros en el contrato y devolver la totalidad a la entidad contratante antes de la liquidación del mismo, es decir, se estaría frente a la completa libertad del contratista para invertir dichos recursos, tanto en tiempo como en modo. Lo anterior muestra la importancia que reviste la regulación de las obligaciones del contratista respecto del anticipo, en aras de la protección del patrimonio público.

facturen durante la ejecución del contrato. Ver también: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 7 de Diciembre de 1994. C.P. Julio Cesar Uribe Acosta. En cuanto al requerimiento de pago que la parte demandada echa de menos como requisito para la constitución en mora, vale anotar que de acuerdo al artículo 1.608 del C. Civil, la mora ocurre una vez llegada la fecha que se indicó en el título; en este caso ocurrió 8 días después de noticiar a la contratista en la forma dispuesta en el Código Contencioso Administrativo, de la Resolución que le ordenó el reintegro de lo no amortizado del anticipo.

Habiendo determinado lo anterior, debe preguntarse qué sucede en aquellos eventos en que se incumpla el plan de manejo del anticipo contractual, para lo cual deben tenerse presentes tres aspectos: (i) La forma en qué se puede incumplir el plan de manejo del anticipo; (ii) el principio de legalidad y tipicidad por el incumplimiento y (iii) los perjuicios ocasionados a la entidad contratante y si es posible hablar de un incumplimiento sin perjuicio para la entidad estatal.

(i) Las obligaciones pueden ser incumplidas de tres formas: por cumplimiento tardío, por incumplimiento defectuoso o por el no cumplimiento. De acuerdo con lo anterior, el incumplimiento de las obligaciones derivadas del plan de manejo del anticipo puede darse: por parte de la entidad contratante cuando no se entrega el anticipo en el momento indicado contractualmente o se entrega menos de lo que se pactó en dicho momento; por parte del contratista, cuando habiéndose entregado el anticipo en la oportunidad contractual, es decir, cuando la entidad cumplió con su obligación en debida forma, este incumple el plan de manejo al no invertir los recursos en las condiciones de tiempo y modo indicadas en dicho documento.

(ii) Por otro lado se manifestó que se debía hacer referencia a los principios de legalidad y de tipicidad para efectos de determinar si hay responsabilidad contractual. Si bien la consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de modo general, consiste en la posibilidad que tiene el acreedor cumplido de solicitar indemnización de perjuicios por parte del deudor incumplido, en materia contractual del Estado esta afirmación general y aplicable a los contratos de los particulares debe ser analizada de manera especial: bajo la óptica del beneficio que otorgan los principios de legalidad y tipicidad, corolarios del debido proceso como garantía del contratista, respecto de los poderes que posee la entidad contratante y que rompen con la igualdad clásica en materia de contratos.

Se hace alusión al principio de legalidad⁹⁹, según el cual —nada puede ser juzgado sino conforme a las leyes existentes al acto que se le imputa”, situación a la que se ha referido el Consejo de Estado en el sentido determinar que:

⁹⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 13 de Noviembre de 2008. C.P. Enrique Gil Botero. Radicación número: 29699: El principio de legalidad se ha establecido como uno de los más importantes instrumentos de garantía ciudadana, un verdadero límite a los poderes del Estado, y más aún frente al ejercicio del poder punitivo. Es la propia Constitución Política-artículo 29-quien impone a las autoridades judiciales y administrativas realizar las actuaciones de conformidad con los principios del debido proceso, incluida la legalidad y tipicidad de las conductas. Este precepto contiene un mandato claro: las autoridades-administrativas o judiciales-tienen la obligación de adelantar sus actuaciones conforme al principio de legalidad; más aún cuando se trata de la potestad sancionadora, como quiera que el es pilar fundamental del derecho sancionador del Estado. Teniendo en cuenta que los servidores públicos deben adelantar sus funciones con observancia del ordenamiento jurídico, esta obligación se predica, igualmente, frente al desarrollo de la actividad contractual del Estado, pues para la consecución de los distintos fines dispuestos por la Constitución, es necesario que las conductas públicas se adecuen y ejerzan obedeciendo la ley, esto es, respetando las competencias definidas por la normatividad. En este orden de ideas, para valorar la legalidad de la imposición de las multas y de la cláusula penal pecuniaria en los contratos, como ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, se debe verificar, siempre, si dicha potestad se encuentra autorizada por la ley y en el contrato mismo, toda vez que la administración debe tener en cuenta que siempre que se acuda a una de estas figuras, en materia contractual, deberá cumplirse, previamente, con los postulados propios del principio de legalidad. Sin embargo, el principio de legalidad, en materia contractual, tiene variantes, matices o características que no comparte el común de los procedimientos sancionatorios. Se trata del hecho de que aquel tiene diversas lecturas o aplicaciones: una fuerte y otra débil. La primera hace alusión a que la falta y la sanción deben estar contempladas en una ley, en sentido formal o material, de manera que la garantía de la legalidad se incrusta en lo más íntimo del principio democrático, pues se exige que una norma con la jerarquía y solemnidad de la ley sea quien desarrolle el ius puniendi del Estado. De este tipo es el régimen sancionador penal, disciplinario, fiscal, y en materia contractual aplica para la sanción de caducidad. La otra, la débil, donde se enmarcan la mayoría de las sanciones contractuales, hace relación a que lo determinante no es que una Ley sea quien contemple las faltas y las sanciones, sino que sea una norma-por ejemplo un reglamento-quien en forma previa y clara las estipule. A este grupo pertenecen buena parte de las sanciones administrativas, como las educativas, las cuales no están consagradas en una ley expedida por el legislador o por el ejecutivo al amparo de facultades extraordinarias, sino en simples reglamentos administrativos internos. Algunas de las sanciones contractuales podrían enmarcarse en esta clasificación, pues es claro que la ley-bien la que expide el Congreso o bien los decretos con fuerza de ley-no las contempla de manera directa-salvo excepciones-. Tal es el caso de las multas y de la cláusula penal pecuniaria, que están autorizadas por la ley, pero no previstas en ella, sino en cada contrato, en caso de que las partes las pacten. Obsérvese cómo el —principio de legalidad”—es decir, la predeterminación de las conductas en la Ley-, en materia contractual se reduce a la simple —tipicidad” de la conducta-es decir, a la descripción y especificación normativa del comportamiento prohibido-, pues lo determinante no es que la Ley contemple la falta y la sanción, sino que estén previamente definidas en cualquier norma, sin que importe que sea o no una ley quien lo haga. Por tanto, en materia contractual opera una especie de combinación entre el principio de legalidad y el de la autonomía de la voluntad: el primero exige que las conductas reprochables entre las partes del contrato se contemplen previamente, con su correspondiente sanción, y el segundo permite que sean las partes-no la ley; pero autorizadas por ella-quienes definan esas conductas y la sanción. Se trata, no cabe duda, de un supuesto de ius puniendi sui generis al que regula el art. 29 CP., en lo que respecta, por lo menos, a la legalidad. En todo caso, tampoco cabría decir que como —el contrato es ley para las partes”, entonces se observa rigurosamente el artículo 29 al pie de la letra, pues esta expresión no quiere significar que efectivamente el negocio jurídico

[...] como principio rector del derecho sancionador, la legalidad significa específicamente que tanto la conducta como la sanción misma deben estar predeterminadas; en este sentido, es necesario que exista una ley previa que determine la conducta objeto de sanción y que ésta contenga una descripción precisa de la acción u omisión objeto de reproche y de la sanción que ha de imponerse. No obstante, debe recordarse que en materia administrativa esta garantía, así como todas aquellas que hacen parte del derecho al debido proceso, tienen una aplicación más flexible, en atención a las características especiales que presenta la Administración Pública.”¹⁰⁰

sea una Ley, en sentido formal o material, sino que el contrato vincula, como norma jurídica que se dictan las partes. Nota de Relatoría: Ver Sentencia C-124 de 2003. M. P. Jaime Araujo Rentería de la Corte Constitucional.”(Negrillas fuera del texto)

¹⁰⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 23 de Junio de 2010. C.P. Enrique Gil Botero. Radicación número: 16367: En este lugar se analizará la manera como rigen los derechos que integran el debido proceso en los distintos procedimientos que se originan con ocasión de la contratación estatal, teniendo en cuenta que la historia ha sido problemática. Sobre el derecho a “no ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”, la contratación estatal ofrece varios problemas cuya precisión y solución explican mejor la garantía. En términos estrictos, esta protección asegura a los ciudadanos para que sólo la Ley, en sentido formal o material-es decir, los decretos con fuerza de ley-, establezca las faltas y las sanciones por las que se reprocha una conducta, tal es el caso del derecho penal-el más emblemático de todos-, pero también del derecho disciplinario o del fiscal, donde la garantía rige en forma fuerte. Desde una perspectiva negativa, esta disposición no permite que los reglamentos, y menos aún normas de inferior rango normativo, creen faltas y sanciones, pues el principio de legalidad que contiene el artículo 29 es el más riguroso de todos: sólo una norma que tenga fuerza de ley puede regular el tema. Se trata de una típica reserva legal de la materia. En la contratación estatal esta protección tiene una aplicación variable, es decir matizada, porque: i) Es absolutamente rigurosa en varios procedimientos, es decir, exige que la ley y sólo la ley contemple la falta y la sanción, como en la caducidad, donde los arts. 14 y 18 de la ley 80 de 1993 establecen los supuestos que la configuran y los contratos donde se incluyen. De allí que, no es posible hacerlo en otros negocios jurídicos-salvo que otra ley lo autorice-, ni se permite variar los supuestos que configuran su aplicación. En la misma lógica se inscriben algunas causales de multa por el incumplimiento de ciertas obligaciones surgidas del contrato, porque la ley contempla directamente varios supuestos de hecho que las originan, de modo que las partes no pueden omitir su inclusión, al igual que ocurre con los poderes exorbitantes en determinados contratos, donde la ley los entiende pactados. En verdad se trata de elementos de la naturaleza del contrato. ii) En el común de los casos esta garantía no es tan intensa como se acaba de mostrar. Casi siempre las faltas y las sanciones contractuales las contempla el mismo contrato-no una la ley en sentido formal o material-, apoyados en la autorización que procede del derecho civil y del comercial, donde se permite pactar multas y cláusulas penales, como las sanciones contractuales más frecuentes. Pero la Sala debe analizar si se vulnera esta garantía del derecho al debido proceso, teniendo en cuenta que la Constitución Política exige, como parte del debido proceso, el principio de legalidad estricto. En esta hipótesis, los denominados matices o relajamientos válidos rigen la situación. Es así como, la Corte Constitucional expresa, en la sentencia SU-1010 de 2008, que “Por su parte, como principio rector del derecho sancionador, la legalidad significa específicamente que tanto la conducta como la sanción misma deben estar predeterminadas; en este sentido, es necesario que exista una ley previa que determine la conducta objeto de sanción y que ésta contenga una descripción precisa de la acción u omisión objeto de reproche y de la sanción que ha de imponerse. No

Además del principio de legalidad —[.]en todo caso se conserva el principio de tipicidad, según el cual **las partes del negocio deben describir la conducta prohibida en la cláusula contractual**. Además, también se mantiene el principio que impone que la conducta reprochable se establezca de manera previa a su realización-lex previa-, para evitar la arbitrariedad y el abuso de poder.¹⁰¹ (negrilla propia), a lo cual se debe agregar que además de la descripción de la conducta se debe relatar la consecuencia desfavorable que acarrea.

En este sentido se debe manifestar que las consecuencias para el contratista que le podría acarrear el incumplimiento de la obligación de buen manejo y correcta inversión del anticipo deben ser expresas en el texto del clausulado contractual, so pena de la imposibilidad que tiene la administración de imponer una sanción contractual, bien sea una multa o una declaratoria de incumplimiento, consecuencia apenas lógica de lo ya previamente explicado según lo cual todo lo relativo a las obligaciones contractuales del anticipo se derivan principalmente del contrato.

Lo anterior aplica para aquellos eventos en que la entidad contratante decide hacer uso directo de las facultades de declaratoria de multas e incumplimientos que le otorgan los artículos 17 de la Ley 1150¹⁰² y 86 de la Ley 1474 de 2011¹⁰³,

obstante, debe recordarse que en materia administrativa esta garantía, así como todas aquellas que hacen parte del derecho al debido proceso, tienen una aplicación más flexible, en atención a las características especiales que presenta la Administración Pública.”

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 1150 DE 2007 (julio 16) Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007. 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 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

respecto de los cuales sólo se dirá¹⁰⁴ que permiten a la entidad “uzgar” el comportamiento contractual del contratista, con el objeto de tacharlo como incumplido y cuantificar ella misma los perjuicios sufridos, mediante acto administrativo. No obstante lo anterior, tanto la entidad contratante como el contratista tienen posibilidad de buscar, vía acción de controversias contractuales, la reparación integral de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones del manejo del anticipo acudiendo al juez del contrato. A su vez, el

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.

¹⁰³ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. DECRETO 4828 DE 2008 (DICIEMBRE 24 DE 2008) Diario Oficial 47.213 de diciembre 24 de 2008. Por el cual se expide el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública. 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 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.

¹⁰⁴ Como quiera que la posibilidad de declarar incumplimiento por parte de la administración es un tema que escapa a los fines inmediatos de la presente monografía, solo se hará alusión a la posibilidad que tiene está y se dirá a manera de premisa que la administración tiene facultad para declarar incumplimientos y la cuantía de los perjuicios que dicho incumplimiento le ocasione.

ejercicio ilegal de las cláusulas excepcionales de multa e incumplimiento por parte de la entidad contratante, puede ser atacado por el contratista a través de la respectiva acción contractual, la cual le permite solicitar al juez administrativo que ordene la respectiva indemnización de los perjuicios causados y que se logren probar dentro del proceso.

(iii) Por último, se hará alusión a la posibilidad de declarar un incumplimiento de las obligaciones contractuales cuando no existe perjuicio predicable. Si bien el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 permite a la entidad realizar la declaratoria de incumplimiento por el no acatamiento de las obligaciones derivadas del plan de manejo del anticipo, cuando éste hace parte integrante del contrato, la propia ley dispuso que el único objetivo de la declaratoria de incumplimiento del contrato consiste en hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, de lo cual se deriva que en el evento de no poder hacer efectiva la cláusula penal, tampoco se podría declarar el incumplimiento del contrato, so pena de configurarse una desviación de poder o una falsa motivación del respectivo acto administrativo.

La cláusula penal pecuniaria puede ser definida, en los términos utilizados por el Consejo de Estado, como una estimación anticipada de perjuicios derivados del incumplimiento del contratista¹⁰⁵, acepción concordante con la regulación

¹⁰⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 22 de abril de 2009. C.P.: Myriam Guerrero De Escobar. Radicación número: 14667: 3.1. Graduación judicial de la cláusula penal pecuniaria —Considerando que la cláusula penal pecuniaria es una tasación anticipada de perjuicios, y que la entidad está exenta-para imponerla y cobrarla-de demostrar los daños sufridos a raíz del incumplimiento del contratista; se debe tener en cuenta que el juez tiene la competencia, previo juicio de proporcionalidad, para fijar su reducción, pues los postulados de dicho principio, así como el de equidad-este último como criterio auxiliar de la actividad judicial, así se lo exigen.—No obstante, si de lo que se trata es de reclamar el valor no cubierto con la cláusula penal-es decir, un mayor perjuicio-, ya no es el principio de proporcionalidad el que actúa, sino el de la prueba debida del monto de los daños, pues es sabido que la reparación de todo daño, además de ser integral, debe ser plena. Ver también: COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 13 de Noviembre de 2008. C.P. Enrique Gil Botero. Radicación número: 29699: La Sala resalta que, pese a que la cláusula penal es una tasación anticipada y definitiva de perjuicios, pueden presentarse dos situaciones: una, que el monto estipulado no cubra todos los perjuicios irrogados por el incumplimiento, es decir, que estos superan la sanción acordada; y otra hipótesis se constituye en el evento de que la entidad imponga al contratista incumplido el monto total de la cláusula, la cual puede ser

respectiva del Código Civil consagrada en el artículo 1592¹⁰⁶ de este cuerpo normativo.

De acuerdo a lo anterior, es evidente que en el evento en que no se cause ningún tipo de perjuicio con el incumplimiento del contratista, o no se prueba, no podrá acudirse a la imposición de la cláusula penal, dado que por sustracción de materia no habría perjuicio que resarcir. Debe anotarse que la cláusula penal -no así la declaratoria de incumplimiento-, contrario a la creencia popular, no implica un reproche jurídico o una sanción para el contratista, como sí un paso previo a la búsqueda de la indemnización de los perjuicios causado, tanto así que la cláusula penal puede ser ajustada por exceso o por defecto. Dado que la ley ató la declaratoria de incumplimiento a la efectividad de la cláusula penal, si se tiene presente que la misma es una estimación anticipada de perjuicios, al no haber tales, es claro que ella no podrá hacerse efectiva¹⁰⁷.

En relación con la cláusula excepcional de declaratoria de incumplimiento, puede concluirse, advirtiendo desde ya que la afirmación puede ser controversial, que la única obligación del contratista derivada del anticipo es devolver el mismo a la entidad estatal, como quiera que al no existir incumplimiento sin perjuicio, si el

considerada por el contratista como excesiva, en consideración a la ejecución parcial que haya hecho del objeto del contrato. En ambos casos-por defecto o por exceso-, las partes deben solicitar al juez que determine el valor definitivo que una parte le debe pagar a la otra. Considerando que la cláusula penal pecuniaria es una tasación anticipada de perjuicios, y que la entidad está exenta-para imponerla y cobrarla-de demostrar los daños sufridos a raíz del incumplimiento del contratista; se debe tener en cuenta que el juez tiene la competencia, previo juicio de proporcionalidad, para fijar su reducción, pues los postulados de dicho principio, así como el de equidad-este último como criterio auxiliar de la actividad judicial-, así se lo exigen. No obstante, si de lo que se trata es de reclamar el valor no cubierto con la cláusula penal-es decir, un mayor perjuicio-, ya no es el principio de proporcionalidad el que actúa, sino el de la prueba debida del monto de los daños, pues es sabido que la reparación de todo daño, además de ser integral, debe ser plena.

¹⁰⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CÓDIGO CIVIL. ARTICULO 1592. La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.

¹⁰⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCION C. Sentencia del 13 de abril de 2011. C.P.: Olga Melida Valle de la Hoz. Radicación número: 18878: Las sanciones contractuales no tienen como objeto lograr ventajas y ganancias para una de las partes y erogaciones y mayor onerosidad para la otra. Mediante las sanciones lo que se busca es lograr el cumplimiento y obtener el reconocimiento y pago de los perjuicios sufridos. Donde no hay perjuicios, no pueden existir sanciones.

anticipo se —pa”, sea por amortización o por restitución del mismo, no puede hablarse de un perjuicio para la entidad estatal.

No obstante lo anterior, si el no cumplimiento del plan de manejo del anticipo ocasionó algún tipo de perjuicios a la entidad contratante, como retrasos en la ejecución del contrato, la responsabilidad que se podría imputar al contratista en este caso no sería solo por el mal manejo del anticipo, sino además por el incumplimiento de sus obligaciones derivadas de ejecución del objeto contractual.

Por último, tal y como se manifestó al comienzo, y como quiera que la responsabilidad contractual, o mejor, las obligaciones que pueden acarrear responsabilidad contractual pueden ser clasificadas respecto de los sujetos acreedor y deudor, se hará alusión a la responsabilidad del interventor y del garante de las obligaciones de buen manejo y correcta inversión del anticipo del contratista.

En lo que respecta a la interventoría, debe manifestarse que el artículo 32 de la ley 80 de 1993 y el artículo 83 de la ley 1474 de 2011, imponen la obligación de que los contratos estatales cuenten bien con un interventor, bien con un supervisor, en los términos de cada una de las disposiciones referidas. Sin entrar en detalles propios de las distinciones entre interventor y supervisor, se dirá que ambas figuras confieren facultades a particulares y/o servidores públicos dependiendo de la figura, para efectuar vigilancia y control sobre el cumplimiento de las obligaciones de un contratista.

Respecto de los particulares contratistas que realizan labores de supervisión o interventoría, el artículo 53 de la ley 80 de 1993, modificado por el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011 dispone:

ARTÍCULO 53. Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría.

Por su parte, los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría.

En este sentido, frente al tema del anticipo se debe indicar que las obligaciones contractuales del interventor deben consistir en realizar una supervisión constante del cumplimiento del plan de manejo del anticipo por parte del contratista. El incumplimiento de las obligaciones por parte del interventor, comprometerá su responsabilidad e implicará para él el deber de reparar los perjuicios que con dicho incumplimiento cause a la entidad contratante. Concretamente, el parágrafo 3 del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011 señala:

ARTÍCULO 84. FACULTADES Y DEBERES DE LOS SUPERVISORES Y LOS INTERVENTORES. La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

[...]

PARÁGRAFO 3o. El interventor que no haya informado oportunamente a la Entidad de un posible incumplimiento del contrato vigilado o principal, parcial o total, de alguna de las obligaciones a cargo del contratista, será

solidariamente responsable con este de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento por los daños que le sean imputables al interventor.

En cuanto a la responsabilidad del garante en relación con la obligación de buen manejo y correcta inversión del anticipo, como ya se dijo, el Decreto 4828 de 2008 amplió la gama de garantías de los contratos estatales y consagró, además de la póliza de seguro y la garantía bancaria, la fiducia mercantil en garantía, el endoso en garantía¹⁰⁸ de títulos valores y el depósito de dinero en garantía¹⁰⁹. Sin embargo, lo más común es que el riesgo de buen manejo y correcta inversión del anticipo se siga amparando con la garantía tradicional, la póliza de seguros, por lo cual la explicación que se hará sobre la responsabilidad del garante se hará en relación con la compañía de seguros - como tercero civilmente responsable - y el seguro de cumplimiento -como la garantía que se otorga -.

El seguro de cumplimiento, consagrado en el artículo 4 de la Ley 225 de 1938 y mencionado en el artículo 1099 del Código de Comercio, es una especie de seguro de daños¹¹⁰ que busca asegurar el cumplimiento de obligaciones legales o convencionales de las cuales es acreedor el asegurado, garantizándole la indemnización de los perjuicios que su incumplimiento le causen. En el caso del seguro de cumplimiento que asegura el cumplimiento del contrato estatal, el

¹⁰⁸ En relación con el endoso en garantía de títulos valores, el artículo 25 del Decreto 4828 de 2008 señaló la forma de hacerlos efectivos declarado el incumplimiento. Si el incumplimiento se produce antes al vencimiento del título valor o títulos valores, la entidad pública deberá esperar hasta la fecha de redención del título o títulos; si el vencimiento del título valor se produce en fecha anterior a la exigibilidad de la obligación, la entidad pública procederá a redimir el título y a depositar a su nombre el importe en una entidad financiera vigilada por la Superintendencia Financiera, el cual se registrará por las normas establecidas en el artículo 1173 del Código de Comercio para el depósito en garantía hasta que cesen los riesgos a que se encuentra expuesta la entidad en relación con el otorgante de la garantía; si no se presenta incumplimiento procederá la entidad a devolver al oferente, el título valor o el dinero, según el caso.

¹⁰⁹ El artículo 26 del Decreto 4828 de 2008 señala que la garantía de depósito de dinero en garantía: —Para hacer efectiva esta garantía, deberá la entidad proceder conforme a lo previsto en el artículo 14 de este decreto y sólo podrá acceder a los recursos depositados en garantía, una vez se encuentre en firme el acto administrativo que ordene su efectividad.”

¹¹⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de 17 de julio de 2006. M.P. Cesar Julio Valencia Copete. Exp. 17191.

asegurado es la entidad contratante, el asegurador o garante la compañía de seguros y el tomador el contratista.

Tratándose de un seguro de daños, ha dicho la jurisprudencia que en virtud del artículo 1088 del Código de Comercio —[...]no basta que el hecho constitutivo del siniestro haya acaecido, sino que resulta indispensable que éste haya causado un daño al patrimonio del acreedor el cual debe ser resarcido; iii) el monto a indemnizar por parte del asegurador no necesariamente es el que corresponde al valor asegurado, sino aquel que resulte del daño o perjuicio efectivamente ocasionado al patrimonio del acreedor; iv) el valor a indemnizar, no puede ser mayor a la suma asegurada mediante la póliza de garantía.”¹¹¹. Por lo anterior, la compañía de seguros solo será responsable por el perjuicio que logre ser probado por parte de la entidad contratante y hasta el límite del valor asegurado, de lo contrario ocurriría un enriquecimiento sin causa.

La inconformidad con el acto administrativo que declare el siniestro podrá ser manifestada por el garante a la entidad contratante mediante el recurso de reposición -artículo 86, ley 1474 de 2011-, adicionalmente, dicho acto administrativo podrá ser controvertido en ejercicio de la acción contractual. Toda vez que el artículo 87 de la Ley 80 de 1993 limitó el ejercicio de la acción contractual para quienes sean parte en el contrato - salvo en el evento de nulidad absoluta- ha dicho el Consejo de Estado¹¹² que en virtud del interés directo de la compañía aseguradora en la impugnación del acto, y en virtud del artículo 77¹¹³ de la misma ley, ésta está legitimada para incoar la acción contractual:

¹¹¹ *Ibíd.*

¹¹² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Auto de 18 de julio de 2007. Radicación número: 33476.

¹¹³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 80 DE 1993 (Octubre 28) Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. ARTÍCULO 77. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

[...] la primera [la aseguradora], para liberarse, con su nulidad, del pago de la garantía de estabilidad y buena calidad de la obra; y el contratista, porque la invalidación del acto lo liberaría de la acción que como subrogatario tendría la aseguradora contra él, una vez cubierto el valor de la suma asegurada, en los términos del art 1096 del C. de Co.”¹¹⁴

El artículo 75 de la Ley 80 de 1993 le adscribió a la jurisdicción administrativa la competencia para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución originados en la actividad contractual, —[...]bajo esta premisa, la jurisdicción conocerá no solo de los contratos celebrados por una entidad pública para el cumplimiento de los fines estatales, sino de los contratos celebrados entre particulares que garanticen el cumplimiento del contrato estatal, por estar estrechamente relacionados con el desarrollo, ejecución y culminación del objeto del contrato principal.”¹¹⁵

Cabe anotar que la compañía de seguros que paga la indemnización de perjuicios se subroga —[.]en los derechos de la entidad o persona asegurada contra la persona cuyo manejo o cumplimiento estaba garantizando, con todos sus privilegios y accesorios” en los términos del artículo 4¹¹⁶ de la Ley 225 de 1938 y el artículo 1096¹¹⁷ del Código de Comercio.

¹¹⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 10 de julio de 1997. C.P.: Carlos Betancur Jaramillo. Radicación número: 9286.

¹¹⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 10 de junio de 2004. C.P.: Ramiro Saavedra Becerra. Radicación número: 22117.

¹¹⁶COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 225 DE 1938 (12 de diciembre) por la cual se provee al establecimiento del seguro de manejo y cumplimiento. ARTICULO 4° Por el hecho de pagar el seguro la compañía aseguradora se subroga en los derechos de la entidad o persona asegurada contra la persona cuyo manejo o cumplimiento estaba garantizando, con todos sus privilegios y accesorios.

¹¹⁷ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. DECRETO 410 DE 1971 (marzo 27) Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. ARTÍCULO 1096. SUBROGACIÓN DEL ASEGURADOR QUE PAGA LA INDEMNIZACIÓN. El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado. Habrá también lugar a la subrogación en los derechos del asegurado cuando éste, a título de acreedor, ha contratado el seguro para proteger su derecho real sobre la cosa asegurada.

3.2. RESPONSABILIDAD PENAL

El Capítulo VII de la Ley 80 de 1993¹¹⁸ señala dentro de los controles de la gestión contractual aquel ejercido por la Fiscalía General de la Nación, la cual podrá investigar en cualquier momento, por denuncia o de oficio, las conductas constitutivas de hechos punibles que puedan ser realizadas por los sujetos que intervienen en la contratación estatal.

Como consecuencia de este control, la misma ley estableció en el artículo 51¹¹⁹ que los servidores públicos responderían penalmente por las actuaciones que constituyeran hechos punibles en relación con la actividad contractual, realizando consideraciones similares en relación con los particulares contratistas - artículo 52 - y concretamente de los interventores, consultores y asesores - artículo 53¹²⁰ -.

¹¹⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 80 DE 1993 (Octubre 28) Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. ARTÍCULO 64. DE LA PARTICIPACIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. La Fiscalía General de la Nación, de oficio o por denuncia, investigará las conductas constitutivas de hechos punibles en la actividad contractual y acusará a los presuntos infractores ante los jueces competentes.

La Fiscalía General de la Nación creará unidades especializadas para la investigación y acusación de los hechos punibles que se cometan con ocasión de las actividades contractuales de que trata esta ley.

¹¹⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 80 DE 1993 (Octubre 28) Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. ARTÍCULO 51. DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. El servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley.

¹²⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 80 DE 1993 (Octubre 28) Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. ARTÍCULO 53. DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONSULTORES, INTERVENTORES Y ASESORES. Artículo modificado por el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente: Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría.

Por su parte, los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría.

Los contratistas responderán penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual. Si bien estos son colaboradores del Estado para la satisfacción del interés general, quienes conservan su calidad de particulares cuando se vinculan contractualmente con el Estado, para efectos de imputar responsabilidad penal el artículo 56¹²¹ los asimiló a los servidores públicos con el fin de agravar las conductas constitutivas de delitos que pudieran cometer con ocasión del contrato estatal.

A pesar de que este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-563 de 1998¹²², esta Corporación aclaró que la asimilación del particular contratista al servidor público no puede ser automática para efectos de imputarle responsabilidad penal: No basta con que el particular se vincule contractualmente con la Administración para que se iguale su responsabilidad penal con la del servidor público, pues es necesario que en virtud de ese acuerdo el contratista este asumiendo verdadera función pública, ejerciendo las prerrogativas propias del Estado y no desarrollando una mera actividad material. Sólo excepcionalmente el particular que contrata con el Estado puede ser

¹²¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 80 DE 1993 (Octubre 28) Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Artículo 56. 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.

¹²² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-563 de 1998. Magistrados Ponentes: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL y Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ. Santafé de Bogotá, D.C., octubre siete (7) de mil novecientos noventa y ocho (1998). Referencia: Expediente D-1989: Dijo la Corte en esa oportunidad: -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 es estrictamente material y no jurídica, se reduce a construir o reparar la obra pública que requiere el ente estatal para alcanzar los fines que le son propios [...] 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 [...] Lo dicho no significa que la responsabilidad de los servidores públicos sea siempre igual, ni que la condición de servidor público se pueda predicar, a modo de una presunción, de toda relación jurídica de una persona con el Estado. En síntesis, el segmento acusado condiciona la asimilación del particular a servidor público, para efectos penales, al hecho de que aquél asuma realmente el ejercicio de una función pública, lo cual constituye un desarrollo legal que se ajusta al espíritu de las normas constitucionales y se apoya en una realidad objetiva.

delegatario de función pública en razón al contrato celebrado y por ello ser considerado como un servidor público para efectos penales, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado.

De lo anterior se colige que el contratista, por regla general, no ejerce función pública sino que realiza una labor estrictamente material, salvo por ciertos casos como los que se acaban de mencionar. Por eso, en lo que tiene que ver con el manejo indebido, la incorrecta inversión o la apropiación del anticipo por parte del contratista, la aplicación del artículo 56 de la Ley 80 de 1993 debe ser reflexiva, cuidadosa y puntual, pues dependiendo de cada caso es que se podrá decir cuál es el tipo penal en el que se enmarca la conducta realizada por el particular.

Si el contratista particular se apropia del anticipo ejerciendo una función meramente material, su actuación estará configurando un delito contra el patrimonio económico del Estado en la modalidad de abuso de confianza¹²³ calificado - por tratarse de un delito que se comete sobre bienes de propiedad estatal - según el artículo 250¹²⁴ del Código Penal – Ley 599 de 2000 -. Así lo señaló la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en una oportunidad:

[...] el anticipo es entregado al contratista con la finalidad específicamente señalada en el contrato correspondiente, sin que le sea permitido una

¹²³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 599 DE 2000 (julio 24) Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. Por la cual se expide el Código Penal. 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. Si no hubiere apropiación sino uso indebido de la cosa con perjuicio de tercero, la pena se reducirá en la mitad.

¹²⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 599 DE 2000 (julio 24) Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. Por la cual se expide el Código Penal. ARTICULO 250. ABUSO DE CONFIANZA CALIFICADO. Las 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: [...] 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.

destinación diferente. Son tan reales las limitaciones que el contratista tiene sobre el manejo del anticipo, que es jurídicamente imposible que lo maneje como si fuera su señor y dueño [...] Desde luego, un dinero que se entrega como anticipo con tantas condiciones, no convierte al contratista ni en dueño o condueño, sino en un mero tenedor del mismo. [...] 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.¹²⁵

Por el contrario, si el contratista se encuentra ejerciendo función pública en el desarrollo de un contrato estatal, la responsabilidad penal que se derive del mal manejo o apropiación de los recursos entregados a título de anticipo será aquella que se puede predicar de un servidor público en atención a lo estipulado por el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 20¹²⁶ de la ley penal¹²⁷. Esta distinción se mantiene actualmente y es aplicada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia a la hora de imputar responsabilidad penal a este tipo de particular.¹²⁸

¹²⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 27 de abril de 2005. M.P.: Herman Galán Castellanos. Radicado número. 19562.

¹²⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 599 DE 2000 (julio 24) Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. Por la cual se expide el Código Penal. 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 338 de la Constitución Política.

¹²⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del nueve (9) de mayo de dos mil siete (2007). Sentencia del 9 de mayo de 2007: la Sala Penal de La Corte Suprema de Justicia expresó que el delito de peculado, cómo régimen aplicable a los servidores públicos, solo es extensible al particular cuando éste se encuentra investido permanente o transitoriamente de una función pública: —En 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.

¹²⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de Casación de 27 de julio de 2006. Radicación 23872.: —Econtratista, 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

Bien sea que el contratista esté desempeñando función pública o que esté desempeñando una labor estrictamente material, éste podrá ser responsable penalmente por el delito de peculado, en cualquiera de sus modalidades, en la medida en que actúe a título de interviniente en el escenario delictual. El contratista que actúe como cómplice o determinador de este delito será responsable del mismo a título de partícipe, lo que dará lugar a la reducción de la pena en los términos señalados por el artículo 30¹²⁹ del Código Penal.

En cuanto al servidor público que interviene en la actividad contractual, el artículo 51 de la Ley 80 de 1993 señaló también claramente que éste podrá incurrir en responsabilidad penal. En este caso, no hay duda en que el delito que se tipifica en cabeza del servidor público que permita el mal manejo o la apropiación de los recursos que se entregan a título de anticipo, para sí o para terceros, es el de peculado¹³⁰ en cualquiera de las modalidades consagradas por el Capítulo I del Título XI del Código Penal - peculado por aplicación oficial diferente¹³¹, peculado

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”.

¹²⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 599 DE 2000 (julio 24) Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. Por la cual se expide el Código Penal. ARTICULO 30. PARTICIPES. Son partícipes el determinador y el cómplice. Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción. Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad. Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.

¹³⁰ Sobre el delito de peculado ver: COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 8 de mayo de 2001. Exp. N° 14481. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón y Nilson Pinilla Pinilla; COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 8 de junio de 2006. M.P. Sigifredo Espinoza Pérez. Exp. No 11830.

¹³¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 599 DE 2000 (julio 24) Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. Por la cual se expide el Código Penal. ARTICULO 399. PECULADO POR APLICACION OFICIAL DIFERENTE. El servidor público que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios

culposo¹³² y peculado por apropiación¹³³. Por la misma conducta y de manera adicional, podrá incurrir en el delito de tramitar celebrar o liquidar un contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales¹³⁴, consagrado en el artículo 410¹³⁵ de la Ley 599 de 2000.

mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

¹³² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 599 DE 2000 (julio 24) Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. Por la cual se expide el Código Penal. ARTICULO 400. PECULADO CULPOSO. El servidor público que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término señalado.

¹³³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 599 DE 2000 (julio 24) Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. Por la cual se expide el Código Penal. 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.

¹³⁴ El artículo 60 de la Ley 80 de 1993 señala que el acto de liquidación las partes acordarán los reconocimientos a que haya lugar y poner fin a las divergencias presentadas, entre otros asuntos. En relación con el anticipo, es la liquidación del contrato el momento final en el que se puede verificar, por parte de la entidad contratante y la interventoría, si éste fue invertido total y correctamente en el contrato. Así por ejemplo, si el anticipo no se invirtió completamente, mediante el acta de liquidación la entidad podrá solicitar al contratista su reintegro o compensar con estas sumas los valores que existan a favor del contratista (v.gr. obras adicionales). Por lo anterior, el servidor público que liquide un contrato sin verificar si existió algún tipo de irregularidad, desvío, apropiación o incorrecta inversión del anticipo, podrá ser responsable de este delito sin perjuicio de estar cometiendo además otros delitos contra la Administración Pública, tal como se mencionó en relación con el peculado.

¹³⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 599 DE 2000 (julio 24) Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. Por la cual se expide el Código Penal. ARTICULO 410. CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.

En relación con el delito de peculado, el servidor podrá incurrir en este por vía de acción – v.gr. firmando el acta de liquidación del contrato en la que se declara que el anticipo se amortizó totalmente, cuando dolosa o culposamente sabe que ello no fue así – o por vía de omisión¹³⁶, cuando descuida dolosa o culposamente la función que tiene de vigilar y controlar que el anticipo sea invertido total y correctamente en el objeto del contrato¹³⁷; la responsabilidad penal será como regla general del representante legal de la entidad contratante¹³⁸.

Finalmente, el artículo 53 de la Ley 80 de 1993 señaló que los interventores también serían sujetos de responsabilidad penal, sujetos alrededor de los cuales existe un debate doctrinario y jurisprudencial – que no se tiene intención de estudiar en esta oportunidad - acerca de cuál es el régimen aplicable para ellos en materia penal: aquel aplicable al servidor público o aquel aplicable al particular.

Si se considera que es un particular que cumple una función pública, de manera temporal, para efectos de aplicación de la ley penal será considerado un servidor público de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 599 de 2000. Si por el contrario, se

¹³⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 599 DE 2000 (julio 24) Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. Por la cual se expide el Código Penal. ARTICULO 25. ACCION Y OMISION. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión. Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley. [...]

¹³⁷ De conformidad con el artículo 4 de la Ley 80 de 1993, los servidores públicos están en el deber de velar por la correcta ejecución del objeto contractual y la conservación y buen uso de los recursos públicos que se involucran en el mismo, mediante la verificación de la calidad de los productos o servicios prestados así como el ejercicio de las acciones tendientes a lograr la indemnización de perjuicios en caso de que dichas calidades no se cumplan. Así mismo, el artículo 26 del Por último, el artículo 83¹³⁷ de la Ley 1474 de 2011 señaló de manera expresa el deber que tiene la entidad contratante de vigilar permanentemente la ejecución del objeto contratado con el fin de “prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual”, disposición que, sin lugar a dudas, hace referencia la función de prevenir el mal manejo, desviación o apropiación que pueda hacer un contratista corrupto del anticipo.

¹³⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 80 DE 1993 (Octubre 28) Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. ARTÍCULO 26. DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD. En virtud de este principio: (...) 5o. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal, quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.

considera que es un contratista más, que cumple una labor meramente material, el régimen aplicable será el de cualquier particular.

A pesar de la existencia de este control y de la responsabilidad que de él deriva, resulta curioso ver cómo las entidades estatales, frente al mal manejo de los recursos entregados como anticipo, se habían limitado casi siempre a las acciones de tipo civil o contractual para reclamar una indemnización por este perjuicio. Sólo hasta ahora, con la proliferación de la corrupción en materia de contratación, este tipo de control ha pasado de ser última *ratio* del Derecho para convertirse en el primer mecanismo de control estatal. Muestra de lo anterior es la Ley 1474 de 2011, conocida como el Estatuto Anticorrupción, la cual agravó en varios aspectos algunos delitos cometidos contra la Administración Pública y contra el patrimonio económico que recaigan sobre bienes del Estado, con el fin reprimir y prevenir, entre otras conductas, la apropiación que haga el contratista y otros sujetos del anticipo que se entrega en el contrato estatal.

No hay duda de que hoy, en el escenario colombiano, el Derecho penal, como forma de control y castigo del mal manejo y la incorrecta inversión de los anticipos, ha adquirido un protagonismo inusitado, no solo en virtud de la imputación y condena de servidores públicos y particulares, sino además porque la más reciente reforma legislativa tendiente a evitar que en el futuro se repita lo vivido, ley 1474 de 2011, se concentró casi exclusivamente en la creación y reforma de tipos penales.

3.3. RESPONSABILIDAD FISCAL

La Constitución Política en su artículo 267¹³⁹ define el control fiscal como aquella función pública ejercida por la Contraloría General de la República consistente en

¹³⁹ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Artículo 267. El control fiscal es una función pública que

ejercer vigilancia sobre las entidades públicas y particulares que manejen fondos o bienes de la Nación. En desarrollo de este precepto constitucional, la Ley 610 de 2000 reguló, entre otros aspectos, la competencia de las contralorías y el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal.

El proceso de responsabilidad fiscal se define en la ley como el conjunto de actuaciones administrativas tendientes a determinar la responsabilidad de particulares o servidores públicos que, en el ejercicio de *gestión fiscal* o con ocasión de ella, causan por acción u omisión un daño patrimonial al Estado¹⁴⁰. Por ello, precisar el término gestión fiscal constituye un factor determinante para establecer las circunstancias en las cuales habrá responsabilidad fiscal. El artículo 3 de la mencionada ley prescribe:

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.

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.

¹⁴⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 610 DE 2000 (agosto 15) Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. ARTICULO 1o. DEFINICION. 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.

La Corte Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución Nacional ha dicho:

De conformidad con la idea generalmente aceptada de que el fisco o erario público está integrado por los bienes o fondos públicos, **cualquiera sea su origen**, el concepto de gestión fiscal alude a la administración o manejo de tales bienes, en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición [...] bien sea que esté siendo ejercida por la Administración pública o por particulares.¹⁴¹ (Negrilla propia)

Determinar si los sujetos que intervienen en la contratación estatal son sujetos de la responsabilidad fiscal, dependerá entonces de verificar si la función que cumplen en virtud del contrato y concretamente en relación con el manejo del anticipo, puede catalogarse como gestión fiscal. Por esto, es necesario analizar separadamente el caso de cada uno de los intervinientes, en relación con las normas que regulan sus actuaciones.

El artículo 52 de la Ley 80 de 1993 circunscribió la responsabilidad del contratista al ámbito civil y penal sin mencionar, en ningún momento, si estos podían ser objeto de responsabilidad fiscal. Sin embargo, para efectos de determinar si le cabe una responsabilidad de este tipo, en relación con el manejo y administración que haga del anticipo, debe recurrirse a las previsiones generales de la Ley 610 de 2000 las cuales parten del supuesto fundamental según el cual los actos desplegados por el agente productor del daño patrimonial estén asociados a la gestión fiscal.

Si los recursos que el contratista está utilizando para la ejecución del contrato son de naturaleza privada - como lo es el pago anticipado y en general los recursos

¹⁴¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-529 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

que recibe de la entidad a título de remuneración o pago, no estará ejerciendo gestión fiscal en los términos citados. Si se trata en cambio de recursos públicos y la función del contratista es el —manejo” o —administración”¹⁴² de los mismos, sí habrá gestión fiscal y por ende responsabilidad fiscal. Esto último puede estar dado por dos situaciones: (i) Que el objeto mismo del contrato sea el ejercicio de gestión fiscal¹⁴³, como ocurre en los casos en que el contratista adquiere la condición de concesionario, administrador delegado, prestador de un servicio público a cargo del Estado o recaudador de caudales, por ejemplo; o (ii) cuando *una* de las funciones del contratista, dentro del contrato, consiste en administrar temporalmente recursos de la entidad contratante, siendo una obligación accesoria a la obligación principal u objeto contractual, lo cual sucede en el caso del manejo del anticipo que se entrega en virtud del contrato estatal.

Al respecto señala el profesor AMAYA OLAYA:

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

¹⁴² Administrar y manejar, en el contexto en que son utilizados por la ley, se refieren al poder de decisión sobre los bienes o fondos objeto de la gestión.

¹⁴³ AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Teoría de la Responsabilidad Fiscal, Aspectos Sustanciales y Procesales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. P.247. Al respecto, dice el profesor Uriel Amaya: En otras palabras, el particular contratista no puede ser sujeto de responsabilidad fiscal, así haya causado un daño al patrimonio público por la inejecución del contrato, o la apropiación indebida de recursos, v.gr., si no está ejerciendo obligaciones contractuales propias de la gestión fiscal: esto es, que el objeto del contrato sea precisamente el de administrar recursos o patrimonio público, caso en el cuál sí es titular de gestión fiscal (función pública), y por lo tanto de una eventual responsabilidad de esa naturaleza.

recurso público, y la condición de administrador que sobre tales recursos tiene el contratista (gestión fiscal).¹⁴⁴ (Negrilla propia)

En este sentido se ha pronunciado la Contraloría General de la República en varios de sus conceptos jurídicos, expresando que la administración de los recursos públicos que se entregan como anticipo constituye gestión fiscal por parte del contratista y por ende, el daño patrimonial que en su ejercicio ocasione al Estado lo hará sujeto de responsabilidad fiscal:

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.¹⁴⁵

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 administración de estos recursos, estaremos ante la inminencia de la gestión fiscal.¹⁴⁶

Teniendo como presupuesto básico el hecho de que el contratista puede ser sujeto de responsabilidad fiscal por el mal manejo que dé al anticipo, el artículo 44 de la Ley 610 de 2000 consagró la posibilidad de vincular a la compañía de seguros, que con su póliza ampare este riesgo, como tercero civilmente responsable en el proceso de responsabilidad fiscal:

¹⁴⁴ AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Teoría de la Responsabilidad Fiscal, Aspectos Sustanciales y Procesales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p254-255.

¹⁴⁵ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Concepto Jurídico No. 80112 del 18 de mayo de 2011.

¹⁴⁶ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Concepto Jurídico 80112 2008 EE 6493. Bogotá, 14 de febrero de 2008.

ARTICULO 44. VINCULACION DEL GARANTE. Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado.

La vinculación se surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella.

Así mismo, el párrafo del artículo 4 del Decreto 4828 de 2008¹⁴⁷ remitió al artículo citado de la Ley 610 de 2000 y añadió que ~~la~~ garantía de cumplimiento cubrirá los perjuicios causados a la entidad estatal como consecuencia de la conducta dolosa o culposa, o de la responsabilidad imputable a los particulares, derivados de un proceso de responsabilidad fiscal, siempre y cuando esos perjuicios deriven del incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato amparado por la garantía.”

La Ley 80 de 1993 tampoco formuló de manera especial la responsabilidad fiscal en la que pueden incurrir los servidores públicos en la contratación estatal. Lo anterior no obsta para que en virtud de los artículos 6, 121 y 124 de la Constitución Política y del artículo 26 del Estatuto Contractual -los cuales consagran el principio general de responsabilidad de los servidores públicos- sea

¹⁴⁷ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. DECRETO 4828 DE 2008 (DICIEMBRE 24 DE 2008) Diario Oficial 47.213 de diciembre 24 de 2008. Por el cual se expide el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública. 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: [...] Parágrafo. En virtud de lo señalado por el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, la garantía de cumplimiento cubrirá los perjuicios causados a la entidad estatal como consecuencia de la conducta dolosa o culposa, o de la responsabilidad imputable a los particulares, derivados de un proceso de responsabilidad fiscal, siempre y cuando esos perjuicios deriven del incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato amparado por la garantía.

posible remitirse a las normas generales sobre responsabilidad fiscal para determinar si en este caso en especial son sujetos sometidos a este tipo de control.

La consecución de los fines del Estado, y concretamente de los fines de la contratación estatal -artículo 3 de la Ley 80 de 1993-, implica que los servidores públicos administren recursos públicos, al momento de celebrar contratos estatales con recursos públicos. El manejo de recursos públicos constituye sin duda alguna gestión fiscal, en los términos de la ley 610 de 2000, por consiguiente, se impone la conclusión según la cual los servidores públicos involucrados en la entrega de anticipos y en la supervisión del manejo que de éstos hacen los contratistas, son sujetos de control fiscal y eventualmente de responsabilidad fiscal.

En lo que tiene que ver con el anticipo, es claro que no es propiamente el servidor público quien administra, invierte y dispone de estos recursos para la ejecución del contrato, pues éstos han pasado a manos del contratista para cumplir con esta función. Sin embargo, nada impide que por vía de acción o de omisión, cualquier servidor público que intervenga en la entrega del anticipo - llámese representante legal o sus delegados, como el supervisor, el director de control interno, el asesor jurídico o de planeación- incurra en responsabilidad fiscal siempre y cuando se cumplan todos los presupuestos para su configuración¹⁴⁸.

Por vía de acción incurrirá en responsabilidad fiscal el servidor público que de manera dolosa o culposa avale como debido o correcto un manejo del anticipo que no se compadezca con los fines del contrato, que no exija el cumplimiento del plan

¹⁴⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 610 DE 2000 (agosto 15) Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. ARTICULO 5o. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos: Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal; un daño patrimonial al Estado; un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

de inversión propuesto y que no vele porque se mantenga el ritmo de amortización pactado, v.gr. cuando el supervisor pasa informes a la entidad contratante en los que afirma que el anticipo se ha invertido en el contrato sin ser cierto; cuando el representante legal de la entidad firma el acta de liquidación del contrato confiando en que el contratista obró debidamente durante la ejecución del contrato -sin haber ejercido medidas de control sobre el mismo- o a sabiendas -dolo- de que el anticipo no se amortizó, por ejemplo, casos en los cuales estará abierta la puerta para que la el órgano de ocnrol fiscal investigue y sancione su conducta.

Por vía de omisión, el servidor público incurrirá en responsabilidad fiscal cuando deje de cumplir o cumpla de forma negligente con la función de ejercer vigilancia y control permanente sobre la ejecución del contrato, cuando esta omisión permita el menoscabo patrimonial de la entidad contratante por la incorrecta inversión del anticipo o por la apropiación que se haga de estos recursos por parte del contratista. Es necesario que medie una culpa -en sentido lato-, para que pueda predicarse responsabilidad fiscal del servidor, pues de otro modo la actuación deliberada del contratista configuraría una situación de causa extraña o hecho imprevisible para el mismo que lo exoneraría de esta responsabilidad. No obstante, tratándose de situaciones que superan la máxima diligencia y previsión del servidor público, a pesar de lo cual se frustran los fines del contrato y se genera un deterioro del recurso público, el servidor público deberá tomar las medidas necesarias para hacer cesar o restablecer el daño patrimonial sufrido, so pena de incurrir en una negligencia posterior que agrave o siga propiciando el daño¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Así lo explica el profesor Uriel Amaya: —Dætra parte, cuando a pesar del máximo cuidado y supervisión desplegada en el proceso de contratación por parte de los servidores públicos responsables, el contrato no alcanza los fines previstos y se produce un deterioro del recurso público invertido, v.gr., el contratista se apropia del anticipo, o incumple el contrato [...] en tales eventos no habría responsabilidad fiscal de los servidores públicos, pues se entiende que la conducta desarrollada, a pesar de adecuarse a las severas expectativas de gestión requeridas para tales propósitos, fue superada por los imponderables e imprevisibles acontecimientos anotados. Claro está, una vez acaecida la circunstancias negativa del contrato – el incumplimiento o la apropiación indebida por parte del contratista que produce el perjuicio económico al patrimonio público – el gestor fiscal contractual público adoptar las oportunas medidas para restablecer el

Por último, el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 82¹⁵⁰ de la Ley 1474, señala expresamente que los interventores responderán fiscalmente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría, razón por la cual no hay necesidad de remitirse a la Ley 610 de 2000 y a la definición que trae de gestión fiscal, sin perjuicio de que los interventores no podrán ser declarados fiscalmente responsables sin que medien los elementos de la responsabilidad fiscal referidos *supra*.

La responsabilidad fiscal que pesa sobre el interventor es semejante a aquella imputable al servidor público, bien cuando omite cumplir con la obligación de vigilar y controlar la correcta ejecución del contrato -lo cual comprende el debido manejo y la correcta inversión que deba hacer el contratista del anticipo entregado por la entidad estatal-, o bien cuando por vía de acción certifica a la entidad que el anticipo está siendo o fue invertido en el contrato a pesar de que esta afirmación no encuentra sustento alguno en la realidad contractual.

deterioro patrimonial ocurrido, v.gr., tomando las decisiones administrativas o iniciando las acciones judiciales correspondientes, o efectuando las reclamaciones pertinentes ante la compañía de seguros, pues de no hacerlo puede ser sujeto de responsabilidad fiscal por este posterior comportamiento negligente, que puede soslayar la reivindicación patrimonial del daño causado.

¹⁵⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 1474 DE 2011 (julio 12) Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011. 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. ARTÍCULO 82. RESPONSABILIDAD DE LOS INTERVENTORES. Modifíquese el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así: Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría. Por su parte, los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría. PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional reglamentará la materia dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de esta ley.

3.4. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

En consonancia con los artículo 275 y siguientes de la Constitución Nacional, los artículos 62 y 63 de la Ley 80 de 1993 señalan que la gestión contractual del Estado está sometida al control de la Procuraduría General de la Nación, máximo órgano de control disciplinario en el territorio nacional y cabeza del Ministerio Público. En virtud de ese control, el artículo 51 de la misma ley establece expresamente que los servidores públicos que intervengan en los contratos estatales pueden responder disciplinariamente por sus actuaciones, así como los interventores, consultores y asesores, quienes con la expedición del Estatuto Anticorrupción Ley 1474 de 2011 quedaron explícitamente sujetos a esta responsabilidad.

El Estatuto General de Contratación señaló que los particulares que intervinieran en los contratos estatales serían responsables civil y penalmente por su conducta, por lo que así como en la responsabilidad fiscal, para determinar si el contratista era objeto de la responsabilidad disciplinaria, debía hacerse remisión al Código Disciplinario Único -Ley 200 de 1995 o Ley 734 de 2002- para determinar si el mal manejo o desvío de los recursos públicos entregados a título de anticipo constituía una falta disciplinaria por parte del particular contratista.

En vigencia de la Ley 200 de 1995 se exigía que los particulares cumplieran funciones públicas de manera permanente o transitoria para ser destinatarios de la responsabilidad disciplinaria, sólo excepcionalmente y en la medida en que ejercieran estas prerrogativas del Estado, serían sujetos de esta responsabilidad. Por lo tanto, los contratistas que no cumplieran una función pública en virtud del objeto contratado y que malversaran los dineros públicos entregados a título de anticipo, podían ser objeto de responsabilidad civil, fiscal o penal pero nunca de responsabilidad disciplinaria.

En los años siguientes a la expedición de esta ley, la Corte Constitucional revisó la constitucionalidad del artículo 20 de la Ley 200 de 1995¹⁵¹ – el cual señalaba los sujetos destinatarios de la ley - y recalcó la necesidad de que el particular que se sometiera a este régimen debía ejercer función pública, so pena de quedar exento de estas responsabilidades

En un primer momento señaló que el criterio determinante para establecer si un particular podía ser sujeto o no de responsabilidad disciplinaria estaba dado por el tipo de relación con el Estado. Si de dicha relación no se derivaba una especial subordinación del particular frente al Estado, no cabía la aplicación del régimen disciplinario -sentencia C-280 de 1996¹⁵²-. Posteriormente, la Corte Constitucional señaló que el criterio subjetivo fijado por la sentencia C-280 de 1996, plenamente aplicable para el caso de los servidores públicos, debía sustituirse en el caso de los particulares por un criterio material, que no atendiera a la calidad o condición de quien actúa sino a la función pública que le haya sido encomendada¹⁵³. Esta posición fue retomada y precisada en la Sentencia C-563 de 1998¹⁵⁴, así como en una importante sentencia del año 2002 en la que reiteró el juez constitucional:

[...] aunque, en principio, los particulares no se encuentran sometidos al régimen disciplinario de la Ley 200 de 1995, pues este ha sido previsto para la

¹⁵¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 200 DE 1995 (julio 28) Diario Oficial No. 41.946, de 31 de julio de 1995 "Por la cual se adopta el Código Disciplinario Unico" ARTICULO 20. DESTINATARIOS DE LA LEY DISCIPLINARIA. Son destinatarios de la Ley Disciplinaria los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a 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 de Lucha Ciudadana contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Nacional.

¹⁵² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-280 de 1996. M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Referencia: Demandas D-1067 y D-1076 acumulados.

¹⁵³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-286 de 1996 del 27 de junio de 1996. Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

¹⁵⁴ La Corte ha señalado los eventos en que es posible la asignación de funciones públicas, precisando que el ejercicio de éstas no puede estar al margen de los controles públicos, ni supeditado a consideraciones subjetivas, pues su valoración no atiende a la condición de quien la ejerce, sino a su materialidad. [...] 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.

sanción de las conductas desplegadas por los servidores públicos, aquellos sí lo están cuando han sido encargados de la prestación de una función pública. **Ello no quiere significar, según la última apreciación, que el régimen aplicable a los particulares sea, *in totto*, el mismo de los servidores públicos. La ley, en cada caso, determinará cuáles son los aspectos sancionatorios previstos para unos y otros, tal como se deduce del texto del inciso tercero del artículo 123 Constitucional¹⁵⁵.** (Negrilla propia)

La falta de un régimen especial que permitiera predicar responsabilidad disciplinaria del particular fue superada con la expedición del nuevo Código Disciplinario Único -ley 734 de 2002. El artículo 25¹⁵⁶ incluyó dentro de los destinatarios de la ley disciplinaria a los particulares que se contemplaran en el artículo 53 de la ley, el cual creó, además, nuevos supuestos de aplicación del régimen disciplinario a particulares. El artículo 53, modificado recientemente por el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011, estipula:

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

¹⁵⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-181 de 2002. Magistrado Sustanciador. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁵⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 734 DE 2002 (febrero 5) Diario Oficial No. 44.708 de 13 de febrero de 2002. Por la cual se expide el Código Disciplinario Único. ARTÍCULO 25. DESTINATARIOS DE LA LEY DISCIPLINARIA. Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código. Los indígenas que administren recursos del Estado serán disciplinados conforme a este Código. Para los efectos de esta ley y en concordancia con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, son servidores públicos disciplinables, los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria.

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.
(Negrilla propia)

Es a partir de la redacción de este artículo que se abrió la puerta para decir que el contratista que maneja y administra recursos públicos, como lo son aquellos que se le entregan en calidad de anticipo, puede ser objeto de esta responsabilidad. No hay que hacer esfuerzos interpretativos para concluir esto, pues la literalidad de la ley lo enseña: es disciplinable el particular que administre un recurso público u oficial -como el anticipo-, y administra un recurso público quien dispone de las rentas que hagan parte del presupuesto de una entidad pública o que esta última haya destinado para un fin específico -como lo es el objeto de un contrato-.

En caso de aceptar la responsabilidad disciplinaria del contratista, el artículo 55 de la Ley 734 de 2002 estableció que los particulares solo responderán por las faltas gravísimas que en este artículo se estipulen. El mal manejo, incorrecta inversión o

apropiación del anticipo por parte del contratista podrían tipificar algunas de las faltas que allí se consagran:

ARTÍCULO 55. SUJETOS Y FALTAS GRAVÍSIMAS. Los sujetos disciplinables por este título sólo responderán de las faltas gravísimas aquí descritas. Son faltas gravísimas las siguientes conductas:

1. Realizar una conducta tipificada objetivamente en la ley como delito sancionable a título de dolo, por razón o con ocasión de las funciones.

[...]

4. Apropiarse, directa o indirectamente, en provecho propio o de un tercero, de recursos públicos, o permitir que otro lo haga; o utilizarlos indebidamente.

Pues bien, al cabo de casi diez años de haberse expedido esta ley, son de rara ocurrencia las investigaciones disciplinarias que se adelantan en contra de contratista por el mal manejo de un anticipo. Con ocasión del presente estudio, no se tuvo conocimiento de un solo caso. No obstante lo anterior, no existe duda de que el artículo 53 citado permite afirmar que los particulares que administren de forma indebida, o se apropien del anticipo, son sujetos disciplinables al tenor de la ley 734 de 2002.

Por otra parte, el artículo 51 de la Ley 80 de 1993 expresamente estableció que los servidores públicos responderán disciplinariamente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley". Lo anterior encuentra fundamento en los artículos 122, 123 y 209 de la Constitución Política, entre otros, los cuales establecen que los servidores públicos estarán al servicio del Estado y la comunidad¹⁵⁷.

¹⁵⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-181 de 2002. Magistrado Sustanciador. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. En relación con el fundamento del control y la responsabilidad de los servidores públicos señaló la Corte Constitucional: [...] Así entonces, si los presupuestos de una correcta administración pública son la diligencia, el cuidado y la corrección en el desempeño de las funciones asignadas a los servidores del Estado, la consecuencia jurídica de tal principio no podría ser otra que la necesidad de castigo

En lo que tiene que ver con la actividad contractual, la Ley 80 de 1993¹⁵⁸ señaló que las actuaciones de los servidores públicos deben estar presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos, por lo cual deben velar por la correcta ejecución del objeto contractual, la conservación y buen uso de los recursos públicos que se involucran en el mismo, verificando la calidad de los productos o servicios prestados así como ejerciendo las acciones tendientes a lograr la indemnización de los perjuicios que se le causen a las entidades contratantes, so pena de responder ellos mismos por las acciones u omisiones

de las conductas que atentan contra tales presupuestos, conductas que - por contrapartida lógica- son entre otras, la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia. En términos generales, la infracción a un deber de cuidado o diligencia. Corte Constitucional.

¹⁵⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 80 DE 1993 (Octubre 28) Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. ARTÍCULO 4o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: 1o. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante. 2o. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar. [...] 4o. Adelantarán revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, y promoverán las acciones de responsabilidad contra éstos y sus garantes cuando dichas condiciones no se cumplan. [...] 5o. Exigirán que la calidad de los bienes y servicios adquiridos por las entidades estatales se ajuste a los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias, sin perjuicio de la facultad de exigir que tales bienes o servicios cumplan con las normas técnicas colombianas o, en su defecto, con normas internacionales elaboradas por organismos reconocidos a nivel mundial o con normas extranjeras aceptadas en los acuerdos internacionales suscritos por Colombia. 6o. Adelantarán las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado. [...] ARTÍCULO 26. DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD. En virtud de este principio: 1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. 2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas. 4o. Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia. 5o. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal, quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma; COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 1474 DE 2011 (julio 12) Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011. 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. ARTÍCULO 83. SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA CONTRACTUAL. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

antijurídicas que los causen o agraven. En consonancia con lo anterior, el artículo 34 de la Ley 734 de 2002 estableció que –son deberes de todo servidor público: [...] 21. Vigilar y salvaguardar los bienes y valores que le han sido encomendados y cuidar que sean utilizados debida y racionalmente, de conformidad con los fines a que han sido destinados.”

El incumplimiento de los deberes del servidor público, constituye una falta grave o leve en los términos del artículo 50 del Código Disciplinario Único¹⁵⁹, e incluso puede constituir una falta de aquellas que la ley haya catalogado expresamente como gravísima, como ocurre en el caso de que el servidor público descuide¹⁶⁰, administre en indebida forma o se apropie de recursos públicos que tiene a su cargo o permita que otros lo hagan. Dado el interés colectivo que representa el manejo de los recursos públicos –como lo es el anticipo-, y dado el deber que comporta su correcta administración, la Ley 734 de 2002 generó un especial reproche elevando a la categoría de faltas gravísimas aquellas conductas de los servidores públicos que atenten contra el principio de legalidad del gasto o que constituyan un riesgo para las finanzas del Estado¹⁶¹. Siendo el anticipo un recurso público sobre el cual el servidor

¹⁵⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 734 DE 2002 (febrero 5) Diario Oficial No. 44.708 de 13 de febrero de 2002. Por la cual se expide el Código Disciplinario Único. ARTÍCULO 50. FALTAS GRAVES Y LEVES. Constituye falta disciplinaria grave o leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley.

¹⁶⁰ De acuerdo con el artículo 27 de la Ley 734 de 2002 –Las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones. Cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo.”

¹⁶¹ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. PROCURADURIA DELEGADA PARA LA ECONOMIA Y LA HACIENDA PÚBLICA. Rad. 077-002595-04. Fallo de Segunda Instancia. Bogotá, 27 de mayo de 2008: [...] el manejo de los recursos públicos es formal, exigente y legal y no se le puede dar el tratamiento de patrimonio privado (informal, irreglado, inconsulto, etc.) dado el interés colectivo que representa y el deber inexorable que comporta frente a su correcta administración y manejo; precisamente para el derecho disciplinario merece especial atención el manejo de la denominada –Hacienda Pública” y esta es la razón para que en la Ley 734 de 2002, se generara un especial reproche elevando a la categoría de faltas gravísimas, aquellas conductas de los servidores públicos que atenten contra el principio de legalidad del gasto o que constituyan un riesgo para las finanzas del Estado, en particular para la inversión social precisamente dada la difícil situación por la que atraviesa el Estado Colombiano y que a partir entre otros del déficit fiscal, amerita de los responsables de su administración un manejo ordenado e inspirado por los principios de moralidad, eficacia, economía y celeridad que rigen el ejercicio de funciones administrativas.

público tiene el deber de vigilar y controlar su buen manejo e inversión, no hay duda de que su incumplimiento es susceptible de configurar una de las faltas gravísimas que consagra el artículo 48 de la Ley 734 de 2002:

ARTÍCULO 48. FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas las siguientes:

1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.

[...]

3. Dar lugar a que por culpa gravísima se extravíen, pierdan o dañen bienes del Estado o a cargo del mismo, o de empresas o instituciones en que este tenga parte o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, en cuantía igual o superior a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales. Incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente, en favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga.

[...]

31. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.

La configuración de una de estas faltas se podría dar, por ejemplo, cuando el servidor público hace entrega del anticipo sin exigir la constitución de la garantía, siendo ésta necesaria¹⁶²; cuando aprueba la garantía de cumplimiento sin verificar que ella ampare el riesgo del buen manejo y correcta inversión del anticipo¹⁶³ o cuando ésta no cubra en un 100% el valor entregado; cuando entrega como anticipo

¹⁶² PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Sala Disciplinaria. Bogotá D.C., 19 de enero de 2004. Radicado No. 161-02023.

¹⁶³ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal. Sala Disciplinaria. Bogotá D.C., 28 de febrero de 2005. Radicado No. 21-69805-2002.

más del 50% del valor del contrato; cuando no busca el reintegro del anticipo¹⁶⁴ o de los bienes adquiridos¹⁶⁵ con este habiendo terminado el contrato; cuando se pacta un valor para el anticipo en el contrato y se entrega un mayor valor al contratista¹⁶⁶; cuando no solicita o no verifica la ampliación de la garantía en los casos en que fuere necesario¹⁶⁷; y en general, cuando se pueda constatar que el servidor asumió una conducta negligente y descuidada frente al deber que tiene de velar por el patrimonio público.

Finalmente, el artículo 53 de la Ley 734 de 2002 señaló que los particulares que cumplen labores de interventoría serán responsables disciplinariamente en los términos del Libro Tercero de esta ley. En el mismo sentido, con la reciente expedición de la Ley 1474 de 2011, el artículo 53 de la Ley 80 de 1993 fue modificado, en los siguientes términos,

ARTÍCULO 53. DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONSULTORES, INTERVENTORES Y ASESORES. (Artículo modificado por el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011) Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal **y disciplinariamente** tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría.

Por su parte, los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas

¹⁶⁴ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública. Sala Disciplinaria. Bogotá D.C., 13 de septiembre de 2005. Radicado No. 162-94296/03.

¹⁶⁵ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Sala Disciplinaria. Bogotá D.C., 13 de enero de 2005. Radicado 165-75545-2002.

¹⁶⁶ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Sala Disciplinaria. Bogotá D.C., 26 de enero de 2001. Radicado No. 154-34586-99

¹⁶⁷ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal. Sala Disciplinaria. Bogotá D.C., 28 de febrero de 2005. Radicado No. 21-69805-2002.

del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría.

PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional reglamentará la materia dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de esta ley. (Negrilla propia)

Con anterioridad a la expedición de la Ley 1474 de 2011 y en virtud del artículo 53 de la Ley 734 de 2002, la Corte Constitucional estimó que la labor de interventoría, ejercida por un particular, supone el ejercicio de una especial labor de supervisión sobre el manejo de recursos públicos, que constituye una función pública, ya que a través de este contrato la entidad pública delega en este sujeto la obligación legal que tiene de vigilar y controlar la ejecución del contrato. Así, en sentencia C-037 de 2003 esta corporación dijo:

De acuerdo con el numeral primero del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 dentro de los derechos y deberes de las entidades estatales para la consecución de los fines de la contratación estatal se encuentra el de exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del contrato. [...] Así mismo de acuerdo con el numeral 1 del artículo 26 del mismo estatuto [...]

Para efectos de dicha vigilancia la administración contratante puede designar uno de sus servidores, que asume la labor de interventoría de un contrato determinado. [...] La entidad puede también contratar los servicios de un particular para realizar la interventoría del contrato [...] para la Corte de los elementos que se desprenden de la ley resulta claro que al interventor le corresponde vigilar que el contrato se desarrolle de acuerdo con lo pactado en las condiciones técnicas y científicas que más se ajusten a su cabal desarrollo, de acuerdo con los conocimientos especializados que él posee, en razón de los cuales la administración precisamente acude a sus servicios.

Dicha función de control, que las normas contractuales asignan a los servidores públicos, pero que excepcionalmente en virtud del contrato de interventoría puede ser ejercida por un particular, implica en realidad el ejercicio de una función pública.

La Corte llama la atención además sobre el hecho de que el objeto sobre el cual recae la vigilancia, a saber el desarrollo del contrato estatal, supone la presencia de recursos públicos, y que en este sentido la labor de vigilancia que se le encarga para que el desarrollo del contrato se ajuste a los términos del contrato y a la realización de los fines estatales específicos que con él se persiguen, implica la protección de esos recursos.

Concluye la Corte entonces que en el cumplimiento de las labores de interventoría en los contratos estatales el particular contratista se ve atribuido el ejercicio de una función pública y que en este sentido resulta aplicable en su caso la ley disciplinaria¹⁶⁸. (Negrilla propia)

El interventor, como encargado de vigilar la buena marcha del contrato, deberá exigir al contratista la información que estime necesaria y efectuará a nombre de la entidad contratante las revisiones periódicas indispensables para verificar que las obras ejecutadas, los servicios prestados o los bienes suministrados cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, así mismo deberá constatar y exigir que los recursos entregados al contratista a título de anticipo estén siendo y sean invertidos correctamente en el objeto del contrato.

Con la expedición de la Ley 1474 de 2011 se señalaron faltas disciplinarias concretas y se hicieron explícitas algunas facultades y deberes específicos de los interventores con ocasión de la actividad contractual, las cuales vienen a integrar los deberes y obligaciones que contractualmente las partes hayan decidido pactar:

¹⁶⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 2003. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

ARTÍCULO 84. FACULTADES Y DEBERES DE LOS SUPERVISORES Y LOS INTERVENTORES. La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.

PARÁGRAFO 1o. El numeral 34 del artículo 48 de la Ley 734 de 2000 <sic, es 2002> quedará así:

No exigir, el supervisor o el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad. También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento.

PARÁGRAFO 2o. Adiciónese la Ley 80 de 1993, artículo 8o, numeral 1, con el siguiente literal:

k) El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato. Esta inhabilidad se extenderá por un término de

cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente.

PARÁGRAFO 3o. El interventor que no haya informado oportunamente a la Entidad de un posible incumplimiento del contrato vigilado o principal, parcial o total, de alguna de las obligaciones a cargo del contratista, será solidariamente responsable con este de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento por los daños que le sean imputables al interventor.

Cuando el ordenador del gasto sea informado oportunamente de los posibles incumplimientos de un contratista y no lo comine al cumplimiento de lo pactado o adopte las medidas necesarias para salvaguardar el interés general y los recursos públicos involucrados, será responsable solidariamente con este, de los perjuicios que se ocasionen.

Como toda falta disciplinaria, el interventor podrá incurrir en ella por acción o por omisión, v.gr. firmando actas de interventoría en las que declare que el anticipo se está invirtiendo correctamente o firmando el acta de entrega y recibo final de una obra afirmando que el anticipo se amortizó completamente, cuando no es así, o descuidando su función de vigilar y controlar el manejo y administración que dé el contratista al anticipo¹⁶⁹.

¹⁶⁹ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Sala Disciplinaria. Bogotá D.C., 22 de enero de 2008. Radicado No. 058-3601-2004. Sobre las funciones que tiene el interventor en relación con el anticipo.

4. CONCLUSIONES

- El anticipo es un porcentaje no mayor al cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato el cual es entregado por la entidad contratante al contratista para el cubrimiento de los costos iniciales en que debe incurrir este último para la iniciación de la ejecución del objeto contratado. Los recursos que se entregan como anticipo pasan a manos del contratista en calidad de préstamo, razón por la cual éstos siguen siendo recursos públicos -así como los rendimientos financieros que produzcan- de propiedad de la entidad contratante, hasta tanto el contratista no los haya amortizado completamente.
- Pueden señalarse como características del anticipo: su calidad de recurso público y por ende su carácter de inembargable; la calidad de mero tenedor o administrador del contratista que lo recibe; el fin con el que se entrega, cual es el de financiar el inicio de la ejecución del contrato; la forma en que ingresa al patrimonio del contratista, mediante su amortización; la garantía que lo ampara, la de buen manejo y correcta inversión del anticipo; y los contratos en los que es común pactarlo, los de tracto sucesivo.
- La naturaleza jurídica especial que reviste el contrato estatal, la calidad de los recursos que en éste se involucran y la búsqueda del interés general, hacen que a las obligaciones emanadas de la ley se superpongan a las obligaciones derivadas del contrato en lo que tiene que ver con el anticipo.
- Sin importar su fuente, las obligaciones referidas al anticipo tienen como marco un contrato conmutativo o bilateral, y por ello se regirán por el principio de correlatividad.

La entidad contratante tiene la obligación de entregar el anticipo en el tiempo y la forma prevista en el contrato y el contratista tiene el derecho a recibirlo de tal manera. El incumplimiento total o parcial de esta obligación, a cargo de la entidad contratante, permitirá al acreedor contratista proponer la excepción del contrato no cumplido, solicitar el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato y pedir la indemnización de los perjuicios moratorios generados por el incumplimiento, instituciones todas ellas que buscan la protección y el restablecimiento de los intereses lesionados.

El particular contratista tiene como obligaciones en relación con el anticipo: (i) constituir la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo; (ii) elaborar y dar cumplimiento al plan de inversión del anticipo; (iii) amortizar el anticipo en la medida en que vaya ejecutando el contrato y reintegrarlo en caso de no ser totalmente invertido y (iv) entregar al Estado los rendimientos financieros que generen los recursos entregados a título de anticipo. Con la expedición de la Ley 1474 de 2011, el contratista tendrá la obligación adicional de constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable con los recursos que le sean entregados como anticipo, en los casos en que sea procedente.

- En virtud del principio de responsabilidad, plasmado en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, los servidores públicos y los contratistas serán responsables dentro de la actividad contractual. El desconocimiento de las normas, principios y deberes que rigen la contratación estatal, así como el incumplimiento expreso de obligaciones que surgen para las partes como fruto de la autonomía de la voluntad, puede llevar a que se configure en cabeza de uno de ellos, de varios o de todos, un supuesto de responsabilidad contractual, penal, disciplinario y/o fiscal. La naturaleza especial de los recursos que se entregan a título de anticipo, así como la función que cumplen los contratistas, interventores, servidores públicos y entidades contratantes en relación con éste, explican por qué el mal uso, la

indebida administración o incorrecta inversión de estos recursos son conductas reprochables desde distintos ámbitos del ordenamiento jurídico.

- Los sujetos que intervienen en el contrato estatal incurrirán en responsabilidad contractual por el mal manejo o incorrecta inversión del anticipo por el incumplimiento de obligaciones derivadas del contrato. La responsabilidad contractual del Estado, que en este caso se generaría por la no entrega o entrega tardía del anticipo, tiene como fundamento el artículo 90 de la Constitución Nacional y 50 del Estatuto Contractual. El contratista será responsable contractualmente cuando incumpla con la obligación que tiene de invertir el anticipo en el contrato y amortizarlo, o cuando haya desconocido el plan de inversión del anticipo que haga parte integral del contrato. En cuanto al interventor, éste será responsable de los perjuicios que cause a la entidad contratante por el incumplimiento en la obligación que tiene de vigilar y controlar la ejecución del contrato; y el garante estará obligado a indemnizar los perjuicios causados por el contratista en la medida en que éste último sea hallado responsable.

- Quienes intervienen en el contrato estatal también serán sujetos de responsabilidad penal. Los particulares contratistas que se apropien del anticipo y que ejecuten en virtud del contrato una actividad meramente material, responderán por el delito de abuso de confianza calificado. Los servidores públicos y los particulares que cumplan función pública que se apropien del anticipo, incurrirán por su parte en el delito de peculado.

- Podrán ser también sujetos de responsabilidad fiscal los contratistas, los servidores públicos y los interventores en tanto el manejo y la administración del anticipo constituye *gestión fiscal*. Los particulares y los servidores públicos que en ejercicio de la gestión fiscal causen un daño patrimonial al Estado, serán responsables por dicho perjuicio. En caso de

que el contratista sea hallado responsable fiscalmente, el garante asumirá la indemnización de perjuicios como tercero civilmente responsable dentro del proceso de responsabilidad fiscal.

- Por último, los servidores públicos y los interventores que con su acción u omisión permitan el mal manejo, incorrecta inversión y apropiación de los recursos entregados a título de anticipo, serán responsables disciplinariamente en los términos de la Ley 734 de 2002. En cuanto a la responsabilidad disciplinaria del contratista, si bien el artículo 53 de la misma ley señaló como sujetos disciplinables los particulares que manejen o administren recursos públicos, no se conocen fallos proferidos por el Ministerio Público en los que se haya procesado disciplinariamente a un contratista por el mal manejo o indebida administración del anticipo.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

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

BENAVIDES, José Luís. El Contrato Estatal, entre el derecho público y el derecho privado. 2da edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

CAUSA, José Antonio. Alcances del anticipo y el pago anticipado. Barranquilla: Revista de Derecho, Universidad del Norte, 21: 96 – 105, 2004.

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

LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio. Contratos Estatales. Bogotá: Temis, 2007.

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

MELÉNDEZ JULIO, Inocencio. La responsabilidad contractual en el derecho público de los contratos estatales. Tomo I. Régimen patrimonial de los contratos estatales y de los riesgos en el derecho contractual colombiano. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2009.

PARRA GUTIERREZ, William René. Los contratos estatales: Jurisprudencia, doctrina, comentarios, legislación. 3ra edición. Bogotá: Ediciones librería del profesional, 1998.

PINO RICCI. Jorge. Régimen de Contratación Estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

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

CONSTITUCIÓN NACIONAL

COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.

LEYES Y PROYECTO DE LEY

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

_____. _____. LEY 1150 DE 2007 (julio 16) Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007. 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.

_____. _____. LEY 1474 DE 2011 (julio 12) Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011. 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.

_____. LEY 599 DE 2000 (julio 24) Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. Por la cual se expide el Código Penal.

_____. LEY 610 DE 2000 (agosto 15) Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

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

_____. CÓDIGO CIVIL.

_____. Exposición de motivos. —Proyecto de ley 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”. (Ley 1474 de 2011)

JURISPRUDENCIA

(i) Corte Constitucional

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-529 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia C-280 de 1996. M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Referencia: Demandas D-1067 y D-1076 acumulados.

_____. Sentencia C-286 de 1996 del 27 de junio de 1996.
Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

_____. Sentencia C-563 de 1998. M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell y Dr. Carlos Gaviria Díaz. Referencia: Expediente D-1989.

_____. Sentencia C-181 de 2002. Magistrado Sustanciador. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

_____. Sentencia C-037 de 2003. Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis.

_____. Sentencia C-124 de 2003. M. P. Jaime Araujo Rentería.

_____. Sentencia T-440 de 2003. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

_____. Sentencia C-1008 de 2010. M.P.: Luís Ernesto Vargas SILVA. Referencia: expediente D-8146.

(ii) Corte Suprema de Justicia

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL.
Sentencia del 9 de mayo de 2007.

_____. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 27 de julio de 2006. Radicación 23872.

_____. _____. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 8 de mayo de 2001. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón y Nilson Pinilla Pinilla. Exp. N° 14481.

_____. _____. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 27 de abril de 2005. M.P.: Herman Galán Castellanos. Exp. 19562.

_____. _____. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 8 de junio de 2006. M.P. Sigifredo Espinoza Pérez. Exp. No 11830.

_____. _____. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de 17 de julio de 2006. M.P. Cesar Julio Valencia Copete. Exp. 17191.

_____. _____. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del nueve (9) de mayo de dos mil siete (2007). Sentencia del 9 de mayo de 2007.

(iii) Consejo de Estado

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia proferida el 31 de enero de 1991. Radicación número: 4739.

_____. _____. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 6 de febrero de 1992. Radicación número: 6030.

_____. _____. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 13 de julio de 1993. C.P. Juan de Dios Montes Hernández. Radicación número: 8163.

_____._____. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 7 de Diciembre de 1994. C.P. Julio Cesar
Uribe Acosta.

_____._____. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 5 de julio de 1995. C.P.: Juan de Dios
Montes. Radicación número: 9998.

_____._____. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto del 30
de octubre de 1996. C.P.: César Hoyos Salazar. Radicación número: 906

_____._____. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 10 de julio de 1997. C.P: Carlos Betancur
Jaramillo. Radicación número: 9286.

_____._____. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 13 de septiembre de 1999. C.P.: Ricardo
Hoyos Duque. Radicación número: 10.607.

_____._____. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 13 de julio de 2000, C.P.: María Elena Giraldo
Gómez. Radicación número: 12513.

_____._____. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 15 de junio de 2000. C.P.: Doctor Ricardo
Hoyos Duque. Radicación número: 10963.

_____._____. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 1 de Agosto de 2000. C.P.: Jesús María
Carrillo Ballesteros. Radicación número: 11816:

_____._____. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 14 de septiembre de 2000. Radicación
número: 13530.

_____._____. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 10 de noviembre de 2000. C.P.: María Elena
Giraldo Gómez. Radicación número: 18.709.

_____._____. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 22 de febrero de 2001. C.P.: Ricardo Hoyos
Duque. Radicación número: 13682.

_____._____. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 15 de marzo de 2001. C.P.: Ricardo Hoyos
Duque. Radicación número: 13.415.

_____._____. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 22 de junio de 2001. C.P.: Ricardo Hoyos
Duque. Radicación número: 13.436.

_____._____. SALA PLENA. Sentencia del 8 de agosto de 2001. C.P.:
Reinaldo Chavarro Buriticá. Radicación número: AC-10966 - AC-11274.

_____._____. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 29 de mayo de 2003. C.P.: Ricardo Hoyos
Duque. Radicación número: 14945.

_____._____. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 4 de septiembre de 2003. C.P.: Alier Eduardo

Hernández Enríquez. Radicación número: 10883.

_____._____. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 29 de enero de 2004. C.P.: Alier Eduardo
Hernández Enríquez. Radicación número: 10779.

_____._____. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 18 de marzo de 2004. C.P.: Ricardo Hoyos
Duque. Radicación número: 14589.

_____._____. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 10 de junio de 2004. C.P.: Ramiro Saavedra
Becerra. Radicación número: 22117.

_____._____. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 5 de julio de 2006. C.P.: Ruth Stella Correa
Palacio. Radicación número: 24812.

_____._____. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Sentencia del 7
de marzo de 2007. C.P.: Enrique José Arboleda Perdomo. Radicación número:
1802.

_____._____. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Auto de 18 de julio de 2007. Radicación número: 33476.

_____._____. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 31 de octubre de 2007. C.P.: Mauricio
Fajardo Gómez. Radicación número: 15475.

_____._____. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 13 de Noviembre de 2008. C.P. Enrique Gil Botero. Radicación número: 29699.

_____._____. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 22 de abril de 2009. C.P.: Myriam Guerrero De Escobar. Radicación número: 14667.

_____._____. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN PRIMERA. C. P. Marco Antonio Velilla Moreno. Sentencia del 30 de julio de 2009. Radicación número: 25000-23-15-000-2009-00173-01(AC).

_____._____. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 4 de febrero de 2010. C.P.: Enrique Gil Botero. Radicación número: 15665.

_____._____. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 28 de abril de 2010.C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Radicación número: 17935

_____._____. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 23 de Junio de 2010. C.P. Enrique Gil Botero. Radicación número: 16367.

_____._____. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. SUBSECCION B. Sentencia del 10 de marzo de 2011. C.P.: Stella Conto Díaz Del Castillo. Radicación número: 16856.

_____._____. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN TERCERA. SUBSECCION C. Sentencia del 13 de abril de 2011. C.P.:
Olga Melida Valle de la Hoz. Radicación número: 18878.

ACTOS ADMINISTRATIVOS

(i) Decretos

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. DECRETO 410 DE 1971 (marzo 27) Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio.

_____._____. DECRETO 1 DE 1984 (enero 2) Diario Oficial No. 36.439, del 10 de enero de 1984. Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo.

_____._____. DECRETO 111 DE 1996 (enero 15) Diario Oficial 42.692 de enero 18 de 1996. 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.

_____._____. DECRETO 2170 DE 2002 (30 de septiembre) Derogado por el art. 83, Decreto Nacional 066 de 2008, excepto los artículos 6, 9 y 24. Por el cual se reglamenta la ley 80 de 1993, se modifica el decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999.

_____._____. DECRETO 4730 del 2005 (diciembre 28) Diario Oficial N° 46135 de la misma fecha. —~~Dr~~ el cual se reglamentan normas orgánicas del presupuesto”.

_____._____. DECRETO 4828 DE 2008 (diciembre 24 de 2008) Diario Oficial 47.213 de diciembre 24 de 2008. Por el cual se expide el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública.

(ii) Fallos de procesos disciplinarios proferidos por la Procuraduría General de la Nación

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Sala Disciplinaria. Bogotá D.C., 26 de enero de 2001. Radicado No. 154-34586-99.

_____. Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Sala Disciplinaria. Bogotá D.C., 19 de enero de 2004. Radicado No. 161-02023.

_____. Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Sala Disciplinaria. Bogotá D.C., 13 de enero de 2005. Radicado No. 165-75545-2002.

_____. Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal. Sala Disciplinaria. Bogotá D.C., 28 de febrero de 2005. Radicado No. 21-69805-2002.

_____. Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública. Sala Disciplinaria. Bogotá D.C., 13 de septiembre de 2005. Radicado No. 162-94296/03.

_____. Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Sala Disciplinaria. Bogotá D.C., 22 de enero de 2008. Radicado No. 058-3601-2004.

_____. Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública. Fallo de Segunda Instancia. Bogotá, 27 de mayo de 2008. Radicado No. 077-002595-04.

CONCEPTOS JURÍDICOS

(i) Contraloría General de la República:

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Concepto Jurídico No. 022158 del 17 de marzo de 2004.

_____. Concepto Jurídico No. 7461 del 7 de febrero de 2006.

_____. Concepto Jurídico No. 80112 del 18 de mayo de 2011.

_____. Concepto Jurídico No. 80112 del 18 de mayo de 2011.

_____. Concepto Jurídico 80112 2008 EE 6493. Bogotá, 14 de febrero de 2008.

(ii) Superintendencia Financiera

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Concepto 2002026728-1 del 27 de junio de 2002.

DICCIONARIOS

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española RAE. En: <http://www.rae.es/rae.html>