CONSORCIO CONSELEC

Bogotá D.C., julio 07 de 2022

CONS-009-2022

Señores
AIR-E S.A.S. E.S.P.
Carrera 57 # 99A – 65, Torre Norte de las Torres del Atlántico
Barranquilla – Atlántico

Referencia: Contrato N°. CRE01722022 DE 2022, Contrato N°. CRE01732022 de 2022, Contrato N°. CRE01742022 de 2022 y Contrato N°. CRE01752022 de 2022 "EJECUCIÓN DE PROYECTOS CON RECURSOS DEL PROGRAMA DE NORMALIZACIÓN DE REDES ELÉCTRICAS PRONE"

Asunto: Observaciones modificación forma de pago.

Estimados señores

De conformidad con el clausulado contractual dispuesto en el Contrato N°. CRE01722022 DE 2022, Contrato N°. CRE01732022 de 2022, Contrato N°. CRE01742022 de 2022 y Contrato N°. CRE01752022 de 2022 y atendiendo a la legislación, la doctrina y la jurisprudencia que más adelante se detalla, solicitamos la modificación de la cláusula de los contratos de la referencia, teniendo en cuenta que la figura del anticipo, propiamente dicha, se circunscribe únicamente al ámbito de los contratos de orden Público.

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

> "***ARTÍCULO 40. DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL***. *Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.*
>
> *Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.*
>
> *En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.*
>
> *En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.*
>
> ***PARÁGRAFO**. En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.*

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

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

"*(…) el anticipo es una retribución que se otorga en contratos de tracto sucesivo antes o paralelamente a la iniciación del contrato, y que va con destinación a cubrir sus costos iniciales. Son recursos que deberán amortizarse en proporción a la ejecución del contrato pues se trata de una especie muy particular de préstamo. Lo anterior tiene consecuencias muy importantes, porque se trata de recursos públicos administrados por un particular (contratista) (…)*"[2]

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

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

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

Que se trate de un "préstamo" realizado por la entidad contratante, tiene como principal consecuencia que no hay una retribución por la realización de la obra, por lo que el dinero continúa perteneciendo a la entidad pública, conservando así su carácter de dinero público, situación que merecerá un análisis posterior. Los dineros recibidos por el contratista, no obstante ser un "préstamo" realizado por la entidad, tienen la vocación de ingresar al patrimonio del contratista en la medida en que éste los amortice[4] paulatinamente en proporción a la ejecución de la obra contratada.

---

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

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

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

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

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

Así las cosas, el Consejo de Estado ha entrado a definir en múltiples ocasiones la figura del anticipo:

> "*En la práctica contractual administrativa con fundamento en la ley, lo usual es que la entidad pública contratante le entregue al contratista un porcentaje del valor del contrato, a título de anticipo, el cual habrá de destinarse al cubrimiento de los costos iniciales en que debe incurrir el contratista para la iniciación de la ejecución del objeto contratado. De ahí que se sostenga que es la forma de facilitarle al contratista la financiación de los bienes, servicios u obras que se le han encargado con ocasión de la celebración del contrato.*
>
> *(…) El pago de dicha suma lo era y lo sigue siendo un adelanto del precio que aún no se ha causado, que la entidad pública contratante hace al contratista para que a la iniciación de los trabajos disponga de unos fondos que le permitan proveerse de materiales y atender los primeros gastos del contrato, tales como los salarios de los trabajadores que disponga para la obra. No es otra la razón por la cual adicionalmente se exige que sea garantizada, que se presente un plan para su utilización y que se amortice durante la ejecución del contrato en cada acta parcial de cobro*."[5]

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

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

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

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

de ser dinero público, posición esta que constituye el fundamento para que se hable de “préstamo” y no de pago anticipado.

En Colombia, por lo menos en lo que a estructuras contractuales típicas respecta, los préstamos pueden ser de dos tipos: de uso o de consumo. El primero de ellos, denominado también contrato de comodato, es un contrato en que la una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso[6]; el segundo, denominado también contrato de mutuo, es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad.[7]

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

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

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

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

---

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

[7] Ibídem Artículo 2221

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

Otro doctrinante, SOLANO SIERRA, plantea una importante diferencia entre los dos conceptos, radicada en la inembargabilidad del anticipo como consecuencia del carácter de dinero público, de acuerdo con los principios que rigen las normas presupuestales[9], tema que se ampliará más adelante. Por su parte, el pago anticipado, en tanto ingresa a la esfera patrimonial del contratista, es susceptible de ser embargado:

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

Siendo definido el anticipo como un "préstamo" que la entidad contratante efectúa al contratista, con destinación específica al objeto contractual que se debe acometer, ya habíamos concluido de manera preliminar que se trata de un dinero que, en tanto pertenece aun a la entidad estatal, sigue siendo público, sin que pierda en ningún momento, mientras no se amortice, su carácter de recurso público, por esta razón se exige al contratista la realización de planes de inversión, constitución de garantías y es objeto de control por parte de la entidad contratante. Compete

---

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

[9] COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. Decreto 111 de 1996 (enero 15) Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto. Diario Oficial 42.692 de enero 18 de 1996. **Artículo 19: Inembargabilidad**. Son inembargables las rentas incorporadas en el presupuesto general de la Nación, así como los bienes y derechos de los órganos que lo conforman.

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

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

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

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

pues a esta entidad, vigilar estrictamente la inversión de anticipo, de tal modo que el contratista no pueda desviar los dineros entregados o hacer mal uso de ellos.

A tal punto no pierde su calidad de dinero público que se contabiliza dentro del presupuesto de la entidad que lo concede y ello es bastante lógico, en la medida en que no hay transferencia de la propiedad, pues la entidad sigue siendo la propietaria de dichos dineros, esto es, contablemente, siguen siendo activos estatales. Su calidad de bien administrado por un tercero faculta a la entidad contratante a percibir los rendimientos financieros que éste produzca en manos del contratista.

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

> "*ARTÍCULO 31. Los recursos de capital comprenderán: los recursos del balance, los recursos del crédito interno y externo con vencimiento mayor a un año de acuerdo con los cupos autorizados por el Congreso de la República, los rendimientos financieros, el diferencial cambiario originado por la monetización de los desembolsos del crédito externo y de las inversiones en moneda extranjera, las donaciones, el excedente financiero de los establecimientos públicos del orden nacional y de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional, y de las sociedades de economía mixta con el régimen de aquéllas, sin perjuicio de la autonomía que la Constitución y la ley les otorga, y las utilidades del Banco de la República, descontadas las reservas de estabilización cambiaria y monetaria*."[11].

Posteriormente, el artículo 101 del mismo Decreto establece que pertenecen a la Nación, todos aquellos rendimientos obtenidos por el sistema de cuenta única nacional, así como los de los órganos públicos o privados con los recursos de la Nación, concepto que ha sido reafirmado a través del decreto 4730 de 2005, por medio del cual se reglamentan las normas orgánicas del presupuesto, reitera la posición que se viene exponiendo, estableciendo que los rendimientos pertenecen al propietario del bien que los produce.

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

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

---

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

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

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

> "*El anticipo es pacto en el contrato regulado por la ley, que proviene de la autonomía de la voluntad, que genera obligaciones y derechos recíprocos entre las partes, en momentos diferentes.*
>
> *En una primera instancia es obligación del contratante y derecho del contratista, de entregar y recibir – previa constitución de la garantía - , respectivamente, una suma determinada de dinero, con cargo a los recursos del contrato, con el objeto financiar al contratista en las prestaciones a su cargo (adquisición de bienes, servicios, obras etc).*
>
> *En segunda instancia el anticipo, en su resultado, constituye una obligación del contratista y un derecho del contratante, en los siguientes aspectos:*
>
> *- De inversión en los objetos determinados en el contrato y de pago por amortización, por parte del contratista.*
>
> *- De recibir, por amortización, y/o hacer efectiva la garantía de anticipo, o de cumplimiento, según el Estatuto de Contratación vigente, por parte del contratante, por hechos del contratista que impliquen mal manejo o incorrecta inversión de los dineros de propiedad pública*."[12].

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

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

---

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

1. PLANES DE INVERSIÓN DEL ANTICIPO

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

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

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

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

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

Así las cosas, el plan de inversión acordado por las partes, en la medida en que surge de un acto bilateral, las vincula recíprocamente. Sin embargo, ¿el incumplimiento del plan de inversión será en todo caso un incumplimiento del contrato?. A este cuestionamiento debe darse respuesta contemplando dos escenarios: el primero, donde no se establece en el contrato que el plan de inversión hace parte de este, quedando el acuerdo sobre la manera como se dispondrá el anticipo, como pacto ajeno al contrato estatal; En este caso, no se podría hablar de incumplimiento del contrato. El segundo, donde el contrato establece que el plan de inversión hace parte del contrato, situación en la cual este acuerdo contendría obligaciones que se adicionan a las establecidas en el contrato principal. En ese

último caso, incumplido el plan de inversión, en tanto es una extensión de las obligaciones contractuales, se estará en presencia de un verdadero incumplimiento contractual.

2. GARANTÍAS

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

Por garantías, podemos entender el conjunto de mecanismos por medio de los cuales se garantiza el cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las entidades 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 contratantes derivados de la responsabilidad extracontractual que para ellas pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas, de conformidad con el artículo 1º del Decreto Nacional 4828, reglamentario del artículo 7º de la ley 1150 de 2007[13]:

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

"*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 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."[14].

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

"*ARTÍCULO 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."[15].

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

---

[14] COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 4828 (24 de diciembre) por el cual se expide el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública.
[15] Ibídem. Artículo 3º.

> "*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 Riesgos derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales:*
>
> *La garantía de cumplimiento de las obligaciones cubrirá los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del contratista, así:*
>
> *4.2.1 Buen manejo y correcta inversión del anticipo. El amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo cubre a la entidad estatal contratante, de los perjuicios sufridos con ocasión de (i) la no inversión; (ii) el uso indebido, y (iii) la apropiación indebida que el contratista garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo para la ejecución del contrato. Cuando se trate de bienes entregados como anticipo, estos deberán tasarse en dinero en el contrato."*[16]

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

Hecho el anterior análisis normativo, doctrinal y jurisprudencia, podemos concluir que la entidad yerra en establecer la forma en que se realizara el pago del valor total del contrato, como quiera que, si bien utiliza enunciativamente la figura del anticipo, la forma de pago derivada de la interpretación contractual, está ligada al pago de actividades, hitos o productos y no a un pago anticipado o a un anticipo, en el estricto sentido de sus acepciones, disposición que, per se, no requiere la constitución de una garantía que ampare el buen manejo y la correcta inversión del anticipo.

Así las cosas y procurando un mejor entendimiento contractual, así como prevenir un detrimento con cargo al patrimonio del contratista por situaciones imprevisibles ajenas a su voluntad se solicita modificar los contratos de la referencia, en los siguientes aspectos:

1. Respecto de la forma de pago: determinar que se trata de un pago sujeto al cumplimiento de actividades, hitos o productos.

2. Respecto del anticipo: incluir una cláusula donde se establezca el porcentaje de dinero que la entidad realmente va a entregar a título de anticipo, así como la forma en que el contratista deberá amortizar el anticipo entregado, el cual deberá ser pagado por la entidad a más tardar QUINCE (15) días después de perfeccionado el contrato.

[16] Ibídem. Artículo 4º

CONSORCIO CONSELEC

3. Respecto de las pólizas que amparan el buen manejo y correcta inversión del anticipo: eliminarlas, toda vez que, como ya se anotó, la forma de pago no utiliza la figura de anticipo, por lo cual, tal y como está determinada hace más onerosa la ejecución de los contratos por razón ajenas a la voluntad del contratista, puesto que la entidad está requiriendo el amparo del 100% del valor del contrato, siendo esta exigencia contraria a derecho.

Agradezco la atención prestada y su gentil y oportuna atención.

Cordialmente

CONSORCIO CONSELEC
NIT.. 901.596.175-6
Asesora Jurídica