

MEMORANDO

450

Bogotá, D.C.,

PARA: **ÁNGELA MARÍA MORENO TORRES**
Alcaldesa Local de Engativá

DE: Director de Contratación

ASUNTO: Respuesta al radicado No. 20206020040203 “*Solicitud de Concepto jurídico sobre el pago del anticipo para las adiciones de los contratos de obra pública*”.

Respetada señora Alcaldesa Local,

En respuesta a la solicitud del asunto, procede esta Dirección a pronunciarse en los siguientes términos:

1. MARCO JURÍDICO PREVIO.

Conforme con lo dispuesto en el literal M del artículo 25 del Decreto Distrital 411 de 2016, cuyo tenor indica:

*“Artículo 25 Dirección de Contratación. Corresponde Dirección de Contratación (sic) el ejercicio de las siguientes funciones:**m. Atender las peticiones, requerimientos y emitir los conceptos relacionados con asuntos de su competencia”*

Revisado el contenido de la anterior disposición, es claro que, a partir de la vigencia del citado Decreto, surge la obligación de la Dirección de Contratación, como dependencia adscrita a la Subsecretaría de Gestión Institucional de la Secretaría Distrital de Gobierno, de emitir concepto sobre los diferentes asuntos contractuales no sólo de la Secretaría, sino también de la gestión contractual de Fondos de Desarrollo Local. Sin embargo, si bien, dicha competencia funcional posibilita el seguimiento y control de las actuaciones circunscritas a la gestión contractual de la Secretaría y los citados Fondos, la misma no debe sobrepasar los límites funcionales, las competencias y por ende las responsabilidades propias de los Alcaldes Locales como ordenadores de gasto de los recursos asignados a los Fondos de Desarrollo Local, a la luz de las disposiciones contenidas en el artículo 40 del Decreto 1421 de 1993, artículo 1 del Decreto 460 de 1993 y lo consagrado en el Decreto 768 de 2019.

En tal sentido, la Dirección de Contratación de la Secretaría Distrital de Gobierno no es competente para pronunciarse sobre la actividad contractual particular de los Fondos de Desarrollo Local, que a través de los Alcaldes Locales como autoridades delegatarias ordenan el gasto y asumen las responsabilidades propias de las decisiones que toman para la correcta ejecución de su gestión contractual.

2. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURIDICOS.

Reviste de especial relevancia, recalcar la disposición contenida en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que establece: “*Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución*”

En tal sentido, la doctrina administrativa en Colombia frente a los conceptos ha enseñado que estos *“no obligan a la administración (...) No son actos administrativos, en la medida que no adoptan decisiones, ni están llamados a producir efectos jurídicos”* (Jaime Orlando Santofimio TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Tomo II pag 196 y ss). Por su parte en la obra EL ACTO ADMINISTRATIVO Tomo I pag. 228 y ss, el profesor Gustavo Penagos, profundizó así *“los conceptos que emitan las autoridades (...) ni comprometen la responsabilidad de la entidad ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución, simplemente, por tratarse de meros conceptos, que no contienen decisiones, sino pareceres o criterios de la respectiva entidad”*. El mismo autor indica que en virtud del parágrafo del artículo 57 del Decreto 2117 de 1992, solamente se pueden considerar obligatorios los conceptos emitidos por la DIAN, mediante su Subdirección Jurídica, y su desconocimiento podrá acarrear sanción disciplinaria.

Por otro lado, existe importante jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia, a saber *“De la formulación de consultas escritas o verbales las autoridades, en relación con las materias a su cargo, y en relación con las respuestas, establecen que ellas no comprometen la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución. Mediante los conceptos se absuelven consultas tanto de funcionarios como de particulares formuladas en procura de conocer, desde el punto de vista jurídico, criterios y opiniones acerca del problema consultado...”* (Sección Primera, Auto mayo 6 de 1994, M.P. Yesid Rojas Serrano).

En igual sentido mediante sentencia de la Sección Segunda del 06 de febrero de 1997 radicado 7736, se sostuvo que los conceptos jurídicos *“no contienen una decisión capaz de crear, modificar, ni extinguir situación jurídica de ninguna índole, ya sea de carácter general o particular”*. Y otra jurisprudencia de la misma Alta Corporación fue enfática en señalar que *“Fácilmente se advierte que la simple opinión de un funcionario en un caso particular, no tiene virtualidad alguna de obligatoriedad”*¹

En este orden de ideas, es preciso concluir que por expresa disposición normativa e imperativo jurisprudencial, a la Dirección de Contratación le ha sido asignada la función de atender las peticiones, requerimientos y emitir los conceptos relacionados con asuntos de su competencia, los cuales no obligan tal como se ha argumentado con suficiencia.

3. CASO CONCRETO Y PROBLEMA PLANTEADO.

En primera instancia, cabe iniciar citando la consulta del FDL de Engativá en los siguientes términos:

*“(...) con el fin de brindar seguridad jurídica y financiera en los diferentes contratos de obra que tenemos en ejecución y que recientemente fueron objeto de adiciones, muy comedidamente solicito de su colaboración con los **lineamientos que se deben aplicar para el desembolso y/o reajustes de los anticipos pactados en la forma de pago de contratos de obra pública, particularmente con la viabilidad de desembolsar anticipo sobre el valor adicionado para mantener el porcentaje definido por este concepto tanto en la etapa precontractual como al momento de contratar; el caso en particular es el siguiente:***

1. El día 20 de noviembre de 2019 se suscribió el contrato de obra 370 de 2019 con el CONSORCIO PRAYMET, producto del proceso de Licitación Pública FDLE-LP-362-2019 y cuyo objeto es: CONTRATAR POR PRECIOS UNITARIOS Y A MONTO AGOTABLE, LA CONSTRUCCIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA VIAL URBANA DE LA LOCALIDAD DE ENGATIVÁ, INCLUYE COMPLEMENTACIÓN Y/O AJUSTE DE LOS DISEÑOS EN BOGOTÁ D.C., por un valor de ONCE MIL SEISCIENTOS VEINTISIETE MILLONES CINCUENTA Y UN MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS (\$11.627.051.354) MCTE.

¹ Consejo de Estado. Sección Cuarta, Auto Diciembre 13 de 1976.

2. Que de conformidad con lo establecido en la Cláusula 6. ANTICIPO del contrato en mención y dando cumplimiento a las obligaciones del Fondo de Desarrollo Local de Engativá, el día 23 de diciembre de 2019 se giró el valor del anticipo por un valor de TRES MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES CIENTO QUINCE MIL CUATROCIENTOS SEIS PESOS (\$3.488.115.406) M/CTE que corresponde al 30% del valor del contrato, para lo cual se constituyó una fiducia mercantil con la FIDUBOGOTÁ S.A. C C A FIDUBOG - Bogotá S.A., tal como lo establece el Artículo 91 de la Ley 1474 de 2011; desembolso que se realizó dentro de los términos establecidos en el contrato.

3. Que con fecha 24 de agosto de 2020 previa solicitud del contratista y aprobación por parte del Fondo de Desarrollo Local de Engativá, se suscribió la Adición 1 al contrato 370 de 2019 suscrito con el CONSORCIO PRAYMET por un valor de TRES MIL VEINTIOCHO MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS (\$3.028.899.352) M/CTE.

4. Con Radicado 2020-601-011831-2 la empresa, MIRS LATINOAMERICA S.A.S. en su calidad de Interventora del contrato de obra pública 370 de 2019, solicitó al Fondo de Desarrollo Local de Engativá el desembolso del valor del anticipo por concepto de la Adición N° 1 suscrita el día 24 de agosto de 2020, adjuntando los documentos aportados por el CONSORCIO PRAYMET.

5. El valor actual del contrato de obra pública 370 de 2019 incluida la adición No. 1 es por valor de CATORCE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA MIL SETECIENTOS SEIS PESOS (\$14.655.950.706) M/CTE.

6. En el presente caso, la propuesta presentada por el contratista para la firma del adicional 1 se realizó con los precios de la oferta inicial, es decir, con base en los precios del año 2019 que corresponde al año en el que se formuló el proyecto de inversión y se adjudicó el contrato No. 370 de 2019 luego de adelantarse todo el proceso licitatorio FDLE-LP-361-2019, de manera tal que al momento de acordarse y también de efectuarse los pagos derivados del mismo han transcurrido aproximadamente 11 meses. Adicionalmente, es importante tener en cuenta la estrategia de reactivación económica que motivó principalmente la adición en cuestión y que requiere de eficiencia y eficacia en la inversión pública a realizar a corto plazo.

Teniendo en cuenta las consideraciones mencionadas, y en aras de garantizar: i) la correcta ejecución del contrato sin incurrir en incumplimiento de las obligaciones pactadas en el mismo; ii) velar por honrar una de las características de los contratos estatales como es la conmutatividad, entendida como: "Contrato conmutativo es aquel que genera obligaciones y cargas contractuales equivalentes y recíprocas entre las partes. En doctrina se considera que sólo los contratos bilaterales y onerosos pueden ser contratos conmutativos, siempre y cuando las obligaciones mutuas sean equivalentes"; iii) El equilibrio económico del contrato; y iv) La protección de los recursos públicos; solicitamos de manera respetuosa lineamientos respecto al siguiente interrogante:

- a. **¿Es procedente el pago del Anticipo sobre la modificación contractual (Adición) que tuvo el contrato de obra pública 370 de 2019 para ajustar dicho desembolso al valor actual del contrato y su equivalente al 30% acordado en la cláusula 6?"** (Subrayado fuera de texto)

Como primera medida es necesario exponer la razón de ser del anticipo y las características propias del mismo, en especial en un contrato de obra pública, para luego efectuar un análisis del caso en concreto y la forma en cómo debe ejecutarse e interpretarse el contrato, de acuerdo con lo estipulado en las cláusulas sexta y octava del contrato 370 de 2019.

El anticipo es definido así: "(...) el anticipo es considerado un elemento accidental del contrato" (Escudero, Ruiz y Rivera, 1999, p.12), no siendo indispensable ni requerido para la celebración y ejecución de los mismos, no obstante, el mismo será aplicable durante la vigencia de los contratos en los cuales se pacte. Dicho lo anterior, vale mencionar que el concepto de anticipo no está referido propiamente bajo designación legal, es por ello que se hace necesario acudir a la doctrina y jurisprudencia para

determinar su concepto, alcance, y demás reglas aplicables. Aclarado lo anterior, es menester indicar que el anticipo se encuentra definido como: “el mecanismo de financiación que les permite a los colaboradores de la Administración asumir los costos iniciales que se requieren para la ejecución del objeto contractual” (Cubides, 2016, p.47), dado lo cual, en el evento en el que se pacte el pago de anticipo en el respectivo contrato, dicho dinero tendrá carácter de un avance del precio, el cual será enteramente de la Entidad, hasta tanto el contratista no amortice dicho valor. En este sentido, tratándose de los contratos de obra pública, el anticipo se deberá pactar como un elemento accidental del contrato, con la finalidad de que el contratista elegido mediante la modalidad de selección aplicable, asuma los costos iniciales que se requieran para la ejecución de la obra, así, por ejemplo, una persona jurídica a quien le adjudican un contrato de obra cuyo objeto es la construcción de un colegio distrital, convirtiéndose en contratista, se le podrá desembolsar el valor del anticipo que se pacte contractualmente con el cual podrá adquirir algunos bienes muebles y elementos necesarios para dar inicio a las obras objeto de la contratación. No obstante lo cual, la aplicación del anticipo contiene una serie de reglas que no permiten el uso inadecuado de este y que limitan el valor máximo que se puede pactar. Reglas aplicables al Anticipo en los Contratos de Obra: ●El valor del anticipo no podrá ser superior al 50% del valor total del Contrato. ●El anticipo deberá estar cubierto por la garantía única del cumplimiento del contrato, la cual deberá constituirse previo al inicio del contrato y este amparo deberá estar asegurado por el 100% del valor del anticipo, con lo cual se busca garantizar el buen uso del mismo a cargo del contratista. Ahora bien, vale aclarar que el amparo del anticipo es aquel “mediante el cual la aseguradora se obliga a indemnizar al contratante asegurado por los perjuicios causados con ocasión a los riesgos que emanen del manejo de dineros o bienes entregados a título de anticipo” (Pérez, 2012, p199). ●En el evento en el cual, el contrato de obra pública haya sido adjudicado mediante licitación pública, “el anticipo deberá ser manejado por una fiducia o patrimonio autónomo irrevocable” (Cubides, 2016, p.48), de suerte que, se deberán pactar todas las disposiciones que regulen los desembolsos por parte de la entidad contratante, requisitos de pago y forma de amortización del mismo. ●Ahora bien, tratándose del buen uso y manejo de la inversión se aduce que el contratista deberá invertir de manera directa e inequívoca el anticipo en el objeto contractual, lo cual implica la imposibilidad de hacer uso de dicho dinero en bienes ajenos a las disposiciones pactadas contractualmente. Sobre el particular, es menester aclarar que de manera general, es la Interventoría y/o supervisión del contrato quien se encarga de verificar el buen uso del dinero dado como anticipo, para lo cual deberá el contratista remitir el informe de los gastos causados con los respectivos soportes. ●De otro modo, como se ha venido reiterando en líneas anteriores, el anticipo no constituye de ninguna manera una especie de pago preliminar para el contratista, pues dicho dinero seguirá siendo de la entidad contratante, hasta tanto se efectúe el reintegro por el contratista, lo cual se realizará haciendo uso de pagos parciales en cada corte de facturación según el porcentaje pactado para tales efectos contractualmente, lo cual se denomina amortización (Pérez, 2012, p 200) (...).²

Teniendo en cuenta la naturaleza del anticipo y las características propias del mismo en los contratos de obra, la Dirección de Contratación considera que, aún cuando no exista expresa prohibición legal, no resulta procedente el desembolso de anticipo en las adiciones contractuales comoquiera que el contrato previamente ha iniciado la ejecución, ya se han generado pagos propiamente dichos, derivados del cumplimiento obligacional y avance en la ejecución; proceder en sentido contrario, esto es, reconocer el anticipo en las adiciones contractuales podría ser interpretado como una transformación de la figura del anticipo, contraria a su esencia y naturaleza.

Lo que si resultaría necesario en tales casos es el pacto de una forma de pago respecto de los recursos adicionados, diferente a la del contrato inicial, en atención a que no habría valores o porcentajes que amortizar.

La anterior opinión, encuentra fundamento en la jurisprudencia y en un concepto que sobre el particular se pronunció Colombia Compra Eficiente:

El Consejo de Estado ha expresado que:

“(...) el anticipo se entrega al contratista para que este invierta en la ejecución del contrato y por ello no ingresa al patrimonio del contratista sino que sigue perteneciendo a la entidad que lo gira” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 7 de septiembre de 2015, C.P.: Olga Mérida Valle. Rad. 36878) y en otro pronunciamiento sobre el tema bajo análisis, expresó: “(...) no puede perderse de vista que los dineros que se le entregan al contratista por dicho concepto son oficiales o públicos. El pago de dicha suma lo era y lo sigue siendo un adelanto del precio que aún no se ha causado, que la entidad pública contratante hace al contratista para que a la iniciación de los trabajos disponga de unos fondos que le permitan proveerse de materiales y atender los primeros gastos del contrato, tales como los salarios de los trabajadores 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”. (Sentencia del 13 de septiembre de 1999. Exp. No. 10.607)

² EL ANTICIPO Y PAGO ANTICIPADO EN LOS CONTRATOS DE OBRA EN COLOMBIA. Juan Manuel Fuerte Vargas. Universidad Católica de Colombia

También ha considerado que: *“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”*³

Sobre este particular, Colombia Compra Eficiente en respuesta a la consulta N°4201813000006412, señaló que:

“Si bien la normativa del Sistema de Compra Pública no prohíbe la fijación de un anticipo en una modificación del contrato, su estipulación no se justificaría ya que se desnaturalizaría su fin primordial que no es otro sino impulsar el inicio de la ejecución de un contrato. Por su parte, en razón a que el límite del anticipo es un valor que no supere el 50% del valor del respectivo contrato, si ya se dio inicio a la ejecución del contrato se entiende que ya se realizó el pago de una parte del valor total del contrato, y, por lo tanto, no se puede tener como referencia ese valor para establecer el límite del anticipo.

Así mismo, a pesar de presentarse mayores actividades a las previstas en el contrato, teniendo en cuenta que la ejecución y pago de las obligaciones que sí se previeron, ya ocurrió, se entendería que el contratista cuenta con los recursos suficientes para continuar con el desarrollo del Proceso.”

En los términos anteriores se emite el presente concepto, tomando como base la información que fue remitida electrónicamente a la Dirección de Contratación, y para la toma de decisiones exclusivamente de la órbita de las competencias del Fondo de Desarrollo Local, y es su responsabilidad acoger el contenido del presente concepto de forma total, parcial o negativamente, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Esperamos de esta forma haber dado respuesta a la solicitud no sin antes señalarle que, cualquier otra inquietud sobre el particular con gusto estaremos dispuestos a atenderla.

Cordialmente,

**DANIEL RENÉ CAMACHO SANCHEZ**

Director de Contratación

Revisó: German Giraldo Agudelo - Abogado Contratista Dirección de Contratación

Elaboró: Diana Carolina Rodríguez Peña- Abogada Contratista Dirección de Contratación

³ Sección Tercera. Expediente No. 13436 del 22 de junio de 2001. MP: Ricardo Hoyos Duque