

Bucaramanga, Marzo 12 de 2009

Doctora

MIRIAM CUETO

Tesorera

Alcaldía de Bucaramanga

ASUNTO: SOLICITUD DE CONCEPTO SOBRE ANTICIPO EN CONTRATOS ADICIONALES

OAJ N°

Solicita su despacho concepto jurídico sobre la procedencia de anticipo en contrato adicional, a lo en los términos del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, este despacho se permite conceptuar:

EN CUANTO AL ANTICIPO

A. DEFINICION

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.

B. SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DEL ANTICIPO

Sobre la naturaleza jurídica del Anticipo, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Tercera, expresó en la Sentencia 13436 de Junio 22 de 2001 que:

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

C. REGLAMENTACION LEGAL DEL ANTICIPO

Sobre este aspecto el párrafo único del artículo 40 del actual Estatuto de la Contratación Estatal, Ley 80 de 1993, expone:

"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"

D. ELEMENTOS ESENCIALES DEL ANTICIPO

De la naturaleza de anticipo deducimos los elementos esenciales del concepto:

1° Es un préstamo que hace la entidad estatal hace al contratista, en consecuencia el dinero conserva la calidad de publico, pues pertenece al Estado, solo adquiere la calidad de públicos a partir de la amortización

2° El préstamo tiene destinación específica, concretamente debe destinarse al gasto que demanda la ejecución del contrato, en consecuencia se obliga a invertirlos en el mismo, por tanto se convierte en figura propia de los contratos de tracto sucesivo.

Ilustra la temática en general la síntesis de la sentencia del 22 de junio del año 2001 proferida por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, consejero ponente doctor Ricardo Hoyos Duque - expediente 13436 - tomo copiator 457 - folios 335-346, que expone:

"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."

EN CUANTO AL CONTRATO ADICIONAL

El contrato adicional es un nuevo contrato, se requiere cuando se trate de obras, suministros o servicios adicionales o extras; cuando se trate de precios o ítems nuevos cuya inclusión en el contrato implique el aumento del valor inicialmente estimado, caso en el cual se requerirá previa disponibilidad presupuestal y adicionar el valor.

La adición del contrato es una modificación de un contrato en ejecución cuando se requiere agregarle elementos no previstos pero que son conexos con el objeto contratado, no se requiere nuevo contrato sino acta de modificación de cantidades.

EN CUANTO A LA PROCEDENCIA DEL ANTICIPO EN LOS CONTRATOS ADICIONALES

Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del anticipo y que el mismo esta concebido como un préstamo para que el contratista inicie la ejecución de un contrato, pues el mismo implica la adquisición de insumos necesarios para iniciar, **no se encuentra viable la entrega de anticipos en contratos adicionales**, pues la naturaleza de la adición implica que el objeto del contrato se encuentra en ejecución y que el contratista ha percibido utilidad por el mismo; por consiguiente se desnaturaliza la figura del anticipo en cuanto la misma esta concebida para dar al inicio del contrato y no para cada situación contractual que se presente en forma extra o adicional en el desarrollo del mismo.

En razón a lo descrito y de acuerdo a que el contratista ha recibido pagos parciales en la ejecución del contrato, se perdería la justificación de efectuarle préstamo alguno al mismo, pues este deberá presupuestar si tiene la capacidad económica para adelantar la obra extra o adicional y los recursos que invertirá sobre para ejecutar la misma.

Agradezco su atención.

Cordialmente,



MYRIAM ELIZABETH RIQUELME PASSOW
Jefe Oficina Asesora Jurídica