

ALCANCES DEL ANTICIPO Y EL PAGO ANTICIPADO

Jose Antonio Causa*

Resumen

El Estatuto de Contratación Estatal regula el tema del anticipo y el pago anticipado sin establecer su diferencia. Mientras el anticipo busca facilitar al contratista la financiación de los bienes, servicios y obras que se le han encargado con ocasión el contrato, a través del préstamo de recursos que conservan su carácter público u oficial, el pago anticipado es una retribución parcial que recibe el contratista en virtud de un contrato suscrito, recursos que ingresan de manera permanente a su patrimonio.
Palabras claves: Contratos estatales, anticipo.

Abstract

The State Contract Statute regulates the topic of retainer and payment in advance, without establishing any difference between them. Whereas retainer tries to facilitate the contractor the financing of goods, services and work contracted, through the lending of resources that still conserve their public or official character; payment in advance is a partial retribution that the contractor receives in virtue of a subscribed contract. It is a resource, which comes into his/her patrimony permanently.
Key words: State contracts, retainer.

Fecha de recepción: 19 de abril de 2004

* Abogado. Profesor de Contratación Estatal y Procedimiento Administrativo de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte. Asesor jurídico de la Gobernación del Atlántico. joacausa@latinmail.com

Frecuentemente surge la pregunta respecto a si existen diferencias entre anticipo y pago anticipado, toda vez que la ley no brinda una definición que precise lo uno o lo otro. Sobre el tema el parágrafo 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.

El análisis semántico nos lleva a la conclusión que la ley, aunque no defina los términos anticipo y pago anticipado, reconoce diferencias entre los dos. En el artículo transcrito encontramos que la ley se refiere a «*anticipos y pagos anticipados*», expresiones unidas por la conjunción «y», lo que indica que no son sinónimos, si así lo fuera, estuviesen unidos por la conjunción «o». De la normativa en comento resulta claridad meridiana en aquello que anticipo y pago anticipado no es lo mismo. Ahora, el problema es precisar qué significa lo uno y lo otro. Como quiera que la ley no los define, acudimos a la doctrina y la jurisprudencia; encontramos que no ha surgido discrepancia conceptual al entender el contenido de cada uno de los términos.

Antes de entrar en detalle respecto de cada uno de los conceptos es importante precisar otro aspecto errado en la interpretación de la normativa transcrita; se trata del monto que la ley autoriza para dar en anticipo y pago anticipado. La norma citada expone que «*su monto no ha de exceder del cincuenta por ciento (50%)*», sin embargo en la práctica no se ha entendido como techo ese 50% sino como medida absoluta, así que regularmente las entidades estatales, sin importar la naturaleza del contrato ni evaluar la necesidad de acudir al pago de anticipos y/o pagos anticipados, entiende como regla general y absoluta que en todo contrato estatal en que se pacte anticipo y/o pago anticipado la entidad estatal debe desembolsar a favor del contratista el 50% del valor del contrato; situación que en la mayoría de los casos es aprovechada por el contratista para disponer de dineros públicos para la satisfacción de necesidades diferentes a la de la ejecución del contrato que sirvió de base para el pago de anticipo y/o pago anticipado.

Al establecer la ley que el monto de los anticipos y pagos anticipados no debe exceder del 50%, este porcentaje debe entenderse como la sumatoria máxima de los dos rubros, de manera que corresponde al ordenador del gasto, en ejercicio del principio de responsabilidad, realizar una labor racional que le permita decidir por un desembolso justo en la relación

contractual. Al tratar este tema frecuentemente surge el interrogante cómo precisar el porcentaje que se debe entregar al contratista en calidad de anticipo y /o pago anticipado. La respuesta es sencilla: pensemos qué monto entregaría al contratista si no contratara para el Estado sino para sí; así las cosas, nos tornamos expertos en materia de racionalización de anticipos y pagos anticipados. El principio de responsabilidad impone manejar la cosa ajena con mayor diligencia y cuidado que si se tratare de la administración de la nuestra. Basta un vistazo al artículo 26 de la Ley 80 de 1993 para entender los alcances de la responsabilidad que pesa sobre el administrador público en materia de contratación, sin perjuicio o desconocimiento de los principios generales de la actuación administrativa contenidos en el artículo 209 de la Constitución Nacional, el artículo 3° del Código Contencioso Administrativo y el artículo 3° de la Ley 489 de 1998. Con todo esto, excepcionalmente trasciende para los entes de control el manejo irresponsable que se le da a los desembolsos en la contratación estatal por concepto de anticipos y pagos anticipados.

Criticamos los excesos al tomar como regla general y absoluta el monto del cincuenta por ciento, con mayor razón criticable la errada interpretación que plantea que la entidad estatal puede desembolsar el valor del contrato haciendo entrega del cincuenta por ciento por concepto de anticipo y el otro cincuenta por ciento por concepto de pago anticipado. El doctor Jorge Pino Ricci, merecedor del reconocimiento como uno de los mejores expositores de la temática de la Contratación Estatal en Colombia, expone:

[...] 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 prestación¹.

Entiende el doctor Pino Ricci que la Ley 80 de 1993 autoriza a las entidades estatales desembolsos por concepto de anticipos que no excedan el cincuenta por ciento, los que se pueden sumar a desembolsos del cincuenta por ciento por concepto de pago anticipado, esto es, frente a un contrato, antes de iniciarse su ejecución, la entidad estatal puede desprenderse sin ninguna preocupación del cien por ciento de la suma

¹ PINO RICCI, Jorge, *Régimen de Contratación Estatal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 194.

contratada. En búsqueda de la correcta interpretación cotejemos lo expuesto por el doctor Pino Ricci con lo expuesto en el párrafo único del artículo 40 de la Ley 80 de 1993. El primero indica que es correcto desembolsar el total del valor contratado; 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. El problema no es la seguridad que tenga el Estado en aquello de que el contratista no se apropie indebidamente del desembolso, realmente lo que se preserva es el manejo, la gestión y el resultado de los dineros públicos.

Expuesto lo anterior, veamos la diferencia entre los dos términos analizados:

ANTICIPO

En el derecho comparado existe unidad de criterio al entender que el anticipo es un préstamo que las entidades estatales realizan a favor del contratista para invertir en la ejecución de un contrato, que debe amortizarse en cada cuenta.

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

- 1° Es un préstamo que hace la entidad estatal hace al contratista.
- 2° El préstamo tiene destinación específica, concretamente debe destinarse al gasto que demanda la ejecución del contrato.
- 3° Como quiera que el préstamo está destinado a la inversión en la ejecución del contrato, se deduce que la figura del anticipo, en cuanto a su aplicación, es propia de los contratos de tracto sucesivo.

Analicemos cada uno de los elementos esenciales del concepto, lo que nos permitirá deducir los alcances y consecuencias del otorgamiento y manejo de anticipos:

1° *Es un préstamo que la entidad estatal hace al contratista*

Como quiera que se trata de un préstamo, es claro que el dinero mantiene la calidad de público, pues le pertenece al Estado, sólo adquiere la calidad de dineros privados en el momento en que se da en amortización de la obligación a cargo del Estado. Esto conlleva a que el contratista al recibir un anticipo se convierte en administrador de dineros públicos y, por tanto, responderá como tal.

2° *El préstamo tiene destinación específica*

El contratista al recibir un anticipo se compromete a destinarlo exclusivamente para la ejecución del contrato, razón de la denominación de la garantía que obligatoriamente debe constituir el contratista: «*Póliza de buen manejo e inversión del anticipo*», es decir, el contratista adquiere la obligación de darle un buen manejo a los dineros recibidos como anticipo. Igualmente se obliga a invertirlos en la ejecución del contrato.

Como quiera que darle a los caudales públicos una aplicación diferente de aquella a la que oficialmente están destinados equivale a administrarlos mal, hacer de ellos uso indebido es lo mismo que malversarlos, sustraerlos o apropiárselos, es tanto como usurparlos, en consecuencia, si esta conducta se predica del contratista, podríamos afirmar que está incurriendo en peculado. Pareciera aventurado calificar y encuadrar la conducta en el tipo penal mencionado, pues este delito exige la concurrencia de dos elementos:

- 1° Que el infractor sea un servidor público, y
- 2° Que a los efectos o caudales que administre les dé una aplicación diferente de aquella a que estén destinados, o en cualquier forma haga uso indebido de los mismos. Como administrar equivale a cuidar, no hay duda alguna que el contratista que le dé al anticipo una inversión distinta a la señalada incurre en el delito de peculado.

«En el delito de peculado lo indebido no está en que el objeto se tome para sí sino en utilizarlo para lo que no estaba previsto ni ordenado» (sentencia de 12 de julio de 1955, LXXX, 790).

De los dos elementos citados sin beneficio de inventario aceptamos el segundo, no así el primero, toda vez que el contratista es un particular vinculado a la administración en calidad de colaborador, no en calidad de servidor público, así que en principio no cabe la adecuación típica de la conducta en el punible del peculado. No obstante, revisada la Ley 80 de 1993 encontramos que el legislador crea, para efectos de la responsabilidad penal, la ficción jurídica del servidor público respecto de los particulares que intervienen en la contratación estatal. El artículo 56 del Estatuto de la Contratación Estatal expone:

ARTÍCULO 56.- De la responsabilidad penal de los particulares que intervienen en la contratación estatal. 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.

De la disposición transcrita concluimos que si bien es cierto que el contratista no tiene la calidad de servidor público, para efectos de la responsabilidad penal la ley crea la ficción de la calidad mencionada; así, tal como lo expresa la disposición, estará sujeto a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos. Por otra parte, al crearse la ficción jurídica de servidor público respecto de los particulares que intervienen en la contratación estatal, y éstos al administrar dineros públicos, concordante con los lineamientos constitucionales, no sólo responden por los dineros como, a su vez, el contratista que recibe un anticipo se hace responsable de la gestión y del resultado, razón por la que el artículo 7° del decreto 2170 del año 2002 establece que los dividendos que resulten de la apertura de cuentas para el manejo de anticipos le pertenecen al Tesoro Público.

Como cualquier administración, el contratista estará obligado a rendir cuentas a la entidad estatal en el momento en que se lo requiera o, por lo menos, al momento de finiquitar la administración de los dineros; como tal, y de conformidad con los preceptos constitucionales, debe responder por la gestión y el resultado de dicha administración. Como quiera que el contratista no se vincula en calidad de administrador de dineros públicos, pues ésta es consecuencia accesoria de la relación contractual, cuyo objeto es diferente al de la administración de dineros públicos, el contratista debe responder por un resultado mínimo, que correspondería a aquel que medianamente obtendría la persona menos

preparada en materia de finanzas. Al menor experimentado en manejo de dineros no se le ocurriría durante un tiempo prolongado depositar el dinero en una cajetilla de su residencia, aun teniendo la previsión de resguardarlo de cualquier riesgo, sino que, por lo menos, lo depositaría en una cuenta que le genere un rendimiento mínimo, pero que en la medida de la cantidad se constituye en un valor representativo, máxime si se tiene en cuenta que en muchos contratos estatales los desembolsos por concepto de anticipo corresponden a cuantiosas sumas de dinero, como tal los rendimientos serían considerables.

Aceptadas las implicaciones del manejo de anticipos es preciso anotar que la responsabilidad del manejo de los anticipos no sólo la asume el contratista sino que a su vez corresponde al ordenador del gasto. De una parte, el contratista debe tener clara la responsabilidad que asume al momento de recibir del Estado dineros por concepto de anticipo y las repercusiones de tipo legal que conlleva el mal manejo de los anticipos. De otra parte, la administración es responsable del otorgamiento de anticipos que no resulten de un juicio racional y del deber que le impone la ley en cuanto al seguimiento al manejo de los anticipos. No se agota la responsabilidad de la administración con la exigencia de la garantía de buen manejo e inversión del anticipo, sino que se extiende al seguimiento, que finiquitará en el momento en que esos dineros pasen a calidad de privados como consecuencia de la amortización de pago del valor contratado o, en su defecto, por cualquier causa reingresen al poder de la entidad estatal, con el consecuente rendimiento de cuentas.

Conocidas las implicaciones legales en materia de manejo de anticipos, resulta curioso que frente al mal manejo de anticipos, las entidades estatales se limitan a las reclamaciones de tipo civil, bien acudiendo a la ejecución de la garantía de buen manejo e inversión del anticipo o, en su defecto, a las acciones de reclamación civil, que en muchas ocasiones no resulta eficaz el mecanismo, como en el caso de la insolvencia del contratista. Igualmente es común el hecho de acudir a las reclamaciones fuera del tiempo de vigencia de las garantías, unas veces porque no se actúa oportunamente, otras porque se otorgaron prórrogas a la ejecución del contrato o se acordó suspensión provisional del mismo sin considerar la prórroga de la vigencia de la garantía de buen manejo e inversión del anticipo. Excepcionalmente, las entidades estatales acuden a la reclamación penal, que de hecho es justa frente al atentado contra el interés público, además ejemplarizante y eficaz, máxime que dentro del proceso penal la entidad estatal se puede constituir en parte civil para obtener, además de la pena por el ilícito, los dineros reclamados y los perjuicios causados con el acto ilícito.

3° El anticipo está destinado a la inversión en la ejecución del contrato, por tanto se convierte en figura propia de los contratos de tracto sucesivo

Hemos expuesto que el anticipo es un préstamo que la administración hace al contratista para la ejecución de un contrato, así que si la destinación del préstamo es específica para la ejecución del contrato, mal podemos entender el anticipo como figura jurídica aplicable a los contratos de ejecución instantánea, como es el caso del contrato de compraventa, si se tiene en cuenta que la ejecución del contrato es instantánea, salvo que la compraventa sea por instalamentos, lo que implicaría que la voluntad de las partes entrabadas en el negocio jurídico han desnaturalizado el contrato. En el evento en que se tratase de un contrato de compraventa suscrito entre el Estado y un particular intermediario y el primero otorgare un anticipo para que el intermediario adquiera el bien que ha de suministrar al Estado, ello implica simplemente que con ese anticipo, que tiene la calidad de dineros públicos, el contratista adquiere bienes para sí, toda vez que al proveedor original no se acude en calidad de mediador entre este último y la administración, lo que conlleva al uso de dineros del Estado para fines personales del particular que interviene en la actividad contractual.

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 copiadador 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 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 ésta 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.

En igual sentido se pronunció el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia de 13 de septiembre de 1999, expediente 10607.

PAGO ANTICIPADO

Contrario al anticipo, el pago anticipado regularmente se presenta en los contratos de ejecución instantánea y, como su nombre lo dice, dicho pago implica abonar parte del valor total del contrato, que en todo caso no podrá exceder del cincuenta por ciento del valor contratado. Como quiera que constituye pago parcial del valor contratado, ello implica que su monto pasa a ser exclusivo del contratista; como tal, los dineros públicos pasarán a ser privados, lo cual permite, en consecuencia, que el contratista disponga libremente de esos dineros sin importar la destinación, pues ésta es propia de la facultad de dominio institucionalizada por los romanos con el término de «abusus» o derecho de disposición. Ahora, si los dineros pasan a ser de exclusivo dominio del contratista; no tiene por qué constituir garantía de buen manejo e inversión de los dineros. Como se advierte, el manejo e inversión de los dineros corresponde a la órbita exclusiva del contratista; en tal caso, la entidad en aquello que corresponde al deber de control de los bienes y dineros del Estado acudirá a la garantía única de cumplimiento. En este caso, la garantía precave el siniestro consistente en la distracción de los recursos como consecuencia del incumplimiento del contratista.

Sin trascender en aquello de que el anticipo es propio de los contratos de tracto sucesivo y el pago anticipado de los contratos de ejecución instantánea, es importante revisar la naturaleza del contrato para establecer si es procedente una u otra figura. A manera de ejemplo cabe examinar en un contrato de prestación de servicios profesionales para asesoría jurídica en condiciones en que la inversión del contratista no superara un cinco por ciento del valor contratado y se le otorgara un anticipo del cincuenta por ciento. Al momento de rendición de cuentas de manejo e inversión de la suma recibida en calidad de préstamo para la ejecución del contrato, el contratista no tendría argumento alguno para demostrar ese manejo de dineros y la inversión exclusivamente para la ejecución del contrato. *Contrario sensu*, fácilmente la administración podría demostrar que a los dineros no se les dio la exclusiva destinación acordada, es

decir, la ejecución del contrato, lo que conlleva a determinar responsabilidades del contratista, incluso de tipo penal.

En conclusión:

- 1° El anticipo y pago anticipado son dos figuras jurídicas contractuales diferentes en su naturaleza y, por supuesto, en sus alcances.
- 2° La ley establece que el pago de estos dos conceptos no debe exceder del cincuenta por ciento; de ninguna manera, la regla absoluta es que debe ser del cincuenta por ciento.
- 3° En cuanto a los alcances jurídicos, el anticipo mal manejado o la apropiación del mismo constituye peculado, sin importar que el contratista carezca de la calidad de servidor público, dado que la ley, para efectos de la responsabilidad penal, acude a la ficción jurídica de otorgar la calidad de servidor público a los particulares que intervienen en la actividad contractual.