

EL ANTICIPO EN EL CONTRATO ESTATAL EN COLOMBIA: LAS GARANTÍAS Y EL CONTROL QUE SE EJERCE SOBRE EL MISMO

The advance payment in the state contract in Colombia: the guarantees and the control exercised over it

Edwin Guillermo Lora López

edloralo@poligran.edu.co

Jhony Fernando Carvajal Higueta

jhcarvajal1@poligran.edu.co

Carlos Andrés Sandoval Cuadros

casandoval10@poligran.edu.co

Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano
Programa de Derecho
Colombia

Resumen

El objetivo central del presente artículo se centra en analizar el anticipo en el contrato estatal en Colombia, desde las garantías, sus efectos y el control que se ejerce sobre el mismo; el primer objetivo específico determina la naturaleza y fundamentos jurídicos del anticipo en el contrato estatal en Colombia; con el segundo se analizan las garantías y sus efectos frente al anticipo en el contrato estatal y, por último, se identifican las características del control que se debe ejercer sobre el anticipo en este. Para este abordaje se propone un estudio de carácter cualitativo desarrollado a través de la revisión documental de fuentes primarias y secundarias de información. El estudio permite establecer que la falta de control y vigilancia en la adquisición de

pólizas de cumplimiento es un factor generador de riesgo en la contratación pública, ya que impide que, en caso de incumplimiento por parte del contratista, los dineros entregados como anticipos puedan retornar al erario, de lo que se logra concluir que si el Estado falla en esta labor claramente el accionar corrupto de algunos contratistas seguirá siendo una constante en la dinámica contractual estatal del país.

Palabras clave: garantías contractuales, control, efectos, anticipos, contratación estatal.

Abstract

The main objective of this article focuses on analyzing the advance in the state contract in Colombia, from the guarantees, its effects and the control that is exercised over it; The first specific objective determines the nature and legal bases of the advance in the state contract in Colombia; the second analyzes the guarantees and their effects against the advance in the state contract in Colombia; and, finally, the characteristics of the control that must be exercised over the advance in the state contract in Colombia are identified. For this approach, a qualitative study developed through the documentary review of primary and secondary sources of information is proposed. The study makes it possible to establish that the lack of control and surveillance in the acquisition of compliance policies is a risk-generating factor in public contracting, since it prevents that, in the event of non-compliance by the contractor, the monies delivered as advances can be returned to the treasury, from which it is possible to conclude that if the State fails in this task, clearly the corrupt actions of some contractors will continue to be a constant in the country's state contractual dynamics.

Keywords: contractual guarantees, control, corruption, advances, state contracting.

Recepción: Fecha de entrega 12.11.2021 *Aceptación:* Fecha de sustentación 15.12.2021

Cite este artículo como: Lora, E., Carvajal, J. & Sandoval, C. (2021). El anticipo en el contrato estatal en Colombia: las garantías y el control que se ejerce sobre el mismo. Working Paper FSCC, Volumen 1. [p.-p.]. doi:xxxxxxx

Introducción

A mediados del año 2021 se conoció un nuevo hecho de un presunto caso de corrupción por cuenta del tema de los anticipos en el marco de la contratación estatal en Colombia; se trata del contrato celebrado entre el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones - MINTIC- y la Unión Temporal Centros Poblados, el cual tenía por objeto brindar conectividad a internet a un gran número de escuelas y colegios en el territorio colombiano.

Para dar inicio a dicho contrato, según Pastrán (2021), se entregaron unos anticipos de 70 mil millones de pesos; sin embargo, luego de la verificación de los documentos aportados por el contratista, se determinó que el contrato no contaba con póliza alguna de garantía, ya que la que había sido presentada ante el Ministerio

resultó ser falsa, generando ello la solicitud de caducidad del contrato y la devolución de dichos anticipos.

La Ley 80 (1993) establece en el parágrafo del artículo 40 que en los contratos que celebren las entidades estatales se puede pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos por un monto que no puede exceder el 50% del valor del contrato, ello con el fin de que los contratistas puedan financiar los diferentes costos que conlleva el inicio de la ejecución de un contrato.

Como puede verse, se trata de un asunto que reviste especial importancia en el marco de la contratación estatal en Colombia, ello debido a la naturaleza pública de los recursos que se manejan en este ámbito; sin embargo, destaca Fuerte (2017), la falta de regulación normativa de los anticipos en la contratación estatal en el país

han permitido que muchas entidades del Estado entreguen recursos públicos a contratistas particulares sin mayores criterios o controles sobre la manera como se administrarán e invertirán esos recursos y sobre los procedimientos que deben seguirse para solicitar la devolución de los mismos cuando el contratista incumpla con su obligación contractual o la contratación en sí misma se encuentre viciada.

En este artículo se pretende, por tanto, describir la naturaleza y fundamentos jurídicos del anticipo en el contrato estatal, luego se analizan las garantías y sus efectos frente al anticipo en la contratación pública y, finalmente, se identifican las características del control que se debe ejercer sobre el anticipo.

Por lo anterior, se tiene por objeto en este escrito responder el siguiente problema jurídico: ¿Cómo las pólizas de cumplimiento que se exige en una oferta pública, para realizar un contrato publico sirve para garantizar el pago de los anticipos?

Marco Jurídico Analítico

Para comprender el tema del anticipo en el contrato estatal en Colombia, en especial las garantías y el control que se ejerce sobre este, es preciso conocer los fundamentos jurídicos que sustentan el Estatuto General de la Contratación del país.

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en Colombia lo integra un conjunto de normas vigentes como las leyes 80 (1993), 816 (2003), 1150 (2007), 1474 (2011) y de los decretos-leyes 4170 (2011) y 19 (2012), cuya reglamentación ha realizado el Decreto 1510 (2013), compilado en el Decreto 1082 (2015).

De acuerdo con Younes (2016), este Estatuto tiene carácter preferencial frente a otras normas sobre la materia, con excepción de normas orgánicas o estatutarias, y sus puntos más sobresalientes son los siguientes:

En primer lugar, está la denominación de los contratos. Mediante la Ley 80 (1993),

se adoptó el género de “contratos estatales”, como única categoría de los contratos celebrados por la administración.

Según Younes (2016), el estatuto contractual precisa que la administración celebra bajo la denominación de contratos estatales, tanto los contratos previstos en el derecho común regidos por dichas normas, como los contratos regidos por normas especiales de derecho público y los que la propia ley señala, enunciando, entre otros, los contratos de obra, de consultoría, de concesión y de prestación de servicios.

Bajo el régimen del Decreto 222 (1983), señala Rodríguez (2017), la clasificación dual de los contratos administrativos y de derecho privado de la administración se desvirtuó. En la práctica, a estos se les adicionaron las cláusulas exorbitantes de caducidad y la terminación, modificación e interpretación unilateral, convirtiéndolos, por esta razón, en contratos administrativos. En contraposición, con la clasificación dual de los contratos (administrativos y de derecho privado) existe ahora en la legislación colombiana el criterio de la denominación unitaria de los contratos

de la administración pública, comprendidos todos con el nombre de contratos estatales.

Efectivamente, la Ley 80 (1993) designa como contratos estatales todos los contratos que celebre la administración y que se encuentran regidos por el interés general y por el cuidado de los recursos públicos, así como por el principio de la autonomía de la voluntad.

Constituye el fundamento constitucional de la Ley 80 (1993) lo dispuesto en el inciso final del artículo 150 de la Constitución Política (1991), que otorga al Congreso de la República la facultad de expedir el estatuto general contratación de la administración pública. En consecuencia, la Ley 80 (1993) rige para todos los órdenes de la administración, ya sea el nacional o el territorial. Es conveniente señalar que la Ley 1150 (2007), reformativa de la Ley 80 (1993), se refiere a la contratación con recursos públicos.

En segundo lugar, están las cláusulas excepcionales, las cuales, según Osorio (2013), se denominan ahora cláusulas

excepcionales y son las de terminación, interpretación y modificación unilateral, de sometimiento a las leyes nacionales y la de caducidad. Estas cláusulas se deben pactar cuando el contrato tenga por objeto el ejercicio de una actividad que constituya un monopolio estatal, la prestación de un servicio público, la explotación y concesión de bienes del Estado y los contratos de obra. Las entidades pueden pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y en los de prestación de servicios. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado, se debe incluir la cláusula de reversión.

Las cláusulas excepcionales no se pactan en los contratos celebrados con personas públicas internacionales, de cooperación, ayuda o asistencia, inter administrativos, de empréstito, donación, arrendamiento, en aquellos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de entidades oficiales, o el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades.

En tercer lugar, destaca Osorio (2013), están los principios de la contratación estatal, que son principios especiales que se deben observar en el proceso de la contratación, que son los de transparencia, economía, responsabilidad, mantenimiento de la ecuación contractual e igualdad.

Con relación al principio de transparencia, conforme al artículo 24 de la Ley 80 (1993), por regla general, salvo expresa excepción, radica en que la escogencia del contratista se efectúa mediante el proceso de licitación o de concurso público. Los interesados pueden conocer y controvertir las actuaciones administrativas, que son públicas. Los actos administrativos, salvo los de trámite, deben ser motivados. El desarrollo de este principio es regulado por el artículo 2 de la Ley 1150 (2007), ley que a su vez derogó el numeral 1 y el párrafo 1 del artículo 24 de la ley 80 (1993).

El principio de economía, significa que en el proceso de selección se realizarán las actividades estrictamente necesarias para asegurar la escogencia objetiva de la

propuesta, señalándose términos preclusivos y perentorios. Según este principio, regulado por el artículo 25 de la Ley 80 (1993), y por la Ley 1150 (2007) en su artículo 7, los contratistas deben prestar garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato; además, esta norma precisa que 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.

El principio de responsabilidad, afirma Younes (2016), se refiere a que los servidores públicos responden por sus actuaciones y omisiones, debiendo indemnizar los daños que llegaren a causar por razón de ellas.

Agrega el mencionado autor que el principio de mantenimiento de la ecuación contractual quiere decir que se debe mantener la igualdad o equivalencia entre los derechos y las obligaciones que surgen al momento de proponer o contratar.

Y el principio de igualdad, señala Younes (2016), se refiere a que el equilibrio entre las prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos, y la buena fe, son principios igualmente aplicables. Si se rompe esta igualdad o equivalencia por causas no imputables al afectado, las partes deben adoptar con prontitud las medidas necesarias.

En cuarto lugar, según lo planteado por Osorio (2013), está el derecho al debido proceso. El artículo 17 de la Ley 1150 (2007) consagró el debido proceso como principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de ello, y del deber de control y vigilancia sobre los contratos, corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de invitar al contratista a cumplir sus obligaciones.

Esta decisión, agrega Osorio (2013), debe estar antecedida de audiencia del afectado, quien tendrá un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo

mientras se encuentre pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista; así mismo, podrán declarar el incumplimiento con la intención de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria prevista en el contrato.

Para facilitar la protección del interés público, la cláusula penal y las multas así impuestas se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir a mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, como la jurisdicción coactiva.

Y, en quinto lugar, están los principios de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de la Contratación. En las disposiciones generales para la contratación con recursos públicos dictadas mediante la Ley 1150 (2007) se incluyó el artículo 13, cuyo propósito es hacer que se observen los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal previstos en los artículos 209 y de la Constitución Política (1991), respectivamente, según sea el caso, y el

régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal, las entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

En cuanto al contenido del contrato estatal, estos contienen estipulaciones o cláusulas, los anticipos, que es el tema que nos compete en este estudio y que será desarrollado en el capítulo de análisis, y las adiciones.

Método

La metodología de investigación que se escogió para el desarrollo de este estudio es la propuesta por Hernández et al. (2010). En este sentido, se elige el enfoque cualitativo, que significa que no se utilizarán datos o informaciones numéricas para darle respuesta al problema de investigación planteado; de igual manera, se opta por un estudio de tipo descriptivo, bajo el cual se sobre entiende que únicamente se realiza una descripción de una situación en particular, que en este caso corresponde al análisis del anticipo en el contrato estatal en

Colombia, desde las garantías y el control que se ejerce sobre el mismo; y también se selecciona el diseño no experimental, pues no se hace ninguna clase de experimento con ninguna población en particular.

Como fuentes de información se tomará tanto el artículo 91 de la Ley 1474 (2011), como el Decreto 1082 (2015) y la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en especial las de unificación en controversias contractuales por asunto de anticipos, como por ejemplo las del 31 de enero (2011, Rad. 17767), 29 de enero (2014, Rad. 26869), 29 de abril (2015, Rad. 29201), 27 de mayo (2015, Rad. 38600) y 19 de octubre (2017, Rad. 28671); igualmente, no se dejarán de lado otras normativas atinentes al tema y referencias bibliográficas.

Análisis

1. Naturaleza y fundamentos jurídicos del anticipo en el contrato estatal en Colombia

Los conceptos de anticipo y pago anticipado son nociones que se utilizan, generalmente, sin ninguna distinción; sin embargo, en el ordenamiento jurídico colombiano se trata de términos diferentes; de hecho, según señala el Consejo de Estado (2006, Rad. 24812), el anticipo hace alusión a aquellos dineros que tienen el carácter de públicos entregados al contratista, pero que siguen haciendo parte de la entidad contratante, constituyéndose como una especie de adelanto del precio para que el contratista cuente con los recursos para adquirir materiales y atender los primeros requerimientos del contrato; mientras que el pago anticipado hace parte del patrimonio del contratista, por lo que comprende el pago del precio del contrato pactado.

De acuerdo con González D. (2011), es fundamental tener en cuenta la diferencia de estos conceptos, ya que el artículo 40 de

la Ley 80 (1993) se refiere a estas dos figuras, aunque no las define explícitamente, de ahí la necesidad de hacer una construcción conceptual de cada uno de ellos, para poder reconocer que el anticipo se constituye en un dinero público, en tanto que el pago anticipado es un dinero privado.

La redacción de la norma como tal no reconoce diferencia entre ambos conceptos; sin embargo, el hecho de que se haga referencia a anticipos y pago anticipado resultado claro que se trata de nociones que no significan lo mismo, por lo que su interpretación ha resultado, principalmente, desde los desarrollos interpretativos y doctrinales del Consejo de Estado (1999, Rad. 10607), quien establece que no se puede perder de vista que aquellos recursos que se entregan al contratista por concepto de anticipo son oficiales y públicos, es decir, es un adelanto del precio para que este pueda proveerse de materiales y atender los gastos iniciales del contrato.

La anterior posición fue ratificada en posterior providencia (2000, Rad. 18709), en donde se agregó que, frente al anticipo, el contratista debe presentar una garantía

única, pues no se entrega como pago anticipado y, por ende, no hace parte del haber patrimonial del contratista.

Del mismo modo, el Consejo de Estado (2001, Rad. 13436) plantea que la principal diferencia entre estos dos conceptos radica en que el anticipo hace alusión al primer pago de los contratos de ejecución sucesiva que se destinan a cubrir los costos iniciales, mientras que el pago anticipado es una retribución parcial inicial que el contratista recibe en los contratos de naturaleza instantánea.

Estas posiciones jurisprudenciales permiten determinar la naturaleza y fundamentos tanto del anticipo como del pago anticipado; son interpretaciones armónicas del parágrafo del artículo 40 del Estatuto General de la Contratación; de hecho, logra observarse que la doctrina no es muy prolija para reconocer las diferencias conceptuales de estas nociones, que claramente pueden dar lugar a equívocos.

Matallana (2009), por ejemplo, señala que la aplicación de uno u otro

concepto depende de la modalidad de ejecución del contrato, pues como se ha señalado, el anticipo opera en los contratos de tracto sucesivo, en tanto que el pago anticipado sólo opera en los contratos de ejecución instantánea; del mismo modo, Lamprea (2007) afirma que el principal criterio diferenciador de estos conceptos radica en el carácter público, a manera de préstamo, que tiene el anticipo, y el carácter

privado que legitima el pago anticipado, ya que es una suma que pertenece al contratista.

La siguiente tabla evidencia los elementos que diferencian la naturaleza y relación jurídica que comporta el anticipo y el pago anticipado.

Tabla 1. Aspectos diferenciales de los conceptos de anticipo y pago anticipado

Elemento diferenciador	Concepto de “anticipo”	Concepto de “pago anticipado”
Naturaleza	Público	Privado
Relación del contratista con el recurso	Mero tenedor	Propietario
Finalidad	Es un préstamo con el que se financia el inicio del contrato	Pago parcial por parte de la entidad contante
Causación	A través de amortización del valor	Con la mera entrega del dinero
Garantía constituida	De buen manejo y adecuada inversión	Única de cumplimiento
Medidas cautelares	Al ser un recurso público, es inembargable	Al ser un recurso privado, puede ser objeto de embargo
Tipo de contrato	Tracto sucesivo	Ejecución instantánea

Destinación	Para la ejecución del contrato	De libre destinación
Descuentos y retenciones	No aplica	Aplica
Supervisión	A cargo de la entidad pública	No aplica
Propiedad del recurso	La entidad contratante	El contratista

Fuente: elaboración propia.

En el caso del anticipo, según Bernal & Cubillos (2013), es preciso tener en cuenta que existe un límite porcentual del monto que se puede reconocer a un contratista, que corresponde al 50% del valor del contrato; este se erige como un verdadero préstamo que hace la entidad pública al contratista, siendo sólo posible para determinados contratos, en donde el contratista requiera de unos recursos financieros para iniciar el objeto contractual, manteniendo una naturaleza pública y amortizándose progresivamente en favor de los pagos que se vayan causando.

El anticipo, además, agregan los mencionados autores, puede entregarse antes o al momento del inicio del contrato, es decir, se puede hacer el pago del mismo, aun cuando el contratista no ha prestado servicio alguno o no ha dado inicio a la

ejecución de la obra; por tanto, por su naturaleza pública, la entidad contratante debe solicitar al contratista que invierta y maneje el recurso de manera adecuada, lo cual hace necesario una garantía única de cumplimiento en los términos contenidos en el artículo 7 de la Ley 1150 (2007) y el artículo 35 del Decreto 1510 (2013).

2. Garantías y efectos del anticipo en el contrato estatal en Colombia

De acuerdo con Bernal & Cubillos (2013), en la contratación pública es necesario que, con el propósito de asegurar la adecuada inversión y destinación de los recursos públicos, como es el caso de los anticipos, se cuente con las pólizas de cumplimiento respectivas para minimizar los riesgos que pueden surgir en este tipo de negocios jurídicos.

El Consejo de Estado (2002, Rad. 22511) señala que los seguros de cumplimiento permiten trasladar los riesgos a una entidad aseguradora para que, en caso de un siniestro imputable al contratista que genere el incumplimiento del contrato, se pueda indemnizar a la entidad estatal contratante.

Este tipo de seguros, precisamente, fueron contemplados en el Contrato número 1043 (2020) pactado entre el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la Unión Temporal Centros Poblados, que tenía por objeto crear una serie de centros digitales para prestar servicios de internet en instituciones de educación oficiales en todo el territorio colombiano; el valor de dicho contrato ascendía a 1.07 billones de pesos y se pactó un anticipo de cerca de 70.000 millones de pesos.

Según dicho contrato, el contratista debía asumir la contratación de una póliza expedida por una compañía de seguros legalmente autorizada en Colombia para

cubrir los riesgos a los cuales hacen alusión los artículos 2.2.1.2.2.3.2.1. y 2.2.1.2.3.4.1. del Decreto 1082 (2015); sin embargo, la Unión Temporal Centros Poblados no adquirió dicha póliza, presentando documentación falsa de la misma, lo que dio lugar a que el Ministerio declarara la caducidad del contrato y solicitara a la Unión Temporal la devolución del anticipo, el cual, como se ha señalado en el presente artículo, es un recurso que tiene una naturaleza pública.

Por la naturaleza y monto de este tipo de contrato, es necesario contar con las garantías que avalen el cumplimiento de las obligaciones y cualquier eventualidad que se presente en razón de la ejecución del objeto contractual; al respecto, Fuerte (2017) afirma que estas garantías de cumplimiento se deben hacer efectivas a través de la adquisición de una póliza de seguro.

El Decreto 1510 (2013), en su artículo 116, establece los diferentes eventos que este tipo de garantía debe cubrir en materia de anticipos, como son la no inversión del recurso, su uso indebido y su apropiación indebida, pero además contempla una

cobertura para la devolución del pago anticipado.

Teniendo en cuenta lo anterior, el problema con el contrato entre MINTIC y la Unión Temporal Centros Poblados radicó en la evidente dificultad de que el Estrado recupere el anticipo entregado al contratista, ya que, al no existir una garantía de cumplimiento del contrato materializada en una póliza, se hace particularmente imposible recuperar estos recursos.

De lo anterior se puede colegir que en aquellos contratos estatales en donde se hace necesaria una póliza de cumplimiento, debe haber una especial vigilancia por parte de los diferentes entes y organismos de control, supervisión y vigilancia de estos contratos, inclusive, la principal y primer llamada a realizar el control efectivo sobre este requisito, por demás esencial en proyectos de mayor cuantía, es la misma entidad contratante, ya que con ello se puede procurar seguridad jurídica para el Estado.

3. Características del control que se debe ejercer sobre el anticipo en el contrato estatal en Colombia

Las obligaciones que surgen de un contrato son de carácter recíproco; de esta forma, mientras que el contratista debe constituir garantías, pagar impuestos y ejecutar el objeto contractual, al contratante le corresponde asumir la obligación de entregar anticipos de forma oportuna. De acuerdo González A. (2011), si la entidad contratante no entrega el anticipo en el plazo estipulado, se genera una ruptura del equilibrio económico del contrato, incurriendo además en un incumplimiento legal.

Según el Consejo de Estado (2004, Rad. 10779), dicho incumplimiento no se constituye en una falta de pago, por lo que no hay intereses moratorios, ya que, por la naturaleza pública del anticipo, este no es un pago; sin embargo, se puede hacer exigible una indemnización por las afectaciones de tal omisión.

De igual modo, el Consejo de Estado (2010, Rad. 17935) señala que los contratistas, al otorgar garantías mediante constitución de pólizas de cumplimiento, no sólo agotan los trámites correspondientes para la entrega de anticipos, ya que sin estos no se puede ejecutar un contrato si no se aprueba la póliza, sino que además, con su institución las entidades contratantes, logran constituir a su favor y de su propio pecunio la adecuada devolución del anticipo en caso de que este no se ejecute de manera debida; estas garantías deben versar sobre el buen manejo y correcta inversión del anticipo, además del cumplimiento del contrato.

De otra parte, agrega el Consejo de Estado (2019, Rad. 59771) que el cobro de garantías de cumplimiento sólo puede ser realizado por la entidad contratante y sólo procede por el valor por el cual se afecte la respectiva póliza de seguros; con ello se disminuyen los riesgos derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales, procurándose seguridad jurídica a este tipo de negocios, siempre que se declare el incumplimiento.

Ahora bien, agrega González A. (2011) que, en caso de que el incumplimiento se de por parte del contratista, se hace necesario recurrir a acciones de carácter penal, ya que el anticipo, al ser un recurso público, su desviación conlleva una apropiación indebida de dineros públicos. Así, la constitución de pólizas de cumplimiento a favor de la administración son el mecanismo idóneo para asegurar el buen manejo y correcta inversión del anticipo.

Es fundamental, por tanto, que en todo contrato en donde se pacte la entrega de anticipos, tanto la entidad contratista como los interventores ejerzan el control debido para que el contratista invierta de manera adecuada los recursos entregados. En caso de que se observen irregularidades en la gestión de estos recursos, se deberán hacer exigibles las pólizas correspondientes, según el amparo afectado.

Volviendo al caso del contrato celebrado entre MINTIC y la Unión Temporal Centros Poblados, resulta claro que en este contrato se realizó un control a *posteriori*, es decir, hubo un exceso de confianza por parte

del contratista (MINTIC) y un abuso de la buena fe por parte del contratista (Unión Temporal Centros Poblados) al presentar dentro de los requisitos para contratar con el Estado una póliza de cumplimiento falsa e inexistente, situación que generó un desequilibrio contractual que afectó a la entidad contratante, al quedarse sin el instrumento idóneo para solicitar la devolución del anticipo por incumplimiento del contrato y, por ende, ejercer el control respectivo sobre las condiciones de ejecución del contrato.

Por tanto, tal y como lo reconoce Flórez (2018), otorgar control a las entidades estatales contratantes no garantiza la correcta ejecución de los recursos, máxime si dicho control se presta para la comisión de actos ilícitos concertados entre contratistas y contratantes.

En Colombia, otros casos similares al que se está presentando entre MINTIC y la Unión Temporal Centros Poblados ya se han presentado con anterioridad; Jaimes & Márquez (2016) señalan que el fenómeno de corrupción acaecido con el Grupo Nule en la ciudad de Bogotá es un claro ejemplo del

inadecuado control sobre la entrega de anticipos en la contratación estatal en Colombia, ya que los dineros entregados a este grupo se utilizaron para fines diferentes a la ejecución de los contratos.

Riveros (2014) también afirma que en el caso Nule se alcanzaron a entregar anticipos por las de 30.000 millones de pesos, los cuales no fueron invertidos en ningún proyecto y, por ende, muchos de los contratos celebrados con este grupo ni siquiera iniciaron su ejecución.

Cuando se constituye garantías de cumplimiento en los términos del Estatuto Anticorrupción contenido en la Ley 1474 (2011), las aseguradoras asumen un papel de mayor relevancia para que los contratistas puedan retornar los anticipos en caso de incumplimiento; así se eliminan los riesgos que se derivan del inadecuado manejo de los anticipos.

Bernal & Cubillos (2013) señalan que una alternativa para asegurar un adecuado control sobre el manejo de los anticipos es que estos se manejen a través de fiducias;

sin embargo, esta figura presenta serios inconvenientes, ello en razón de que, desde un punto de vista técnico, habría importantes limitaciones para que estos recursos puedan emplearse para financiar las primeras necesidades derivadas de un contrato.

Tanto la doctrina como el Consejo de Estado son claros en reconocer las bondades de las garantías; sin embargo, no existe un amplio desarrollo sobre los mecanismos de control que deben ejercerse sobre los anticipos y menos aún sobre cómo dicho control también debe llevarse a cabo sobre la legalidad y legitimidad de las garantías.

Conclusiones

Como se ha visto, para comprender la naturaleza y fundamentos jurídicos del anticipo, es preciso diferenciarlo del pago anticipado; por tanto, al ser el anticipo un recurso de carácter público, claramente hace necesario que se cuente con las garantías debidas para que estos dineros se inviertan de manera debida para el inicio de la ejecución del contrato; se trata de unos

recursos sobre los cuales la escasa regulación y reglamentación da lugar a que en la práctica se haga un uso indebido de estos dineros por parte de algunos contratistas, incurriendo en actuaciones ilícitas que terminan constituyéndose en actos de corrupción y generándose además un detrimento del erario.

Cuando se pactan anticipos en la contratación pública, es necesario que los contratistas asuman la adquisición de pólizas de cumplimiento, de tal forma que la entidad contratante pueda reducir los riesgos frente a un posible incumplimiento por parte del contratista; sin embargo, situaciones ocurridas con el contrato celebrado entre MINTIC y la Unión Temporal Centros Poblados evidencian la necesidad de fortalecer un mayor ejercicio de control y vigilancia de los requisitos de ley que la legislación contractual estatal colombiana exige a los contratistas, sobre todo en materia de adquisición de pólizas de seguros de cumplimiento. Esa falta de control y vigilancia genera un riesgo ostensible para la administración, debido a que se hace prácticamente irrecuperable los anticipos,

que claramente corresponden a recursos públicos.

El adecuado control de los anticipos depende, en gran medida, de que, al momento en que se legalice y perfeccione un contrato, sea la entidad pública contratante la directamente responsable de constatar la constitución de las garantías que harán cumplir con la adecuada destinación de los recursos públicos entregados como anticipos; evadir esta actividad de fiscalización puede constituirse en una acción que bien puede calificarse de una conducta delictiva concertada, máxime cuando es deber de la entidad contratante hacer exigible la constitución de garantías; de igual manera, se debe recalcar que los interventores y aquellos funcionarios delegados para llevar a cabo la vigilancia y control de estos contratos, también asumen responsabilidades frente al deber de vigilancia en la constitución de las garantías, pues con ello se evita que los dineros que se entreguen por concepto de anticipos, en caso de incumplimiento, puedan retornar de manera segura a los recursos de la nación.

Finalmente, es de señalar que el anticipo en el contrato estatal en Colombia comporta unas reglas generales claras para su entrega a los contratistas; sin embargo, la falta de especificidad, pero, sobre todo, los débiles controles y la deficiente vigilancia dan lugar a que las garantías no se adquieran, lo cual genera una abierta inseguridad jurídica (y fiscal) para el Estado, generándose con ello un riesgo ostensible en la actividad contractual y frente a los recursos públicos.

Referencias bibliográficas

Bernal S., P., & Cubillos R., L. (2013). Análisis crítico del amparo de buen manejo de anticipo, de cara a las facultades exorbitantes de la administración en Colombia. *Revista Internacional de Sociología*, 39(22), 113-161.

Congreso de la República. (1993, 28 de octubre). *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública [Ley 80 de 1993]*. DO: 41.094.

Congreso de la República. (2003, 8 de julio). *Por medio de la cual se apoya a la industria nacional a través de la contratación pública [Ley 816 de 2003]*. DO: 45.242.

Congreso de la República. (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 [Ley 1150 de 2007]*. DO: 46.691.

Congreso de la República. (2011, 12 de julio). *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 del 2011]*. DO: 48.128.

Congreso de la República. (2011, 2 de julio). *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]*. DO: 48.128.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección

A. (2015, 27 de mayo). *Radicación número: 50001-23-31-000-2008-00031-01(38600)* [CP. Hernán Andrade Rincón].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2010, 28 de abril). *Radicación número: 44001-23-31-000-1998-00450-01(17935)* [CP. Mauricio Fajardo Gómez].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. (2019, 26 de agosto). *Radicación número: 20001-23-33-000-2012-10143-02(59771)* [CP. Martha Nubia Velásquez Rico].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2004, 29 de enero). *Radicación número: 10779* [CP. Alier Eduardo Hernández Enríquez].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2002, 11 de diciembre). *Radicación número: 22511* [CP. María Elena Giraldo].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2006, 5 de julio). *Radicación número: 24812* [CP. Ruth Stella Correa Palacio].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (1999, 13 de septiembre). *Radicación número: 10607* [CP. Ricardo Hoyos Duque].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. (2011, 31 de enero). *Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767)* [CP. Olga Mérida Valle de De La Hoz].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. (2014, 29 de enero). *Radicación número: 25000-23-26-000-1999-02766-01(26869)* [CP. Mauricio Fajardo Gómez].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. (2015, 29 de abril). *Radicación número: 25000-23-26-000-2002-00372-01(29201)* [CP. Olga Mérida Valle de De La Hoz].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. (2017, 19 de octubre). *Radicación número: 25000-23-26-000-1999-02932-01(28671)* [CP. Stella Conto Díaz del Castillo].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2000, 10 de noviembre). *Radicación número: 18709* [CP. María Elena Giraldo Gómez].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2001, 22 de junio). *Radicación número: 13436* [CP. Ricardo Hoyos Duque].

Departamento Administrativo de la Función Pública. (2012, 10 de enero). *Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública [Decreto Ley 19 de 2012]*. DO: 48.308.

Flórez C., L. (2018). *La corrupción y la contratación directa. Falencias regulatorias en algunos contratos y convenios estatales celebrados en forma directa y su relación con prácticas corruptas. El papel del derecho en la prevención y tratamiento del fenómeno de la corrupción [Tesis de grado]*. Pontificia Universidad Javeriana.

Fuerte V., J. (2017). *El anticipo y pago anticipado en los contratos de obra en*

Colombia [Tesis de grado]. Universidad Católica de Colombia.

González A., R. (2011). *El manejo del pago anticipado y anticipo en el contrato de obra pública [Tesis de grado]*. Universidad de La Sabana.

González D., C. (2011). *El anticipo en el contrato estatal: concepto, derechos, obligaciones y responsabilidades asociadas [Tesis de grado]*. Universidad EAFIT.

Hernández S., R., Fernández C., C., & Baptista L., P. (2010). *Metodología de la investigación*. McGraw-Hill.

Jaimes R., O., & Márquez V., M. (2016). *La corrupción y el fenómeno Nule [Tesis de grado]*. Universidad Sergio Arboleda.

Matallana C., E. (2009). *Manual de contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993*. Universidad Externado de Colombia.

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. (2020). *Contrato estatal de aporte No. 1043 de 2020 entre el Fondo Único de Tecnologías de la*

Información y las Comunicaciones y Unión Temporal Centros Poblados Colombia 2020. <http://www.evaluamos.com/pdf/MINUTACONTRATOAPORTEREGIONB1043-2020VF.pdf>

Osorio M., N. (2013). Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública. ¿Autonomía de la voluntad o imposición del legislador? *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (10), 95-108.

Pastrán, A. (2021). *Dos firmas del Consorcio Centros Poblados del caso MINTIC tienen contratos con el Invias*. <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/dos-firmas-del-consorcio-centros-poblados-del-caso-mintic-tienen-contratos-con-el-invias-3221082>

Presidencia de la República. (1983, 9 de febrero). *Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones [Decreto 222 de 1983]*. DO: 36.189.

Presidencia de la República. (2013, 17 de julio). *Por el cual se reglamenta el sistema de*

compras y contratación pública. [Decreto 1510 de 2013]. DO: 48.854.

Presidencia de la República. (2015, 26 de mayo). *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional [Decreto 1082 de 2015]. DO: 49.523.*

Riveros P., A. (2014). *Analizar el carrusel de la contratación en Bogotá – Caso Nule frente a la aplicación de la Ley 1150 de 2007 [Tesis de grado]*. Universidad Nacional Abierta y a Distancia.

Rodríguez G., S. (2017). *Análisis de la normatividad colombiana en materia contractual frente a la lucha contra la corrupción [Tesis de grado]*. Universidad del Rosario.

Sierra O., S. (2013). *El anticipo en el contrato estatal [Tesis de grado]*. Universidad Pontificia Bolivariana.

Younes M., D. (2016). *Curso de Derecho Administrativo*. Temis.