

Copia



SECRETARIA DISTRITAL DE HACIENDA 24-06-2009 06:02:27

Contestar Cite Este Nr.:2009IE20109 O 1 Fol:2 Anex:0

ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

HACIENDA
Secretaría de Hacienda

ORIGEN: Origen: Sd:109 - DIRECCION JURIDICA/TORRES DE CRISTANCHO
DESTINO: Destino: OFICINA DE PAGADURIA/CIFUENTES PERALTA WILLIAM
ASUNTO: Asunto: EMBARGO DE ANTICIPOS ENTREGADOS A CONTRATISTA
OBS: Obs.:

MEMORANDO

Fecha:

24 JUN. 2009

PARA:

WILLIAM CIFUENTES PERALTA

Jefe Oficina Pagaduría

Dirección Distrital de Tesorería

DE:

VIRGINIA TORRES DE CRISTANCHO

Directora Jurídica

ASUNTO:

Embargo de anticipos entregados a contratista

En atención a su comunicación radicada bajo el número 2009ER11110 mediante la cual solicita se emita concepto jurídico respecto de la inquietud planteada a su Oficina por una funcionaria de la Secretaría Distrital de Integración Social en el sentido de señalar si es procedente aplicar una medida de embargo a un anticipo entregado a un proveedor, le manifiesto:

SUSTENTO LEGAL Y CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Para dilucidar la inquietud del consultante inicialmente se revisará cual es la naturaleza del anticipo de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, su desarrollo doctrinal y jurisprudencial y su manejo contable, para luego hacer alusión a la aplicación de la orden de embargo expedida por autoridad judicial o administrativa.

1. El anticipo - Naturaleza Jurídica, desarrollo doctrinal y jurisprudencial

El Parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 *-Estatuto General de Contratación de la Administración Pública-* es el único referente en este Estatuto sobre la figura del anticipo, sólo señala el límite de su monto en los siguientes términos:

"(...) 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." (Resaltado fuera de texto)

Esta figura ha tenido amplio desarrollo doctrinal y jurisprudencial, como se expone a continuación:

La doctrina coincide en señalar que los anticipos son recursos que se entregan a los contratistas, incluso antes de la ejecución del contrato, para financiarlo y no como pago por los trabajos o labores realizadas¹.

¹ Dávila Vinuesa, Luis Guillermo "Régimen Jurídico de la Contratación Estatal" (pág.395,396 y397).

Carrera 30 N° 25 – 90

PBX: 369 2700 - Información Línea 195

www.haciendabogota.gov.co





ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
HACIENDA

Secretaría de Hacienda

"(...) ² De la definición de anticipo se deduce los elementos esenciales del concepto:

1° Es un préstamo que la entidad estatal hace al contratista: 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 la 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, concretamente debe destinarse al gasto que demanda la ejecución del contrato: el contratista adquiere la obligación de darle un buen manejo a los dineros recibidos como anticipo, igualmente se obliga a invertidos en la ejecución del contrato. Por cuanto los caudales públicos una aplicación diferente de aquella a la que oficialmente están destinados equivale a una mala administración, hacer uso indebido de ellos.

De otra parte, la Administración es responsable del otorgamiento de anticipos toda vez que deben provenir 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 del pago del valor contratado o, en su defecto, por cualquier causa reingresen al poder de la entidad estatal, con el consecuente rendimiento de cuentas.

3° Como quiera que el préstamo se destina 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 (...)"

Ahora bien, sobre esta figura el Consejo de Estado³ ha manifestado lo siguiente:

"(...) 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 contrato⁴.

(...)

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, ejecutada la obra o entregados 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 amortice con los pagos posteriores que se facturen durante la ejecución del contrato. (Providencia del 13 de julio de 2000 del Consejo de Estado – Sección Tercera, con Consejera Ponente Dra. María Elena Giraldo Gómez, en el expediente No. 12513) (...)" (Resaltado fuera de texto)

² Tose Antonio Causa, Alcances del anticipo y el pago anticipado, Universidad del Norte Revista de Derecho, Universidad Del Norte, 21: 96-105, 2004

³ Consejo de Estado, Sección Tercero. Auto Exp. 14935 de enero 27 de 2000. M.P: Germán Rodríguez Villamizar., Consejo de Estado mediante Sentencia 13436 de junio 22 de 2001 de la Sección Tercera:

⁴ Directriz Jurídica 23 de 2006 proferida por el Sena





ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
HACIENDA

Secretaría de Hacienda

Así los hechos, se colige que la naturaleza jurídica del anticipo es un préstamo que realiza la entidad pública al contratista para financiar la ejecución del contrato, las partes acuerdan un primer pago que debe destinarse al cubrimiento de los costos iniciales del contrato en que deba incurrir el contratista, en este caso el contratista al recibir el anticipo lo va amortizando en la proporción que vaya ejecutando el correspondiente contrato, de ahí que se afirme que los recursos no entran en el patrimonio del contratista sino que conserva su carácter de público.

Por contera, en opinión de este Despacho cuando se pacte un anticipo se debe estipular tanto en los pliegos de condiciones del proceso de selección del contratista, como en el Manual de Interventoría del respectivo contrato las condiciones bajo las cuales ha de manejarse el anticipo y sólo podrá ser utilizado para los gastos propios de la ejecución del contrato.

2. Manejo contable de los anticipos

La Dirección Distrital de Contabilidad de la Secretaría Distrital de Hacienda en concepto del 15 de diciembre de 2004, radicado No. EE143138 indicó que *"(...) para el contratista el recibo del anticipo no le genera ingreso alguno, se constituye en un pasivo. Para la entidad contratante la entrega del Anticipo se configura una cuenta por cobrar, la cual se debe registrar en la cuenta 1420 Avances y Anticipos Entregados, que representa los valores entregados por adelantado a contratistas o proveedores para la ejecución de obras suministros de bienes, prestación de servicios. Dicha subcuenta en administración, se disminuirá cuando la entidad pública active o registre en el gasto las actas de obras parciales, o final entregadas por el contratista.*

(...)

El anticipo una vez entregado al proveedor o contratista debe amortizarse de conformidad con lo dispuesto en el respectivo contrato. Cuando en el contrato ni en los términos de referencia no aclaran tal procedimiento, el anticipo se amortizará en la misma proporción en que se haya ejecutado el contrato o porcentaje de avance en la ejecución del mismo. En todo caso al valor del recibo final de obras, bienes o servicios pactados en el contrato, se descontará el total del saldo del anticipo por amortizar.(...)" (Resaltado fuera de texto)

3. Aplicación de la orden de embargo

De otra parte, el embargo es una medida cautelar decretada por una autoridad judicial, o administrativa en el caso de procesos de jurisdicción coactiva, aplicable a todo tipo de bienes (muebles, inmuebles, derechos) donde la notificación del oficio genera el efecto de retirar esos bienes del comercio, como sucede con los saldos en cuentas corrientes, sueldos, honorarios y créditos.

No obstante lo anterior, se recuerda que la entidad pública, para el caso en comento, es simple ejecutora de las órdenes judiciales de embargo y por consiguiente debe acatar tales mandatos por cuanto es competencia exclusiva de los jueces proferir órdenes de embargo y determinar los bienes sobre los cuales debe recaer la medida, una vez sea notificado de una orden expedida por la autoridad competente se debe observar los estrictos términos fijados en la misma, así se afecte con ella depósitos que gocen del beneficio de inembargabilidad. En los eventos en que se decreten embargos sobre sumas legalmente inembargables o sin tener en cuenta los límites de inembargabilidad establecidos, el legitimado para solicitar el desembargo es el afectado por la orden que sea parte del proceso en el que se decretó la medida.

CONCLUSIÓN

Del precitado análisis doctrinal y jurisprudencial se concluye que no es procedente aplicar descuentos por concepto de embargos a un anticipo entregado a un proveedor, por cuanto el anticipo es un recurso público que la entidad contratante entrega al contratista en calidad de préstamo para financiar el contrato y no como pago por los trabajos o labores realizadas.

El anticipo administrado por el contratista conserva su calidad de recurso público y sólo llega a adquirir el carácter privado cuando se amortiza la obligación a cargo de la entidad pública, esto sucede con los pagos posteriores que se facturen durante la ejecución del contrato. El anticipo como quiera que no se constituye en un pago **no está sujeto a descuentos ni retenciones**.

Tal aseveración es confirmada desde el punto de vista contable, para el contratista el recibo del anticipo no le genera ingreso alguno, se constituye en un pasivo y para la entidad pública contratante la entrega del anticipo se configura una cuenta por cobrar.

No obstante lo anterior, como quiera que la entidad pública es simple ejecutora de una orden judicial deberá cumplirla en los términos en ella consignados, así la medida de embargo afecte con ella depósitos que gozan del beneficio de inembargabilidad, en tal caso la entidad deberá iniciar un incidente de desembargo en el proceso en el que se decretó la medida con el fin de liberar los recursos afectados.

Cordialmente,

ORIGINAL FIRMADO POR
Virginia Torres de Cristancho

Proyectó: Clara Lucía Morales Posso
Revisó: Vilma Margarita Bernal Cristancho