

Nuestra Misión: Vigilar y controlar, oportuna y efectivamente, los recursos públicos destinados al cumplimiento de los fines esenciales del Estado Social de Derecho

80112-
Bogotá, D.C.,

18 MAY 2011

Señor
HECTOR WILLINTONG ORTIZ ROSERO
Secretario de Planeación
Municipio de Inírida
Carrera 7 No. 15-50
Inírida - Guainía

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA 18-05-2011 09:01
Al Contestar Cite Este No.: 2011EE34848 O 1 Fol: 1 Anex: 0
ORIGEN: 788 - OFICINA JURIDICA/ROMERO CRUZ RAFAEL ENRIQUE
DESTINO: MUNICIPIO DE INIRIDA/HECTOR WILLINTONG ORTIZ ROSER
ASUNTO: ANTICIPO EN CONTRATOS ESTATALES CORRECTA INVERSI
OBS: PROYECTO: ROSSY JULIANA ASCENCIO PACHON

Ref. ANTICIPO EN CONTRATOS ESTATALES. Correcta inversión.

1- SOLICITUD DE CONCEPTO.

Mediante radicado ER31601 del 11 de abril de 2011, la Gerente Departamental del Guainía de la Contraloría General de la República remitió a este Despacho su consulta, mediante la que solicita:

"(...) me permito solicitar (...) la emisión de un concepto jurídico relacionado con el tema de la correcta inversión de anticipos en los contratos de obra pública. Requiero plena claridad sobre en qué puede ser invertido, si solo se pueden incluir los materiales utilizados en la obra o se puede gastar también en el pago de mano de obra, pagos de nómina u otros costos inherentes al contrato".

2. CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

En primer lugar es preciso aclarar que los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general, que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares y no tienen carácter obligatorio, ni vinculante.

Aclarado lo anterior, precisa este Despacho recordar al consultante en primer lugar, que cuando una entidad estatal entrega a un contratista un "anticipo" para la ejecución de un contrato estatal, no está efectuando un "pago", sino permitiendo una financiación de la ejecución del objeto contractual con recursos públicos, que temporalmente son administrados por el contratista, tal como lo dispuso la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante Sentencia Radicada 19.709 de noviembre 10 de 2000 y que por su pertinencia, se transcribe parcialmente a continuación:

"el anticipo, diferente a pago anticipado, son dineros de la Administración, administrados por el contratista. Tanto es así que el contratista tiene que presentar una garantía única, en la cual se ampara entre otros el manejo del anticipo y dicho anticipo lo va amortizando el contratista, por descuentos que le hace la Administración a las sumas que ésta misma le debe pagar".

Nuestra Visión: Ser una entidad referente de control y vigilancia fiscal, nacional e internacional, moderna, oportuna, generadora de confianza, abierta a la participación ciudadana, promotora de transparencia y de las mejores prácticas de desempeño en la gestión pública.

Nuestra Misión: Vigilar y controlar, oportuna y efectivamente, los recursos públicos destinados al cumplimiento de los fines esenciales del Estado Social de Derecho

Así las cosas, esta administración temporal de recursos públicos por parte del contratista, lo convierte en gestor fiscal y por lo tanto, en responsable fiscal, si con su conducta dolosa o culposa, genera daño patrimonial al Estado, consistente en un "menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado"¹.

En este orden, es preciso definir ¿qué se entiende por buen manejo del anticipo?, o en otras palabras, ¿cuál es el alcance que tiene la garantía que constituyen las entidades aseguradoras cuando expiden una póliza que garantice el buen manejo del anticipo?

Encuentra este Despacho que cuando las entidades estatales entregan recursos públicos para que particulares (*en este caso contratistas*) los administren, asumen el riesgo de que estos recursos no se inviertan, que se usen indebidamente o que sean objeto de apropiación indebida por parte de dichos particulares.

Por lo anterior, si una entidad estatal decide entregar a un contratista un anticipo para la ejecución de un contrato, dicho anticipo debe encontrarse debidamente justificado en los estudios previos y debe representar algún beneficio económico para la entidad contratante, que a la vez, debe verse reflejado en el precio del contrato, porque dicho precio no puede ser el mismo cuando se entrega anticipo, que cuando no.

En este orden, si una entidad estatal decide obtener un beneficio económico, mediante la entrega de un anticipo a un contratista, debe: (1) Exigir garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo² equivalente al ciento por ciento (100%) del monto que el contratista reciba a título de anticipo, en dinero o en especie³; y (2) Prever y controlar los riesgos de: (i) no inversión, (ii) uso indebido y (iii) apropiación indebida de los recursos públicos entregados como anticipo⁴.

Así las cosas, para determinar si un contratista invirtió correctamente o no los recursos que le fueron entregados como anticipo, se debe tener un "referente" que permita

¹ Art. 6 de la Ley 610 de 2000.

² Art. 4, literal b), i) del Decreto 4828 de 2008, que establece: "Buen manejo y correcta inversión del anticipo. El amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo cubre a la entidad estatal contratante, de los perjuicios sufridos con ocasión de (i) la no inversión; (ii) el uso indebido, y (iii) la apropiación indebida que el contratista garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo para la ejecución del contrato. Cuando se trate de bienes entregados como anticipo, estos deberán tasarse en dinero en el contrato.

³ Art. 7, literal b) del Decreto 4828 de 2008.

⁴ Art. 3 del Decreto 2474 de 2008.

Nuestra Visión: Ser una entidad referente de control y vigilancia fiscal, nacional e internacional, moderna, oportuna, generadora de confianza, abierta a la participación ciudadana, promotora de transparencia y de las mejores prácticas de desempeño en la gestión pública.

comparar "las inversiones realizadas" con "las inversiones que debía realizar" y la oportunidad en la que debía hacerlo.

En este orden, de conformidad con el Art. 40, inciso 2 de la Ley 80 de 1993, "En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración". (Subrayado es nuestro)

Por lo anterior, una responsable administración de los recursos públicos⁵ exige que antes de la iniciación de la ejecución del contrato, las partes tengan certeza respecto de las inversiones que se pueden realizar con cargo al anticipo entregado y la oportunidad en las que se deben efectuar, suscribiendo para ello, un "plan de inversión del anticipo" y un "cronograma de ejecución", que serán objeto de estricta verificación por parte del interventor o supervisor del contrato.

Así mismo, aunque la legislación ya no lo exige, las entidades estatales pueden prever en sus estudios previos y pactar en sus contratos, la obligación que contenía el Art. 7 del Decreto 2170 de 2002, que permitía controlar mejor los riesgos de (i) no inversión, (ii) uso indebido y (iii) apropiación indebida de los recursos públicos entregados como anticipo; y que consistía en que el contratista debía manejar estos recursos en una cuenta bancaria independiente, abierta a nombre del contratista y de la entidad estatal, y cuyos rendimientos financieros pertenecían a la entidad contratante.

En cuanto a la destinación del anticipo, la legislación no limita el contenido de su plan de inversión, sino que por el contrario, permite que las partes lo definan y justifiquen en cada caso, teniendo en cuenta "el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines"⁶.

Por lo anterior, no corresponde a este Despacho entregar una relación de los gastos que pueden ser incluidos en el plan de inversión del anticipo de un contrato, porque en cada caso, son las partes las que deben definirlo y justificarlo, teniendo en cuenta si se trata de gastos que afectan el precio del contrato, porque implican un financiamiento directo o externo, necesario para su ejecución.

⁵ De conformidad con el Art. 26, numeral 4 de la Ley 80 de 1993, establece que las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.

⁶ Art. 3 de la Ley 80 de 1993.

Nuestra Visión: Ser una entidad referente de control y vigilancia fiscal, nacional e internacional, moderna, oportuna, generadora de confianza, abierta a la participación ciudadana, promotora de transparencia y de las mejores prácticas de desempeño en la gestión pública.

Nuestra Misión: Vigilar y controlar, oportuna y efectivamente, los recursos públicos destinados al cumplimiento de los fines esenciales del Estado Social de Derecho

En virtud de ser la Oficina Jurídica una dependencia asesora, al interior de la Contraloría General de la República sus conceptos fijan la posición jurídica de la entidad⁷; mientras que respecto de terceros, sus conceptos tienen el carácter que les atribuye el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, es decir que carecen de fuerza vinculante.

Le informamos que los conceptos expresados por esta dependencia con relación a éste y otros temas pueden ser consultados visitando el enlace "Normatividad – Conceptos" de nuestro portal institucional: <http://www.contraloriagen.gov.co>

Cordialmente,


RAFAEL ENRIQUE ROMERO CRUZ
Director Oficina Jurídica

Copia:
Proyectó:
Revisó:

Radicado:

Dra. Claudia Liliana Toro Chala, Gerente Departamental de Guainía
Rosy Liliana Ascencio Pachón, Profesional Universitario
Juan Carlos Luna Rosero, Coordinador de Gestión
María Fernanda Rojas Castellanos, Asesora de Gestión
ER31601

18 MAY 2011

⁷ Circular No. 017 de noviembre 17 de 2000 y Art. 43, numeral 16 del Decreto Ley 267 de 2000.

Nuestra Visión: Ser una entidad referente de control y vigilancia fiscal, nacional e internacional, moderna, oportuna, generadora de confianza, abierta a la participación ciudadana, promotora de transparencia y de las mejores prácticas de desempeño en la gestión pública.