

CONCEPTO 32705 DE 2023

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

## SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: [arealpe@sena.edu.co](mailto:arealpe@sena.edu.co); Andrea Lorena Realpe Gaviria, Coordinadora Grupo de Gestión de Convenios - Dirección de Promoción y Relaciones Corporativas - Dirección General - 1-0015

DE: Gloria Acosta Contreras - Coordinadora Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa - Dirección Jurídica – Dirección General - 1-0014

ASUNTO: Concepto anticipo y pago anticipado en contratos o convenios que celebren las entidades estatales

(...)

Mediante correo electrónico de fecha 6 de junio de 2023 radicado con el número 01-9-2023-030473 formula la siguiente consulta: ante la posibilidad de suscripción de Convenios Nacionales o Internacionales, en la etapa preparatoria, el posible conviniente exige un único pago de manera anticipada para su ejecución, cuál podría ser la manera más apropiada conforme a derecho, de aceptar dicho planteamiento en aras de no perder la posible negociación.

### ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

En este punto es necesario advertir que el Grupo de Concepto Jurídicos y Producción Normativa de la Dirección Jurídica no resuelve ni se pronuncia sobre asuntos o casos mediante los cuales se ventilen o pretendan resolver asuntos de carácter particular y concreto.

### PRECEDENTES NORMATIVOS

Código Civil – artículos [1502](#), [1602](#), [1494](#) y [1495](#)

Decreto 410 de 1971 “Por el cual se expide el Código de Comercio” – artículo [864](#)

Ley 80 de 1993 - “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” - artículos [13](#), [32](#), [40](#), [41](#)

Ley [1150](#) de 2007 - 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 – artículo [20](#)

Ley [489](#) de 1998 - “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo [189](#) de la

Constitución Política y se dictan otras disposiciones” - artículo [96](#).

Decreto 092 de 2017 “Por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política”.

Sentencia de 28 de abril de 2010 - Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez, radicación número: 44001-23-31-000-1998-00450-01(17935)]

Sentencia de 22 de junio de 2001 - Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicación 13436.

Sentencia de 29 de agosto de 2007 - Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera- radicación 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854) Consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez]

Sentencia C -934 de 2013 - Corte Constitucional

Concepto 00102 de 8 de marzo de 2017 - Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado - consejero ponente Edgar González López, radicación número: 11001-03-06-000-2016-00102-00([2298](#))

Concepto 037 de 2023 (05-04-2023) - Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente

Concepto 47747 de 2014 - Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa.

Manual de Gestión de Convenios del SENA – adoptado por Resolución [1090](#) de 2022 – (Plataforma Compromiso – Código: GJ-M-001 (2022-06-30 - versión 4)

## ANÁLISIS

### 1o. CONVENIOS Y CONTRATOS- AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

El Acuerdo de Voluntades, en términos generales, es el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o varias personas naturales o jurídicas.

Al respecto, la Corte Constitucional en SentenciaC -934 de 2013 expresó: “La autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación”.

Significa lo anterior que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden libremente definir los términos y el contenido del contrato, es decir, tienen la autonomía de contratar o no, y estará sujeto a las normas que le sean aplicables, a la naturaleza jurídica de las partes que lo suscriben y cumplirá con las solemnidades que las normas pertinentes determinen.

La legislación colombiana consagra en el artículo [1602](#) del Código Civil que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Por su parte, el Decreto [410](#) de 1971 “Por el cual se expide el Código de Comercio” establece:

“ARTÍCULO [864](#). DEFINICIÓN DE CONTRATO. El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta (...).”(Negrilla y subrayado fuera de texto).

En armonía con lo anterior, el artículo [1495](#) del Código Civil define el contrato o convención como “un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”.

Conviene indicar que, si bien la ley no establece la diferencia entre convenio y contrato como negocios jurídicos surgidos de la autonomía de la voluntad, no es menos cierto que tradicionalmente se han diferenciado en cuanto a su contenido patrimonial.

Sobre el particular, el Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa en Concepto 47747 de 2014 expresó:

“(...) En relación con este tema, por vía de doctrina, el doctor Jorge Enrique Santos Rodríguez ha señalado esta diferencia en los siguientes términos:

“Como lo acabamos de enunciar y explicar, la aplicación de la teoría de la causa consagrada dentro de nuestro derecho positivo (cfr. artículo [1524](#) del Código Civil) implica que el contrato es un verdadero acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, en el cual los sujetos de derecho que intervienen en la relación jurídico- comercial acuden con intereses disímiles y contrapuestos. A su vez y acuerdo con lo expuesto, el contrato de la administración tiene el mismo contenido, pero tiene como especialidad que uno de los sujetos que interviene en el acuerdo de voluntades – la administración pública – goza de una cualificación jurídica especial que hace que el régimen jurídico aplicable sea igualmente especial.

En oposición a lo anterior, pero también teniendo en cuenta el ingrediente subjetivo que implica la presencia de la administración pública como sujeto jurídico cualificada, puede afirmarse que el convenio de la administración es también un negocio jurídico, pues existe una expresión de voluntades que también genera efectos jurídicos en el sentido de crear, modificar o extinguir una o varias obligaciones, (...).”

En efecto, en los convenios las partes acuerdan hacer aportes para un fin o propósito común, sin que ninguno de las partes busque obtener beneficios distintos al cumplimiento de los fines y objetivos concertados conjuntamente.

Por su parte, el contrato sí tiene un contenido esencialmente patrimonial y económico, pues siempre se pacta un precio o un valor a favor de una de las partes como contraprestación de la

obligación adquirida en el acuerdo de voluntades. Los convenios que celebren los organismos y entidades públicos parten del supuesto de que los intereses de las partes son coincidentes. En ese sentido, las partes del convenio unen esfuerzos para sacar adelante un cometido común.

Finalmente, sobre los contratos y convenios que celebren las entidades estatales, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto 00102 de 8 de marzo de 2017 precisó:

“(…) los convenios gozan de una naturaleza distinta a la de los contratos estatales, aunque ambos institutos se configuren como negocios jurídicos, caracterizados por la existencia de un acuerdo de voluntades generador de obligaciones jurídicas para cada una de las partes.

Así, mientras que los contratos estatales son negocios jurídicos mediante los cuales un sujeto particular u otra entidad del estado (llamada contratista) se obliga con la otra (entidad contratante) a una determinada prestación (dar, hacer o no hacer), mientras que esta última se obliga a pagar un precio o remuneración en contraprestación a la prestación del contratista, los convenios estatales son productos del criterio de la asociación de esfuerzos entre las partes cooperantes, para obtener fines que le son propios a cada uno de ellos.

Dicho de otra forma, los convenios celebrados por la administración comportan la conjunción de voluntades en torno a intereses que son compartidos por ambos cooperantes, lo que excluye la existencia de intereses patrimoniales contrapuestos sobre el negocio. [Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, consejero ponente Edgar González López, radicación número: 11001-03-06-000-2016-00102-00([2298](#))]

## 2o. CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En el caso de la contratación estatal en Colombia, la Ley 80 de 1993 en su artículo [32](#) establece que “son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)”.

De igual manera, los artículos [13](#), [40](#) y [41](#) ibidem prevén:

“ARTÍCULO [13](#). DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley...”

“Artículo [40](#). Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

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. (Negrillas y subrayado fuera de texto)

“Artículo [41](#). Del Perfeccionamiento del Contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito...”

De lo anterior se infiere que cuando una de las partes es una entidad estatal también está presente el principio de la autonomía de la voluntad como elemento determinante para la existencia y celebración de los contratos, dentro de los límites, exigencias y condiciones impuestas por la ley.

En este punto cabe recordar que la actividad contractual del Estado se desarrolla en virtud de los principios consagrados en la Ley [80](#) de 1993 y en la Ley [1150](#) de 2007, así como en los postulados que rigen la función administrativa (artículo [209](#) Constitución Política) [\[1\]](#), y en especial en el principio de Planeación [\[2\]](#), lo cual se ve reflejado en los Estudios Previos que corresponden al análisis que el área interesada debió realizar sobre la necesidad del bien, obra o servicio requeridos, la necesidad técnica, los soportes y condiciones del contrato o convenio a celebrarse con el fin de garantizar el cumplimiento de los fines del Estado. (Ver Manual de Contratación Administrativa del SENA)

### 3o. CONVENIOS

Mediante el Decreto 092 de 2017 se reglamentó la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo [355](#) de la Constitución Política para impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional de Desarrollo o los planes seccionales de Desarrollo.

Las entidades sin ánimo de lucro, entre las cuales se encuentran, entre otras, las asociaciones o corporaciones, fundaciones, cooperativas, son personas jurídicas distintas de sus asociados, es decir, son sujetos de derechos y obligaciones; no tienen ánimo de lucro, pues no reparten utilidades; tienen fines sociales y son regladas, es decir, están definidas en la ley y para su existencia y validez requieren el cumplimiento de formalidades previstas en la ley.

La Ley 489 de 1998, por su parte, en su artículo [96](#) regula la celebración de convenios de asociación entre entidades públicas y personas jurídicas privadas, los cuales se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo [355](#) de la Constitución Política.

“ARTICULO [96](#). CONSTITUCION DE ASOCIACIONES Y FUNDACIONES PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS ACTIVIDADES PROPIAS DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS CON PARTICIPACION DE PARTICULARES. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo [209](#) de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad

con lo dispuesto en el artículo [355](#) de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes...”

En relación con los convenios, en el SENA mediante Resolución 1090 de 2022 (plataforma Compromiso – Código: GJ-M-001 -2022-06-30 versión 4) se adoptó el Manual para la Gestión de Convenios, en el cual no se define el Convenio como tal, sino que consagra la tipología de los convenios a suscribir: (i) De acuerdo con la ejecución: a. Convenio Marco; b. Derivado; c) De ejecución Directa. (ii) Según normatividad aplicable y naturaleza jurídica de las partes: Convenios Interadministrativos, Convenios de Asociación, Convenios Especiales de Cooperación para actividades ciencia, tecnología e innovación, Convenios de Cooperación Internacional, Convenios Docencia- Servicio, Convenios de Ampliación de Cobertura, Convenios de Cooperación Técnica Nacional e Internacional.

Respecto a la tipología de convenios, conviene destacar:

Los Convenios Marco se caracterizan por plasmar la voluntad de las partes enfocada hacia el desarrollo de un objetivo de ejecución conjunta, mediante el cual se establecen las condiciones generales en que se desarrollará la relación convencional, sin que implique el compromiso de recursos.

Los Convenios Derivados en los cuales las partes ejecutan actividades concretas y detalladas, si se comprometen recursos de cualquier índole.

Los Convenios de Ejecución Directa contemplan las líneas generales y específicas de un objeto convencional determinado sin limitación para la cuantía, sino al cumplimiento de las disposiciones legales e internas preconventionales, convencionales y posconvencionales.

Ahora, sobre el trámite de los convenios, el Manual de Gestión de Convenios del SENA en el numeral 13 prevé:

“Valor del Convenio: corresponde a la cuantificación de los aportes de cada parte, lo cual debe coincidir con lo previsto en los estudios y documentos previos, cuando a ello hubiere lugar (PAA, Viabilidad Presupuestal emitido por la Dirección de Planeación y Dirección de Planeación Corporativo, CDP)

“Desembolsos: indica las condiciones y plazo en que se realizarán los desembolsos, si aplica”

#### 4o. ANTICIPO Y PAGO ANTICIPADO

La Ley [80](#) de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” establece en su artículo:

“ARTÍCULO [40](#). DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL. (...)

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.

Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales...” (Negrillas y subrayado fuera de texto)

Sobre el concepto de anticipo y pago anticipado, el Consejo de Estado en Sentencia de 22 de junio de 2001 indicó:

"... 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 amortice con los pagos posteriores que se facturen durante la ejecución del contrato.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicación 13436)

En suma, (i) el anticipo es un adelanto o avance del precio del contrato destinado a que avance el cumplimiento del objeto contractual, de manera que los recursos girados por dicho concepto solo se integran al patrimonio del contratista en la medida que se cause su amortización mediante la ejecución de actividades programadas del contrato. (ii) El pago anticipado es un pago efectivo del precio de forma que los recursos se integran al patrimonio del contratista desde su desembolso.

Ahora, respecto al límite establecido en el artículo [40](#) de la Ley 80 de 1993 para la entrega de anticipos o pago anticipado, el Consejo de Estado en Sentencia de 28 de abril de 2010 expresó:

“(…) Desde la perspectiva de la naturaleza de las normas jurídicas, la Sala encuentra que la primera parte de la norma transcrita [artículo [40](#) de la Ley 80] se puede calificar como dispositiva y la segunda, necesariamente, como imperativa. En efecto, según la concepción y el texto mismo de la norma legal transcrita las partes contractuales pueden decidir libremente si habrá, o no, pago anticipado o anticipo y en tal sentido la norma es dispositiva, pero en el supuesto de que las respectivas partes contractuales, en ejercicio de su autonomía, pacten un pago anticipado o un anticipo, la segunda parte de la norma tiene un carácter diferente al que se advierte en la primera, puesto que de manera inequívoca y perentoria se prescribe, a manera de prohibición, que el monto del anticipo “no podrá exceder” del porcentaje indicado. De acuerdo con lo anterior, la



Sala considera que cualquier acuerdo que celebren las partes y que se incluya en una cláusula contractual, en virtud del cual se establezca una suma superior al “cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato” a título de pago anticipado o anticipo, constituye una violación del parágrafo del artículo [40](#) de la Ley 80 de 1993...” [Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez, radicación número: 44001-23-31-000-1998-00450-01(17935)]

Sobre la posibilidad de pactar anticipos o pagos anticipados en los convenios que celebren las entidades estatales, la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente en Concepto 037 de 2023 (05-04-2023) sostuvo:

“ (...) De acuerdo con lo expuesto, lo señalado en el parágrafo del artículo [40](#) de la Ley 80 de 1993 y en el artículo [2.2.1.2.3.1.7](#) del Decreto 1082 de 2015 resulta aplicable en los convenios de asociación celebrados con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017. Esto en virtud de la remisión que el artículo 8 del Decreto 092 de 2017, el cual indica que “La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto”.

En ese sentido, no habiendo una regulación especial de los anticipos en el Decreto 092 de 2017, es claro que los anticipos que se pacten en el marco de convenios de asociación deberán sujetarse a estas disposiciones. Esto significa que en estos negocios jurídicos los anticipos que se convengan no podrán superar el cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato y exigirán la constitución de garantía que ampare el buen manejo y correcta inversión del anticipo...”

Sin embargo, sobre la aplicación de las normas de los contratos que se celebren en exterior o que se celebren en Colombia y deban ejecutarse en el exterior, el artículo [13](#) de la Ley 80 de 1993 establece:

“ARTÍCULO [13](#). DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. (...)

Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.

Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera.

Así mismo, el artículo [20](#) de la Ley 1150 de 2007 dispone:

“Artículo [20](#). De la contratación con organismos internacionales. Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. En caso contrario, se someterán a los procedimientos establecidos en la Ley [80](#) de 1993. Los recursos de contrapartida vinculados a estas operaciones podrán tener el mismo tratamiento.

Los contratos o convenios celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de derecho internacional cuyo objeto sea el desarrollo de programas de promoción, prevención y



atención en salud; contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT; contratos y convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos; contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos; contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM; los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades.

Las entidades estatales no podrán celebrar contratos o convenios para la administración o gerencia de sus recursos propios o de aquellos que les asignen los presupuestos públicos, con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional.

Parágrafo 1o. Los contratos o acuerdos celebrados con personas extranjeras de derecho público, podrán someterse a las reglas de tales organismos.

Parágrafo 2o. Las entidades estatales tendrán la obligación de reportar la información a los organismos de control y al Secop relativa a la ejecución de los contratos a los que se refiere el presente artículo.

Parágrafo 3o. En todo Proyecto de cooperación que involucre recursos estatales se deberán cuantificar en moneda nacional, los aportes en especie de la entidad, organización o persona cooperante, así como los del ente nacional colombiano. Las contralorías ejercerán el control fiscal sobre los proyectos y contratos celebrados con organismos multilaterales”. (Negrillas y subrayado fuera de texto original)

## CONCLUSIÓN

Visto lo anterior encontramos que las entidades estatales, como es el caso del SENA dada su naturaleza jurídica de establecimiento público del orden nacional, tienen la potestad para celebrar con aquellas personas consideradas legalmente capaces [3] todos los actos jurídicos – contratos o convenios - generadores de obligaciones previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen en el artículo [32](#) de la Ley 80 de 1993.

Si bien las disposiciones del derecho privado han de aplicarse dentro de la contratación de las entidades públicas en armonía con los principios de la función administrativa, no es menos cierto que esta facultad no es absoluta frente a la contratación en que una de las partes sea una entidad estatal, por cuanto el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública consagra una serie de condiciones, requisitos y exigencias que deben observarse y cumplirse en la celebración, ejecución, terminación y liquidación de los contratos que celebren las entidades estatales.

Dentro de estas condiciones o exigencias se encuentra lo dispuesto en el parágrafo del artículo [40](#) de la Ley 80 de 1993 en virtud del cual las entidades estatales tienen la posibilidad de pactar en los contratos que celebren pagos anticipados o anticipos, siempre y cuando su monto no supere el 50% del valor del contrato. Sin embargo, pactar o incluir una cláusula contractual que establezca una suma o porcentaje superior constituye una violación a la limitación impuesta por el parágrafo del artículo [40](#) de la Ley 80 de 1993, tal como lo señaló el Consejo de Estado en el fallo antes

comentado, a menos que nos encontremos frente a lo dispuesto en el artículo [13](#) de la Ley 80 de 1993 y en el artículo [20](#) de la ley 1150 de 2007.

Así las cosas, sin perjuicio de lo previsto en el artículo [13](#) de la Ley 80 de 1993 y en el artículo [20](#) de la Ley 1150 de 2007, en el caso de los convenios que celebren las entidades estatales de acuerdo con su naturaleza, objeto, tipología, objetivos, actividades, valor estimado del convenio, tipo de recursos con cargo a los cuales la entidad estatal pagará el bien, obra o servicio, cuando a ello hubiere lugar, podrá pactarse la entrega de anticipos o el pago anticipado, de acuerdo con las normas legales que los regulan, caso en el cual su monto no podrá ser superior al establecido en el parágrafo del artículo [40](#) de la Ley 80 de 1993, como bien lo expresó Colombia Compra Eficiente en el concepto 037 de 5 de abril de 2023 a que antes se hizo mención.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley [1755](#) de 2015. Lo anterior no sin advertir, que el mismo se encuentra sujeto a las modificaciones legales y jurisprudenciales que se expidan y acojan dentro del asunto.

Cordial saludo,

GLORIA ACOSTA CONTRERAS  
Coordinadora

Grupo Conceptos Jurídicos y Producción Normativa -  
Dirección Jurídica- Dirección General

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>

[1] El artículo [209](#) de la Constitución Política establece que "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones".

[2] Sobre el Principio de Planeación en la actividad contractual de las entidades estatales, el Consejo de Estado se pronunció en Sentencia de 29 de agosto de 2007:

“ (...) La jurisprudencia de la Sala ha sostenido repetidamente, y así lo reitera ahora, que en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato;... (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria...”. [Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera- radicación 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854) Consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez]

[3] Código Civil: “ARTICULO [1502](#).. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1o.) que sea legalmente capaz. 2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito. 4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra”.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

