

CONCEPTO 56133 DE 2008

(julio 18)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE

Bogotá D.C.,

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Asunto: Pacto entre SENA y contratista - Pago de anticipo sobre la contratación que se tiene vigente y/o sobre las adiciones que se llegaren a realizar.

En atención a su comunicación No. 8-2008-018161 del 14 de julio de 2008 mediante el cual consulta si es posible pactar entre el SENA y el contratista el pago de anticipo sobre la contratación que se tiene vigente y/o sobre las adiciones que se llegaren a realizar, teniendo en cuenta los antecedentes que allega mediante la comunicación No. 8-2008-018196 del 15 de julio del presente año, es preciso señalar:

HECHOS

1. El centro de Comercio industria y turismo del SENA Regional Quindío suscribió con la Cooperativa de Trabajo Asociado para el servicio y la comunidad humana "FORMACOOPT C.T.A" el contrato de prestación de servicios No. 001 del 15 de febrero de 2008, cuyo objeto es la prestación de servicios mediante la ejecución de horas de formación profesional y el desarrollo del proceso de formación profesional con personal profesional, tecnólogo y técnico en la modalidad de instructor virtual y servicios de apoyo a la formación en el centro de Comercio industria y turismo del SENA Regional Quindío; por un valor de \$ 1.296.128.660.00 pesos y con un plazo: desde su perfeccionamiento hasta el 31 de diciembre de 2008.

2. De igual manera, el centro Agroindustrial del SENA Regional Quindío suscribió con la Cooperativa de Trabajo Asociado para el servicio y la comunidad humana "FORMACOOPT C.T.A" el contrato de prestación de servicios No. 009 del 6 de mayo de 2008, cuyo objeto es la prestación de servicios mediante la ejecución de 25.312 horas de formación profesional y el desarrollo del proceso de formación profesional con personal profesional, tecnólogo y técnico en la modalidad de instructor virtual y servicios de apoyo a la formación en el Centro Agroindustrial del SENA Regional Quindío; por un valor de \$ 893.626.146.00 pesos y con un plazo: desde su perfeccionamiento hasta el 31 de diciembre de 2008.

3. Informa que FARMACOOPT CTA, fue creada en el segundo semestre del 2007, para atender la contratación desde febrero de 2008, razón por la cual se encuentra logrando un punto de equilibrio económico para atender con puntualidad los pagos, a la fecha la cooperativa ya realizó en su totalidad los pagos a los trabajadores asociados. Sin embargo solicita la posibilidad de pactar con el contratista el pago de anticipo en un porcentaje moderado que bien puede estar entre el 20 y 30% lo cual permitirá que se garantice la normalidad en las obligaciones adquiridas por el CONTRATISTA. Lo anterior para atender solicitud de parte de la Cooperativa.

FUNDAMENTO JURIDICO

Sobre la entrega de anticipo el parágrafo del artículo [40](#) de la Ley 80 de 1993, establece lo siguiente:

PARAGRAFO. 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.” (Negrilla fuera de texto).

A su vez, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Tercera, expresó en la Sentencia 13436 de Junio 22 de 2001, que:

"... 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.”**

De igual manera, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia del 29 de enero de 2004, exp. 10779, señaló:

“Anticipos. Por tratarse de una suma de dinero que se entrega anticipadamente al contratista no constituye una suma debida a título de pago, razón por la cual su falta de entrega oportuna no conduce a la condena, por intereses moratorios, cuestión diferente a la existencia de los perjuicios derivados de tal omisión. Falta de pago de las actas de reajuste. Incumplimiento de las obligaciones derivadas de la mayor permanencia en la obra.” (Negrilla fuera de texto)

Unido a lo anterior, la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República en concepto dirigido a la Secretaría de Hacienda de la Gobernación del Guaviare el 17 de Marzo de 2004, indicó que el anticipo se puede entender como los recursos que la entidad entrega al contratista (incluso antes de la ejecución del contrato), con el fin de financiarlo y no como un pago de los trabajos o labores ya realizados.

De conformidad con lo anterior, se tiene que el anticipo es la suma de dinero o valores que se entregan al contratista para ser destinadas al cubrimiento de los costos en que éste debe incurrir para iniciar la ejecución del objeto contractual, es decir cuando aun no se ha prestado el servicio por el contratista; bajo estas condiciones se exige que el mismo sea amparado con una garantía consistente en una póliza de seguro correspondiente al 100% de su valor como también que se amortice durante la ejecución del contrato⁽¹⁾.

La amortización hace referencia al descuento que debe hacer la entidad estatal de la suma entregada al contratista, es decir que tales dineros no entran a formar parte del patrimonio del particular pues su finalidad es financiar el objeto contractual, por tanto poseen el carácter de dineros públicos.

Cabe resaltar que el numeral 6 de la Directiva Presidencial No. 12 de 2002 en lo que atañe a las figuras del “Anticipo”, advierte unas condiciones que se deben cumplirse cabalmente:

“6. Manejo de pagos anticipados y anticipos en la contratación estatal salvo casos excepcionales plenamente justificados y motivados, las entidades no pactarán pagos anticipados. (...)

Deberá estipularse **en los contratos estatales que la entidad pública contratante es la propietaria de los recursos entregados en calidad de anticipo** y en consecuencia los rendimientos financieros que los mismos generen pertenecen al Tesoro (...).(Negrilla fuera de texto).

Similares obligaciones se establecen en la Directiva No. 04 del 4 de Abril de 2003 cuando ordena, que para el caso de los anticipos debe establecerse como criterio, para la entrega de los recursos, que se realice utilizando instrumentos financieros que aseguren el manejo transparente de los dineros y su destinación exclusiva al contrato. Además volvió a indicar que deberá estipularse en los contratos estatales que la entidad pública contratante es la propietaria de los recursos entregados en calidad de anticipo, y en consecuencia, los rendimientos financieros que los mismos generen pertenecerán al Tesoro, y que en el caso del SENA deben reintegrarse a la Tesorería de la Entidad.

Por consiguiente, el anticipo solo se da en casos excepcionales y siempre y cuando se encuentre justificado el porque del anticipo, es por ello que en los pliegos de condiciones de los diversos procesos de selección de contratistas, así como en las minutas de los contratos, cuando se pacte “Anticipo”, se debe pactar los lineamientos anteriormente previstos.

Por otra parte el anticipo puede ser pactado en contratos de tracto sucesivo, como en los de obra, a excepción de los contratos de prestación de servicios personales⁽²⁾, pues se entiende que no se requiere de anticipo para esta clase de su contrato por la naturaleza del mismo.

CONCEPTO

Sentado lo anterior y teniendo en cuenta los hechos precitados, se encuentra que los contratos de prestación de servicios suscritos por el Centro de Comercio industria y turismo y el centro Agroindustrial del SENA regional Quindío, son del 15 de febrero de 2008 y del 6 de mayo de 2008, respectivamente, luego entonces, dichos contratos se encuentran en ejecución por lo que no es viable entregar a título de anticipo al contratista dinero o especie para la ejecución del mismo, pues este anticipo se entregan al contratista para ser destinadas al cubrimiento de los costos en que éste debe incurrir para iniciar la ejecución del objeto contractual.

De igual manera frente a la solicitud que hace la cooperativa en el sentido de que se requiere del anticipo para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales se tiene que en el momento de participar en la licitación pública, se le hizo una evaluación financiera y económica, en la cual se determinaba que económicamente podría cumplir con el objeto del contrato, y el aceptar esta clase de anticipos podría generar una desigualdad frente a los demás proponentes que presentaron sus ofertas y no fueron tenidos en cuenta por no cumplir con la parte financiera.

Finalmente, el anticipo solo se debe dar en casos excepcionales los cuales deben estar debidamente justificados y motivados, de conformidad con lo señalado en la directiva presidencial No. 12 de 2002 y 04 del 4 de Abril de 2003.

Atentamente,

MARTHA BIBIANA LOZANO MEDINA

Proyecto: Cristy García.

NIS: 2008-02-055932

2008-02-056133

NOTAS AL FINAL:

1. Concepto No. 80112 EE7461, del 7 de febrero de 2006, Oficina Jurídica Contraloría General de la Nación, y el artículo 17 del Decreto 679 de 1994

2. Dávila Vinuesa Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Segunda edición. Legis, Bogotá, 2003, página 395 a la 397.



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)

