

El Anticipo en los Contratos de Obra con el Estado

Hugo Antonio Moran Bravo /Autor ¹

Rafael Granja Peláez /Autor ²

Dra.Gisette carolina Benavides Mendoza/Tutor³

Resumen

A nivel general, la interventoría a pesar de su importancia en el ámbito de la contratación pública como una herramienta de control de los recursos públicos, es una figura que no está ampliamente desarrollada en las Normas vigentes y mucho menos reglamentada, lo que puede generar equivocaciones en el entendimiento del alcance, funciones, y responsabilidades, con las consecuencias que se puedan derivar por una mala actuación o un entendimiento equivocado de las obligaciones de los interventores.

Este vacío en la Norma de no contar con una definición clara del alcance, finalidad y objeto de la interventoría y un limitado desarrollo normativo y jurisprudencial, resulta de interés conocer hasta donde se extienden las facultades del interventor en el seguimiento, control y verificación de un contrato de obra civil, en los aspectos técnicos, administrativos, financieros, ambientales y jurídicos; entre otros.

Ahora bien, en el desarrollo de las interventorías es quizá el componente técnico el que se encuentra más desarrollado, pues básicamente se traduce en lograr que el proyecto se realice de conformidad con los diseños, planos y especificaciones, lo cual tiene un buen respaldo en los reglamentos de construcción, Normas Técnicas y en los conocimientos especializados que se tiene a nivel de los profesionales que participan en la ejecución de una obra y de quienes hacen el control de la misma.

Igual tratar de abarcar todos los campos que la interventoría sugiere nos lleva a tener un panorama demasiado amplio del tema y surge la necesidad de establecer aspectos más puntuales para desarrollar esta investigación y es por eso que este trabajo se realizará sobre los aspectos administrativos y financieros que sean de competencia de la interventoría en el desarrollo de un contrato de obra civil.

La utilidad del tema en comento se fundamenta, no solo por la importancia que revisten los asuntos de carácter administrativo y financiero de un contrato, sino que además son aspectos sobre los cuales la normatividad es escasa y su desconocimiento o mala aplicación puede perfectamente acarrear serios inconvenientes a los profesionales que se dedican a la interventoría de contratos de

¹ Autor de contacto: Hugo Antonio Moran Bravo INGENIERO CIVIL los estudios realizados: INGENIERIA CIVIL DE la universidad DE NARIÑO, Correo electrónico: hugoantoniomoranbravo@gmail.com contacto@correo.com teléfono: 311-3897149

² Autor: Rafael Granja Pelaez ARQUITECTO los estudios realizados, ARQUITECTURA DE la universidad de AMERICA -BOGOTA D.C, Correo electrónico: rafaelgranjapelaez@gmail.com teléfono: 320-7645880

³ Director: Lisette Carolina Benavides Mendoza, Docente Universidad Santo tomas Bucaramanga, USTABUCA

El conocimiento real y práctico de las funciones administrativas y financieras que deben desarrollarse como parte del seguimiento y control de los contratos objeto de la interventoría, constituye una herramienta fundamental para el desarrollo de la ingeniería a nivel de consultoría en la supervisión o interventoría de contratos de obra civil, aplicable al contexto nacional y como fuente de consulta para los profesionales de la ingeniería y de la Arquitectura que se inician en las labores de interventoría, al contar con un escrito que compendie lo relacionado con los anticipos en los contratos de obra, a la luz de la normatividad vigentes en materia de contratación pública.

Abstract

Generally speaking, auditing, despite its importance in the field of public procurement as a tool for controlling public resources, is not widely developed in current regulations, much less regulated. This can lead to misunderstandings regarding the scope, functions, and responsibilities, with the consequences that may arise from poor performance or a misunderstanding of the auditors' obligations.

This gap in the regulations, due to the lack of a clear definition of the scope, purpose, and objective of auditing and the limited regulatory and jurisprudential development, makes it interesting to understand the extent of the auditor's powers in the monitoring, control, and verification of a civil works contract, in terms of technical, administrative, financial, environmental, and legal aspects, among others.

However, in the development of supervision, it is perhaps the technical component that is most developed, as it basically translates into ensuring that the project is carried out in accordance with the designs, plans, and specifications. This is well supported by construction regulations, Technical Standards, and the specialized knowledge of the professionals involved in the execution of a project and those in charge of its oversight.

Likewise, attempting to cover all the fields suggested by supervision leads us to have an overly broad overview of the topic, and the need arises to establish more specific aspects to develop this research. That is why this work will focus on the administrative and financial aspects that fall under the purview of supervision in the development of a civil works contract.

The usefulness of this topic is based not only on the importance of administrative and financial matters in a contract, but also on the fact that these are aspects for which there is little regulation, and a lack of knowledge or poor application of these matters can easily cause serious problems for professionals involved in the supervision of civil works contracts.

A real and practical understanding of the administrative and financial functions that must be developed as part of the monitoring and control of the contracts subject to supervision constitutes a fundamental tool for the development of engineering consulting in the supervision or supervision of civil works contracts. This tool is applicable to the national context and serves as a reference source for engineering and architectural professionals new to supervision work, as they provide a document that summarizes the details of advance payments in construction contracts in

light of current regulations on public procurement.

Introducción

El trabajo a realizar parte de la Necesidad de generar un documento de reflexión de como los profesionales de la construcción debemos conocer sobre el tema del anticipo en la ejecución de las obras civiles; recopilación de la Normatividad vigente en materia de contratación estatal en lo relacionado con los contratos de consultoría de interventoría de obras civiles, teniendo como principal fuente la Ley 80 de 1993 (Congreso de la Republica de Colombia, 1993) y demás normas concordantes y decretos reglamentarios que se tiene alrededor de la Contratación Pública, con énfasis en los contratos de obra civil.

Igual en este ámbito de la contratación estatal los contratistas con el estado tendrán en cuenta como fuente los procedimientos contenidos los Manuales de interventoría de entidades idóneas en el territorio Nacional, como el INVIAS y el IDU, para obtener las funciones financieras que se establecen en la Ley y conocer de las Entidades descritas los procedimientos respecto del anticipo, con el fin de poder generar concepto claro y de reflexión general para el desarrollo de la interventoría, financiera apegada a la Ley y a las mejores prácticas del desarrollo de la interventoría de contratos de obra civil.

Antecedentes

El anticipo en la contratación estatal es una figura en la cual la entidad contratante entrega una suma de dinero al contratista como adelanto o avance del presupuesto del contrato con el fin de financiar la iniciación y cubrimiento de los costos en que éste debe incurrir para iniciar la ejecución del objeto contratado.

Esta práctica realizada desde hace varios años ha permitido dar apoyo para el inicio de la ejecución de los contratos de obra a las empresas que no cuentan con suficiente poder económico, sin embargo, no todo es bueno ya que ha sido objeto de innumerables críticas por ser presuntamente la generadora de la mayor cantidad de actos de corrupción en la contratación pública del país.

La jurisprudencia ha tenido varios planteamientos acerca del alcance que tienen los dineros entregados al contratista por parte de la entidad pública, en sentencia del 27 de marzo de 2014 la sección tercera del Consejo de Estado se pronunció acerca del anticipo y afirmó que esté corresponde a una modalidad de pago que las partes pueden pactar de conformidad al principio de la autonomía de la voluntad.

Este pronunciamiento permitía encontrar en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 en donde se regula la entrega del anticipo por parte de las Entidades Estatales la manera de conseguir un beneficio anticipado a la ejecución del contrato dirigido hacia los contratistas, pues amparados en las consideraciones de la Corte podían disponer de este dinero para su libre disposición al ser considerado como una modalidad del pago del contrato.

Más adelante en reciente jurisprudencia el Consejo de Estado en sentencia del 10 de marzo

de 2016 se pronunció frente al tema de los anticipos en la contratación estatal, señalando que los dineros entregados a los contratistas en la modalidad de anticipo son entregados a título de mera tenencia por lo que se tratan de recursos públicos que no entran en el patrimonio del contratista, para esto, la entidad pública tiene la obligación de ejercer vigilancia y control en su manejo y puede disponer de una serie de mecanismos de protección que le permitan prevenir el detrimento patrimonial o remediarlo cuando este se ha causado.

En la línea normativa encontramos que la Ley 80 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993) y la Ley 1474 de 2011 (Congreso de la República de Colombia, 2011) dejaron el tema de los anticipos un poco corto pues lo abordan de una manera abierta, en la Ley 80 se indica en el parágrafo de su artículo 40 que su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato no indicando a qué tipo de contratos o modalidades se puede aplicar esta herramienta, luego el artículo 91 de la Ley 1474 indica qué tipos de contratos y que modalidades pueden utilizar el anticipo al igual que en cuales no se puede hacer uso del anticipo como también indica la forma de cómo el contratista debe realizar una serie de procesos para acceder a él, lo que en esta norma quedó abierto fue la forma de inclusión por parte de la entidad contratante de esta figura.

Por esta razón, en la última regulación en materia contractual en Colombia en el Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015 (El Presidente de la República de Colombia, 2015) se realiza una compilación de la normatividad, donde explica como debe ser abordada la figura desde los pliegos de condiciones en el artículo 2.2.1.1.2.1.3 indicando incluir en estos la determinación de si debe haber lugar a la entrega de anticipo, y si hubiere, indicar su valor en el cual debe tener en cuenta los rendimientos que este pueda generar; el artículo 2.2.1.1.2.4.1 explica cuándo y en qué casos el contratista debe suscribir un contrato de fiducia mercantil para crear un patrimonio autónomo estableciendo los términos y condiciones de la administración del anticipo a través del patrimonio autónomo.

Adicionalmente, en el artículo 2.2.1.2.3.1.7 y siguientes hablan acerca de la garantía de cumplimiento, la suficiencia de la garantía, la correcta inversión del anticipo y su vigencia que será hasta la liquidación del contrato o hasta la amortización del anticipo.

Por otro lado, en la reciente implementación de los pliegos tipo para los contratos de infraestructura vial surgieron algunas dudas por parte de los interesados acerca del manejo que se le dio a la figura del anticipo en esta nueva reglamentación, en esta no se menciona la forma de pago del contrato y no se considera la entrega de un anticipo y esto especialmente para los contratos a los cuales acceden las pequeñas y medianas empresas de ingeniería es una manera de excluirlas del concurso y llevarlas al sometimiento del sistema financiero y al enfrentamiento con los costos y limitaciones que ello acarrea pues en algunas ocasiones es difícil financiar los contratos de obra pública por los altos costos financieros (Congreso de la República de Colombia, 2011).

El giro del anticipo al no constituirse como un pago, no está sujeto a descuentos y retenciones. Posteriormente con la presentación de facturas o documentos equivalentes para gestionar los pagos, se realizan las respectivas retenciones y descuentos de ley a que haya lugar. Cada factura o documento equivalente debe especificar el porcentaje y el valor de los dineros entregados en calidad de anticipo que se está amortizando. 3. La amortización del anticipo se hará

de acuerdo con lo establecido en el contrato, en la proporción que éste indique. Es decir, se descontará de cada factura o documento equivalente de acuerdo con lo pactado con el contratista.

Los recursos entregados en calidad de anticipo tienen la condición de fondos públicos hasta el momento en que sean amortizados mediante la facturación, no pueden destinarse a fines distintos a los relacionados con el objeto del contrato.

Su mal manejo, el cambio de destinación o su indebida apropiación darán lugar a las responsabilidades penales, disciplinarias y fiscales correspondientes.

El anticipo es de uso exclusivo para la adquisición de elementos e insumos básicos y costos de personal requerido para el cumplimiento del objeto contractual, con base en lo que se estipule en el formato “Plan de Inversión Mensualizado del Anticipo.

Para el manejo de recursos entregados en calidad de anticipo, el contratista debe abrir una cuenta en una entidad bancaria legalmente autorizada por la Superintendencia Financiera, a la cual la entidad contratante girará los recursos.

En los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía.

El costo de la comisión fiduciaria será cubierto directamente por el contratista.

En caso de obtenerse rendimientos financieros con los recursos depositados por concepto de anticipo de dineros provenientes de Recursos de la Nación, se deben liquidar a favor de la Dirección del Tesoro Nacional y serán consignados a más tardar dentro de los 30 días siguientes del mes ejecutado, en la cuenta bancaria.

El contratista debe asumir con recursos propios, los costos de manejo de la entidad bancaria por el uso de la cuenta destinada para el manejo de los recursos entregados en calidad de anticipo; así mismo el costo que cobre la entidad bancaria para manejo de banca electrónica. Dichos dineros deberán reintegrarse dentro de los 30 días siguientes de mes ejecutado (Ministerio de Educación Nacional, s. f.).

Marco Legal

1. Ley 80 de 1993 artículo 40
2. Directiva Presidencial No. 12 del 2002.
3. Decreto 2170 de 2002
4. Directiva Presidencial No. 4 de 2003
5. Ley 1150 de 2007
6. Ley 1474 de 2011

7. Decreto 066 de 2008 8. Decreto 2074 de 2008

En cuanto al alcance del contrato de interventoría, se reitera que la regulación sobre este contrato es limitada, lo cual resulta relevante para el desarrollo del mismo dentro de su ejecución, puesto que implica que quienes decidan vincularse por medio de esta clase de negocio jurídico tienen un amplio margen de acción con la entidad estatal para obligarse y pactar bajo un criterio de autonomía de la voluntad las condiciones o elementos que regulen el vínculo que han de entablar. En este sentido, se encuentra que “la Ley 80 de 1993 dejó al libre albedrío de las partes regular el objeto del contrato de interventoría, lo que conlleva a que se regulen las funciones a cargo del interventor” (Salcedo, 2011, pp. 67-70). En materia jurisprudencial, el Consejo de Estado señaló en una oportunidad que en la definición misma no se evidencia el elemento técnico, sino que identifica que al tratar el tema de la interventoría encuentra que la labor a adelantar por parte del interventor tiene un especial énfasis y relevancia en torno a los aspectos técnicos y especializados que lo han hecho merecedor de dicha función, sin perjuicio de que su rol implique control sobre aspectos no solo técnicos, sino “puede abarcar la vigilancia y control de las condiciones financieras y económicas del mismo” (Consejo de Estado, Sentencia 24996, 2013) La falta de definición legislativa sobre el alcance del contrato de interventoría deja abierta la interpretación a las entidades frente al uso de esta figura, razón por la cual se considera necesario que el órgano legislativo se tome la tarea de definir el alcance y prospección de esta figura, en aras de que su uso sea claro y diferenciado con las figuras afines como la supervisión y no dejar el tema tan abierto a la interpretación de los jueces (Sánchez, 2018).

Los conceptos referentes a este trabajo se resaltan en la siguiente sección, en donde se describen las funciones de carácter administrativo y financiero que debe desarrollar un interventor de manera general en el desempeño como interventor de un contrato de obra; de conformidad con las obligaciones y deberes que asume por delegación de la Entidad contratante y las que le confiere la Norma en especial el artículo 83 Supervisión e Interventoría Contractual, de la Ley 1474 de 2011 (Congreso de la República de Colombia, 2011). Teniendo en cuenta que la normatividad no es lo suficiente específica en cuanto a las labores administrativas y financieras que se deban realizar en el seguimiento, control y verificación de un contrato de una obra civil, vamos a tomar como referente los manuales de interventoría de Entidades del Estado con amplia experiencia e idoneidad en este aspecto, como es el caso del Instituto Nacional de Vías (INVIAS) y el Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá (IDU).

A partir de las funciones Administrativas y Financieras que se relacionan en los Manuales de Interventoría de las Entidades mencionadas, entraremos a plasmar en un documento la forma como se realizan las diferentes actas, requerimientos e informes de la interventoría administrativa y financiera; acompañado de modelos de tales documentos que sirvan de guía a los profesionales que se dedican al desarrollo de contratos de consultoría relacionados con la Interventoría de obras civiles y a los que se inician en esta actividad en desarrollo de las profesiones de ingeniería civil y Arquitectura.

Interventoría administrativa:

Es función del interventor vigilar que la obra se lleve a cabo en los plazos y tiempos establecidos para que se desarrolle dentro del presupuesto establecido en el contrato. También

debe supervisar el cumplimiento de las pólizas de garantía, pagos de prestaciones sociales, pagos de carácter fiscal y obligaciones contractuales y legales. También es la persona que autoriza pagos y entregas de dinero al constructor, al igual que deberá revisar los gastos que haga a fin de garantizar inversiones eficientes en la obra. El interventor debe también supervisar los subcontratos que incidan en el proyecto al igual que aprobaciones de pagos a proveedores y trabajadores.

Interventoría financiera:

En todo proyecto se debe hacer una inversión constante de recursos financieros, los cuales deben evaluarse tanto en tiempo como en cantidad, dependiendo de lo establecido en el contrato y programación de obra. La interventoría financiera juega un papel fundamental, ya que se encarga de avalar los gastos realizados para entregar pagos y es quien garantiza que lo que se vaya a pagar sea acorde a lo entregado al contratista en calidad de anticipo al contratista en la obra.

Referencias

- Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/compilacion/docs/ley_0080_1993.htm
- Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1474 de 2011. 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. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/compilacion/docs/ley_1474_2011.htm
- Consejo de Estado. (2013). Sentencia 24996/2013, CP Mauricio Fajardo Gómez. <https://matallanaabogadosconsultores.com/sentencia-30571-2013-consejo-de-estado-cp-mauricio-fajardo-gomez-contractual-apelacion-sentencia-propuesta-artificial/>
- El presidente de la República de Colombia. (2015). Decreto 1082 de 2015. "Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional". Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 49.523. Obtenido de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/compilacion/docs/decreto_1082_2015.htm
- Ministerio Nacional de Educación. (s.f.). Guía para el manejo del anticipo https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-348210_Guia_para_el_manejo_de_anticipo.pdf
- Salcedo, J. R. (2011). La eficiencia y eficacia en el contr EL ANTICIPO EN LOS CONTRATOS DE OBRA CON EL ESTADO ato de interventoria. Bogotá, Colombia: Grupo editorial Ibáñez.
- Sánchez Calvo, J. G. (2018). Análisis del contrato de interventoría desde la visión de la jurisprudencia colombiana. Cuadernos De La Maestría En Derecho, 6, 175-222. <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/Cuadernos/article/view/1008>