



Revista de Derecho Privado
E-ISSN: 1909-7794
mv.pena235@uniandes.edu.co
Universidad de Los Andes
Colombia

Márquez Vargas, Milena
La fiducia en el manejo de recursos de anticipos en los contratos estatales
Revista de Derecho Privado, núm. 52, julio-diciembre, 2014, pp. 1-28
Universidad de Los Andes
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033223012>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



LA FIDUCIA EN EL MANEJO DE RECURSOS DE ANTICIPOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES

MILENA MÁRQUEZ VARGAS

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.52.2014.08>

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Revista de Derecho Privado N.º 52

Julio - Diciembre de 2014. ISSN 1909-7794

La fiducia en el manejo de recursos de anticipos en los contratos estatales

Resumen

En el presente documento se analiza si el esquema fiduciario planteado con la Ley 1474 de 2011 garantiza la destinación de los recursos que son recibidos a título de anticipo por un privado que contrata con el Estado. Para tal efecto se examinaron las discusiones que se han presentado en relación con la naturaleza jurídica del anticipo en el ámbito jurisprudencial y doctrinal, y cuál ha sido el tratamiento que el sector fiduciario le ha dado a esta nueva regulación y su decreto reglamentario.

Palabras clave: fiducia, patrimonio autónomo, anticipo, pago anticipado, contrato estatal, interventor, supervisor.

The trust in the management of prepaid resources in State contracts

Abstract

This article analyzes if the trust scheme set forth by the Colombia Law (Ley 1474 de 2011) is a correct vehicle to guarantee the destination of the resources that are received by a private contractor as an advanced payment given by the State. For this purpose I examined several doctrinal and jurisprudential discussions related to the legal nature of the advanced payment given by the State to a private contractor in a contract, and also, the treatment that Trust Companies have had with such payments and the new regulations of the subject.

Keywords: trust, trust assets, advanced payment, state contract, contract oversight.

A fidúcia no manejo de recursos de adiantamento nos contratos estatais

Resumo

No presente documento é analisado se o esquema fiduciário planteado com a Lei 1474 de 2011 garante a destinação dos recursos que são recebidos a título de adiantamento por um privado que contrata com o Estado. Para tal efeito se examinaram as discussões que foram apresentadas em relação com a natureza jurídica do adiantamento no âmbito jurisprudencial e doutrinal, e qual tem sido o tratamento que o setor fiduciário lhe tem dado a esta nova regulação e seu decreto regulamentário.

Palavras-chave: fidúcia, patrimônio autónomo, adiantamento, pagamento antecipado, contrato estatal, interventor, supervisor.

La fiducia en el manejo de recursos de anticipos en los contratos estatales*

Milena Márquez Vargas**

SUMARIO

Introducción – I. LA FIDUCIA, ¿INSTRUMENTO PARA EVITAR LA CORRUPCIÓN EN LA GESTIÓN DE RECURSOS DE ANTICIPOS? – A. *Naturaleza jurídica de los recursos de anticipos* – B. *Administración de los recursos de anticipos en el sector fiduciario* – 1. Ley 1474 de 2011: manejo del anticipo en fiducia – 2. Decreto 1510 de 2013: reglamentación patrimonio autónomo para el manejo de anticipos – II. ¿INSTRUMENTO CON LIMITACIONES? – A. *Responsabilidad de la fiduciaria en la administración de estos recursos* – B. *Con el mecanismo de administración de recursos de anticipo, contemplado en la Ley 1474 de 2011, ¿se sustituiría la póliza del buen manejo e inversión del anticipo utilizada en los contratos estatales?* – III. CONCLUSIONES – Referencias.

* Cómo citar este artículo: Márquez Vargas, M. (Diciembre, 2014). La fiducia en el manejo de recursos de anticipos en los contratos estatales. *Revista de Derecho Privado*, 52. Universidad de los Andes (Colombia).

** Abogada de la Universidad Santo Tomás de Aquino, con especialización en Legislación Financiera de la Universidad de los Andes. Actualmente se desempeña como abogada de la Vicepresidencia Jurídica del Banco Davivienda S. A. Correo: m.marquez122@uniandes.edu.co

Introducción

Para nadie es un secreto que la contratación estatal ha sido en nuestro país foco de corrupción y malas prácticas, a pesar de contar con una abundante legislación que en principio pareciera poder evitar al máximo este flagelo.

El tema que ocupa este artículo es tan solo una de las figuras de la contratación estatal. Cuando inicia la ejecución de un contrato estatal son varios los componentes que deben tenerse en cuenta; por una parte el objeto contractual, el plazo, las llamadas cláusulas exorbitantes, las obligaciones, etc., y por otra, los pagos que efectuará la entidad pública al particular que ha contratado con ella. Es aquí donde aparece la figura del anticipo, la cual será el objeto de esta investigación, a la luz de la participación de las sociedades fiduciarias en su administración.

El anticipo inició con el Decreto 222 de 1983, por medio del cual se expidieron normas sobre contratación pública. En él se estableció que las entidades públicas a la cuales se aplicaba ese estatuto, que celebraran contratos de adquisición de bienes muebles con empresas de la pequeña y mediana industria nacional, debían entregar un anticipo no inferior al veinticinco por ciento (25%) del valor del contrato. Con ello se buscaba dar un apoyo e incentivo a las pequeñas empresas para contratar con el Estado. La mencionada norma fue derogada por la Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública), en la cual se estableció que en los contratos que celebraran las entidades estatales se podría pactar el pago an-

ticipado y la entrega de anticipos, con el límite que su monto no podría exceder, para cada uno, del cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato. Con esta nueva regulación el anticipo dejó de ser un incentivo para la pequeña industria y empezó a ser aplicado a todos los contratistas del Estado.

Con el correr del tiempo y después de más de dieciocho años de aplicar la figura del anticipo contemplada en la Ley 80 de 1993 en diversos contratos estatales, fue necesario implementar nuevas modificaciones con el fin de blindar al Estado de contratistas que quisieran aprovechar las virtudes de esta para defraudar al erario público. Es así como se expidieron la Ley 1474 de 2011 y el Decreto 1510 de 2013, normas a través de las cuales se garantiza la destinación de los recursos entregados a título de anticipo, con la inclusión de un tercero profesional en la administración de estos: las sociedades fiduciarias.

¿Es la fiducia la solución a los inconvenientes presentados en el pasado?, ¿realmente puede el esquema fiduciario garantizar la destinación de los recursos recibidos a título de anticipo?, ¿son los recursos recibidos a título de anticipo y administrados en un patrimonio autónomo, dineros públicos o privados? Estas son algunas de las preguntas que servirán de premisa a la presente investigación.

I. LA FIDUCIA, INSTRUMENTO PARA EVITAR LA CORRUPCIÓN EN LA GESTIÓN DE RECURSOS DE ANTICIPOS

A. *Naturaleza jurídica de los recursos de anticipos*

Previo a examinar el esquema fiduciario planteado en la Ley 1474 de 2011, es pertinente revisar el concepto de anticipo. En principio se debe indicar que la legislación colombiana, sin definir la figura del anticipo, en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 establece: “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.”

Así las cosas, el parágrafo, si bien muestra un límite en el evento en que se pacte el anticipo en el contrato, no definió ni el anticipo ni el pago anticipado, por lo que no es claro si los dos se refieren a lo mismo o no. Este aspecto ha sido tratado en diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado que aclaran el tratamiento y la diferencia entre estos dos conceptos a la hora de pactarse en los contratos estatales.

En sentencia del 13 de septiembre de 1999, expediente 10.607, el Consejo de Estado definió que los recursos que se entregan al contratista a título de anticipo son públicos y corresponden a un adelanto en el pago del precio, con un fin determinado: que se utilicen para el inicio de los trabajos y primeros gastos del respectivo

contrato estatal. Por ende, el contratista debe garantizarlos a través de las correspondientes pólizas y presentar un plan en el cual se detalle para qué se van a utilizar.

Esta tesis ha sido reiterada en diferentes pronunciamientos, uno de ellos la sentencia de 10 de noviembre de 2000, radicación 18.709, en la cual el Consejo de Estado afirmó:

De una parte, 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 esta misma le debe pagar.

En esta misma línea el Consejo de Estado, en el expediente 12513 del año 2000, aseguró que el anticipo es un pacto dentro de un contrato regulado por la ley, como lo son los contratos estatales, que se originan de la autonomía de la voluntad y que generan, por tanto, obligaciones y derechos para las partes. Obligación por parte de la entidad contratante, por cuanto debe entregar al contratista el anticipo pactado en el respectivo contrato, con el fin de financiarlo en las obligaciones que están a su cargo, y es un derecho de la entidad recibir por parte del contratista la debida amortización del anticipo, o en su defecto hacer efectiva la respectiva póliza de buen manejo e inversión del anticipo. Por su parte, el contratista tiene derecho a recibir el anticipo y está obligado a invertirlo en el objeto del contrato estatal.

Una sentencia hito del Consejo de Estado en este devenir jurisprudencial corresponde al expediente 13.436 de 2001, con ponencia del magistrado Ricardo Hoyos Duque, y que ha servido como fundamento a pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y otras entidades. En ella se afirma:

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 contrato.

...

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.

En esta sentencia hay dos tesis que son la base del pronunciamiento. Que el anticipo es de la entidad pública, y que el anticipo es un préstamo efectuado por la entidad pública al contratista. Particular atención debe prestarse a la forma en que el anticipo se asimila a un préstamo, que de conformidad con el artículo 2221 de nuestro Código civil, es un contrato mediante el cual una de las partes entrega a la otra una cosa fungible con la obligación para quien la recibe de restituirla en el mismo género y calidad; si el anticipo se asimila a esta figura se puede entonces asegurar que una vez es entregado al contratista, ingresa a su patrimonio. Al respecto, José Alejandro Bonivento Fernández (2012), en su obra *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales* indica que el mutuo tiene por objeto cosas fungibles, —el cual impone un acto traslativo de dominio, es decir, que el mutuario adquiere el dominio de las cosas prestadas—, y únicamente subsiste una obligación de pago en el mismo género y calidad, evento que no sucede con el anticipo por cuanto el contratista tiene una obligación de inversión de los recursos de conformidad con lo establecido en el contrato estatal; únicamente el contratista deberá entregar los recursos en caso que se declare por parte de la entidad pública algún incumplimiento o caducidad del contrato. Bajo esta óptica, parece contradictorio asimilar la figura del anticipo a la de un préstamo por cuando es evidente que son completamente diferentes.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 19.562 del 2005, trató sobre la naturaleza jurídica del anticipo y diferenció tres posiciones en relación con el tema: (i) Si el anti-

cipo forma parte del precio y es entregado como un pago adelantado de este, se concluye que ingresa al patrimonio del contratista y sale de la entidad pública contratante, por tanto se concluiría que se convierte en un bien propio, (ii) El anticipo vincula a las partes del contrato, por ende se puede constituir en un objeto proindiviso entre ellas, y (iii) el anticipo se entrega para que sea destinado exclusivamente al objeto del respectivo contrato.

La Corte adopta la tercera posición debido a que en su entender, cuando se entrega un anticipo con condiciones como la de manejar los recursos en una cuenta corriente que permita su auditoría, o la obligación de constituir una garantía para el buen uso de los recursos, entre otras, no puede convertirse al contratista en dueño o condueño, sino en un mero tenedor de los recursos recibidos a este título. Esta línea jurisprudencial ya la había aplicado la Corte en otras sentencias anteriores.¹

A manera de conclusión, para el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia los recursos entregados al contratista a título de anticipo son recursos públicos. Así lo podemos encontrar en la sentencia 11001-22-03-000-2009-00814-01 de 2009, de la Corte Suprema de Justicia (M.

P.: Jaime Alberto Arrubla Paucar), en la cual se indicó que la naturaleza del anticipo es pública y se citó una sentencia del Consejo de Estado:

Sobre la naturaleza jurídica del anticipo en el contrato estatal, el Consejo de Estado —Sección Tercera—, ha dicho que “(...) No puede perderse de vista que los dineros que se le entregan al contratista por dicho concepto son oficiales o públicos. El pago de dicha suma lo era y lo sigue siendo un adelanto del precio que aún no se ha causado, que la entidad pública contratante hace al contratista para que a la iniciación de los trabajos disponga de unos fondos que le permitan proveerse de materiales y atender los primeros gastos del contrato, tales como los salarios de los trabajadores que disponga para la obra”.

También los organismos de control se han pronunciado sobre el anticipo. La Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado, en Concepto 244 de 2009 (P. D. Francisco Manuel Salazar Gómez) ha sostenido que:

El anticipo, corresponde a los recursos que la entidad estatal entrega al contratista (antes de la ejecución del contrato) con el fin de financiarlo y no como un pago de los trabajos ya realizados, mientras que en el pago anticipado, la entrega de los recursos comporta la extinción parcial de la obligación de pago a cargo de la entidad estatal, solo que se hace de manera previa a la ejecución del contrato.

Esta clara diferenciación del anticipo y el pago anticipado se evidencia en otros conceptos de la Procuraduría,² en los que ratifica que los bie-

1 A este respecto, la Corte Suprema de Justicia había indicado que el bien jurídico había sido vulnerado cuando el procesado se apropió indebidamente de una parte del anticipo, el cual pertenecía a la entidad pública contratante, con la finalidad de pagar sobregiros y cancelar embargos de cuentas personales, y adicionalmente cuando el procesado se apropió de los rendimientos producidos por el cdt. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte concluyó que el procesado faltó a los deberes de probidad, diligencia y fidelidad en la administración del anticipo, apropiándose en detrimento patrimonial de la entidad, de esas sumas de dinero, independiente de si con dicha apropiación buscaba evitar un riesgo financiero o proteger los intereses de la comunidad con la ejecución de la respectiva obra.

2 Un ejemplo de estos pronunciamientos se puede evidenciar en la sen-

nes de origen estatal que son entregados a un particular, llámese contratista, no obstante haber ingresado al patrimonio de esa persona natural o jurídica de orden privado, mantienen su calidad de bienes públicos.

Especial mención debe hacerse del Concepto 162-103182-04, de la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública, del 25 de mayo de 2006, en el cual se indica que debido a que la Ley 80 de 1993 no definió los conceptos de anticipo y pago anticipado, se han generado diversas interpretaciones. Según este organismo, cuando dentro de un contrato se incluye el anticipo como parte del precio, se generan confusiones debido a que la forma de pago está directamente relacionada con la remuneración a que tiene derecho el contratista por la ejecución y cumplimiento del objeto contractual; por otro lado, el pago anticipado sí hace parte del precio, y cuando sucede su entrega se extingue una parte de la obligación de pago que está en cabeza de la entidad contratante, de ahí que dichos recursos sí ingresan al patrimonio privado del contratista. No obstante lo anterior, ratifica que los recursos entregados a título de anticipo son recursos públicos.

Por su parte, el Departamento Nacional de Planeación, mediante Concepto 20118010594111 de 2011, realizó la siguiente comparación entre las dos figuras:

ANTICIPO	PAGO ANTICIPADO
No constituye un pago en el momento en que se efectúa	Es un pago. Retribuye en forma anticipada parte del valor del Contrato.
El dinero no es del contratista sino de la Entidad contratante y por ende debe invertirse de acuerdo al plan de inversión presentado por el contratista.	El dinero es de propiedad de contratista y lo puede destinar libremente. No hay plan de inversión pactado.
La Entidad está obligada al seguimiento de la inversión.	La Entidad no está obligada a hacer seguimiento
No entra al patrimonio del contratista, continúa siendo recursos públicos, asegurables con una garantía para la correcta y adecuada inversión y manejo de los mismos.	Al entregarse constituye extinción parcial de la obligación de pago a cargo de la entidad contratante.
El valor del anticipo se descuenta de cada pago que se realice al contratista.	Su destinación depende de la libre voluntad del contratista.
La ejecución del contrato por tanto constituye amortización de dicho valor.	Su adecuado uso está avalado por la garantía única de cumplimiento del contrato, de lo contrario, se entraría a hacer o exigir duplicidad de cobros.
En el evento en que se generen rendimientos financieros, son de la entidad contratante	Por lo general se aplica en contratos de ejecución instantánea; casos típicos compra de inmuebles o automotores.
Puede ser pactado en contratos de tracto sucesivo con excepción de los contratos de prestación de servicios personales	No existe injerencia de la interventoría en su manejo o inversión.

En la práctica y ante el vacío legal en el tema, en la mayoría de los contratos estatales todo lo relacionado con el anticipo, es decir, su porcentaje, cómo se va a entregar, sus condiciones, etc., se establece en la cláusula que se denomina “forma de pago”.³ Esta situación es la que

tencia 19.562 de 2005 de la Procuraduría Segunda Delegada para la Casación Penal.

3 Un ejemplo de cómo se regula en los contratos estatales la forma de pago, se puede ver en el Contrato de obra n.º 130376-0-2013, de

podría llevar a las confusiones que menciona la Procuraduría, por cuanto los recursos entregados a título de anticipo no son en efecto un pago, entendiéndose por tanto como una forma de extinción de la obligación.

Así las cosas, el pago anticipado y el anticipo establecido en la Ley 80 de 1993 son dos figuras distintas, y su inclusión o no dentro del contrato estatal depende de la entidad contratante y de cómo se trate la figura en el respectivo contrato.

Es de considerar que los recursos que se entregan a título de anticipo continúan siendo recursos públicos, a pesar de que con su entrega salen del presupuesto del Estado. En este mismo sentido se ha pronunciado parte de la doctrina, cuando opina que el anticipo no pierde su naturaleza de recurso público, pues cumple con una destinación específica, cual es, ayudar al inicio de la ejecución del respectivo contrato, mientras que el pago anticipado es una retribución que recibe el contratista, razón por la cual los recursos dejan de ser públicos para convertirse en privados. Pedro Antonio Lamprea Rodríguez en su obra *Contratos estatales* afirma, contrario a lo expuesto anteriormente, que el anticipo se asemeja a un préstamo de dinero de naturaleza pública, aseveración que es sustentada por el magistrado Ricardo Hoyos en la sentencia 13.436 de 2001 del Consejo de Estado, donde argumenta que el anticipo está pactado con una finalidad específica y está sujeto a la vigilancia y control de las diferentes entidades de control, quienes velan porque la utilización de los recur-

sos que se entregan a este título cumpla con dicho fin.

De acuerdo con Pino Ricci, el anticipo no es una forma de pago de las obligaciones contraídas, y el contratista deberá invertir dichos recursos en la ejecución del respectivo contrato, en los gastos para los cuales se requiera. Como se sabe, el pago es una forma de extinguir una obligación, por ende cuando se hable de pago anticipado se entenderá que (i) con él cesa una parte de la obligación, (ii) que no será necesario que el contratista constituya una póliza que garantice su correcta utilización y (iii) que el contratista es libre de emplearlo en lo que le parezca. Incluso dentro de un contrato estatal es posible pactar el pago de un anticipo y un pago anticipado, entregando la entidad contratante la totalidad del valor del contrato, cuestión que no debería alarmar por cuanto se entiende que los recursos están debidamente garantizados, el anticipo con la póliza de buen manejo e inversión y el pago anticipado con la póliza de cumplimiento del contrato. No obstante, se debe advertir que no hay unanimidad de la doctrina.

Así las cosas, no solo por vía jurisprudencial sino también por vía doctrinal y gubernamental, el anticipo es entendido como un recurso público que no pierde su naturaleza a pesar de que se traslade al contratista en cumplimiento de un determinado contrato estatal. De este modo, son claras las diferencias que se establecen entre un anticipo y un pago anticipado, y no puede confundirse la naturaleza jurídica de uno y de otro. Por tanto, siempre que se trate de un anticipo se habla de recursos públicos indepen-

26 de diciembre de 2013, disponible en: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=13-1-103544>

dientemente de cómo se administren o manejen, por cuanto su vocación es una sola: servir al contratista como una ayuda para iniciar la ejecución de determinado contrato.

No obstante lo anterior y estando de acuerdo con que el anticipo es un recurso público a pesar de haber salido ya del presupuesto del Estado, consideramos necesario que la ley sea clara en indicar que la entrega de este anticipo al contratista no cambia la naturaleza jurídica de los recursos, por cuanto obedece a un encargo que le está haciendo el Estado para que los utilice en la ejecución del contrato estatal. De esta forma no quedarían dudas respecto a la naturaleza jurídica de los recursos.

Ahora bien, aclarada la naturaleza de los recursos entregados al contratista a título de anticipo queda una cuestión: ¿hasta cuándo los recursos recibidos a título de anticipo conservan su naturaleza de públicos? La respuesta la ha dado la doctrina, las reglamentaciones de diferentes entidades públicas y, por supuesto, la práctica. De acuerdo con Lamprea Rodríguez (2007) el anticipo debe amortizarse, es decir, los recursos que recibe el contratista como anticipo deben ir descontándose en forma periódica, a lo largo de la ejecución del respectivo contrato estatal, de cada acta de obra parcial entregada a la entidad contratante a entera satisfacción y en el porcentaje fijado, hasta que al final todo el anticipo quede totalmente legalizado o soportado.

De lo anterior se puede concluir que una vez la entidad estatal entrega los recursos a título de anticipo al contratista, estos serán públicos

hasta tanto el contratista no realice su amortización. Para ello, en las actas parciales que presente a la entidad estatal deberá disminuir el porcentaje del valor del anticipo que está legalizando con la respectiva acta. Esta legalización del anticipo debe cumplir con los requisitos que establezca para el efecto la entidad contratante, los cuales normalmente corresponden a los soportes con que se demuestre que dichos recursos se utilizaron de acuerdo con su finalidad, es decir, que cumplieron con el respectivo plan de inversión del anticipo.⁴

B. Administración de los recursos de anticipos en el sector fiduciario

1. Ley 1474 de 2011: manejo del anticipo en fiducia

Inicialmente, no es un secreto que el papel que desempeñan las sociedades fiduciarias en los negocios donde se administran y gestionan recursos públicos ha tomado una gran importancia e impulso en Colombia. Sin duda, el legislador ha encontrado que el negocio fiduciario más que una herramienta es un aliado, pues este vehículo jurídico se constituye en un mecanismo de transparencia en los negocios donde están involucradas de una u otra forma las entidades estatales. Así lo demuestra la expedición de Ley 1474 de 2011, mediante la cual se dictaron normas orientadas a fortalecer los meca-

⁴ El plan de inversión del anticipo es un documento que presenta el contratista a consideración del interventor del contrato, para su aprobación, que contiene: 1. Elementos o conceptos en los cuales va a utilizar el anticipo (mano de obra, maquinaria, equipos, materiales e insumos, etc.). 2. Valor por cada concepto. 3. Fecha aproximada de utilización de los recursos por cada concepto.

nismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. En ella se estableció, entre otras cosas, que los recursos de anticipo de los contratos de obra, concesión, salud o los que se realicen por licitación pública, deberán administrarse en una fiducia o patrimonio autónomo,⁵ constituida para tal fin por el contratista. En este orden, en el artículo 91 establece que 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.

La constitución de una fiducia para el manejo de recursos que reciba el contratista a título de anticipo, fue justificado en la exposición de motivos del Proyecto de ley 142 de 2010 (Senado), radicado por el entonces ministro del Interior

y de Justicia, Germán Vargas Lleras, en los siguientes términos:

E. Se ha identificado que de manera muy frecuente los contratistas no están aplicando los anticipos a la ejecución del contrato correspondiente, situación que finalmente produce el incumplimiento de las obligaciones o la entrega extemporánea de las obras. Por ello, se establece un sistema de seguimiento a los anticipos imponiendo la obligación del contratista de constituir una fiducia irrevocable con lo que reciba de los mismos, para que sea esta la que garantice que tales recursos se aplicarán exclusivamente a la ejecución del contrato (Gaceta del Congreso n.º 607).

De lo anterior es claro que en un país donde la corrupción y los intereses particulares priman sobre los públicos, la fiducia aparece en principio como una alternativa y herramienta que permite brindar mayor transparencia en la administración de los negocios del Estado, protegiendo de este modo el interés público.

De acuerdo con las cifras manejadas por la Superintendencia Financiera de Colombia, con corte al 30 de mayo de 2013, según lo expresado en el Congreso de la Asociación de Fiduciarias (2013), del 100% de los negocios fiduciarios administrados por sociedades fiduciarias, en un poco más del 20% se administran recursos públicos, dato que lleva a dicha Superintendencia a reconocer que las fiduciarias consolidan su rol fundamental en la administración de recursos públicos, resultando indiscutible que son un instrumento que permite incorporar mejores elementos de gestión de riesgo en el manejo de estos.

5 Esta fiducia planteada con la Ley 1474 de 2011, no se asemeja a la fiducia pública o encargo fiduciario público que contempla la legislación colombiana. Para el caso tanto de la fiducia pública como del encargo fiduciario público, el fideicomitente es una entidad pública que para contratar los servicios de la fiduciaria tuvo que adelantar procedimientos de contratación de conformidad con lo establecido en la Ley 80 de 1993; en el esquema fiduciario propuesto en la Ley 1474 de 2011, el fideicomitente dentro del contrato de fiducia mercantil es el contratista, esto es, una persona privada que es quien decide con qué sociedad fiduciaria contratar, sin tener que adelantar ningún procedimiento especial de contratación. Por otra parte, en la fiducia pública y el encargo fiduciario público no existe la transferencia de la propiedad y la constitución de un patrimonio autónomo, situación que sí ocurre en la fiducia mercantil para la administración del anticipo. Así las cosas, el legislador le quiso dar un tratamiento especial al manejo de los anticipos a través de la fiducia mercantil.

Sin embargo, es claro que esta figura bajo ningún esquema puede suplir o reemplazar la obligación que le asiste a los organismos de control del Estado, en cabeza de quienes radica el deber de velar por la debida administración de los recursos públicos. Prueba de ello es el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, donde se indica que a pesar de manejar los recursos de anticipo a través de una fiducia, la información financiera y contable puede ser consultada por los Organismos de Vigilancia y Control Fiscal, aclaración que es pertinente y que evita suspicacias respecto de si al administrar los recursos recibidos a título de anticipo a través de un vehículo fiduciario estos se convierten en privados por ser administrados en un patrimonio autónomo, discusión que se tratará más adelante.

La discusión inicial que presenta esta nueva regulación para el manejo de los anticipos está relacionada, según José Antonio Causa, con la naturaleza jurídica de los recursos, ya que como se mencionó es común que este concepto sea confundido con el pago anticipado, cuestión que ya ha sido aclarada por vía jurisprudencial y doctrinal. No obstante lo anterior, existen algunos conceptos como el de Paula Andrea Galofre Amín (2006), quien considera que cuando el Estado entrega recursos a un patrimonio autónomo, estos se convierten en recursos privados toda vez que se entiende que el gasto fiscal se ejecutó y que los recursos salieron del presupuesto del Estado. Afirmación incorrecta por cuanto si bien la transferencia de los recursos públicos se realiza a un patrimonio autónomo, es con una finalidad y no es del todo definitiva.

Esta aseveración se sustenta en el hecho de que la propiedad fiduciaria tiene dos características: por una parte, limita las facultades de la fiducia, por cuanto a través del contrato se define el objeto y la finalidad perseguida; y, por otra, se indica que la fiducia estará temporalmente hasta cuando los bienes que la integran cumplan su finalidad o hasta cuando se dé su terminación (Rodríguez Azuero, 2005).

Por su parte, la Contraloría General de la República, en Concepto 062754-06 del 7 de diciembre de 2006, ha reconocido que los recursos del Estado que son entregados formalmente a los particulares por medio de la fiducia mercantil no pierden su naturaleza de recursos públicos, de ahí que sobre ellos aplique el principio de vigilancia y control fiscal que pesa sobre todos los recursos públicos en cabeza de los órganos de control fiscal. Incluso va más allá y asegura que en estos contratos de fiducia mercantil existe un principio de primacía de la realidad, no siendo lo determinante la forma como se presente un acuerdo de voluntades sino la materialidad del contrato.

Teniendo en cuenta lo anterior, la entrega de recursos públicos a un vehículo fiduciario llamado patrimonio autónomo, no cambia la naturaleza jurídica de los recursos. A la luz de la Ley 1474 de 2011, la cual indica que los recursos de anticipos deben manejarse a través de una fiducia o patrimonio autónomo irrevocable, cuando la entidad estatal los entrega a la entidad fiduciaria estos no pierden su naturaleza de públicos por el simple hecho de esta entrega, ya que como se indicará más

adelante, la fiduciaria los recibe como un aporte⁶ de su fideicomitente, es decir, el contratista, y continúan con la misma finalidad para la cual fueron entregados, y su ejecución se hará de acuerdo con lo establecido en el respectivo contrato estatal y conforme al plan de inversión aprobado por el interventor.⁷ Si los recursos salen directamente del presupuesto de la correspondiente entidad estatal, no por este hecho cambian su naturaleza jurídica, pues como ya se aclaró cuando se hizo mención a los recursos entregados a título de anticipo, estos solamente se convierten en recursos privados cuando se realiza su amortización.

En relación con el contrato fiduciario que deberá constituirse para la administración de los anticipos, se puede indicar que el sector fiduciario administra dichos recursos bajo la estructura de un contrato de fiducia mercantil de administración y pagos, de carácter irrevocable.⁸ Las partes de este contrato son el fideicomitente (el contratista), la fiduciaria, el beneficiario (en primer lugar el mismo fideicomitente o quien este designe) o

la entidad estatal cuando esta comunique a la fiduciaria la ocurrencia de la declaratoria de terminación anticipada o unilateral, la declaratoria de caducidad o nulidad del contrato.⁹

Como particularidades para este contrato fiduciario se deberá tener en cuenta lo establecido en los respectivos contratos de obra, salud, concesión, etc. Normalmente los contratos celebrados con las entidades estatales dicen muy poco en relación con el manejo que debe darse al anticipo. La práctica es indicar en la cláusula “Forma de pago” el porcentaje del valor del contrato que se va a entregar a título de anticipo y que para su administración deberá cumplirse con lo establecido en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, pero no le da una luz más amplia a la fiduciaria sobre cómo estructurar su contrato.¹⁰ En este marco el sector fiduciario inició, a finales de 2011, la suscripción de los primeros contratos fiduciarios.

Los primeros contratos de anticipo que se estructuraron tuvieron como principal protagonista al interventor¹¹ y al plan de inversión del anticipo aprobado por este.¹² Naturalmente,

6 Vale aclarar que quien entrega los recursos del anticipo a la fiduciaria es directamente la entidad estatal, sin embargo, como la entidad estatal aparece en el contrato fiduciario como beneficiario y no como fideicomitente, el contrato de fiducia crea una ficción en el sentido de indicar que la fiduciaria recibe estos recursos a título de aporte por parte del fideicomitente (contratista).

7 Colombia Compra Eficiente propuso en la *Minuta de contrato de fiducia mercantil irrevocable para la administración y pago de los recursos recibidos a título de anticipo*, las cláusulas de objeto, finalidad, partes del contrato, conformación del patrimonio autónomo, entre otras.

8 La Circular Básica Jurídica 007 de 1996 de la Superintendencia Financiera de Colombia, título V, capítulo 1, numeral 8, subnumeral 8.3.1., indica que la finalidad de los contratos de fiducia mercantil de administración y pagos es la administración de sumas de dinero y/u otros bienes que junto con sus rendimientos, si los hay, pueden ser destinados al cumplimiento oportuno y adecuado de las obligaciones que el fideicomitente señale.

9 Colombia Compra Eficiente publicó el 17 de enero de 2014, la *Guía para el manejo de anticipos mediante contrato de fiducia mercantil irrevocable*, de acuerdo con artículo 91 de la Ley 1474 de 2011.

10 Un ejemplo es el Contrato de obra n.º 130376-0-2013, de fecha 26 de diciembre de 2013, disponible en: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=13-1-103544>

11 El interventor o supervisor en los contratos estatales es designado por la entidad estatal contratante.

12 Para mayor claridad en este punto, puede consultarse la presentación de la AMV en el siguiente link: <http://www.amvcolombia.org.co/attachments/data/20130315183750.pdf> p. 25.

la fiduciaria si bien es profesional¹³ en su actividad, se genera una inquietud respecto a si esa profesionalidad debe ir hasta su deber de conocer cómo funciona la ejecución de los contratos estatales (contratos de obra, suministro, prestación de servicios, etc.), para poder garantizar la destinación de los recursos del anticipo. Aquí es preciso mencionar un tema que ha sido controversial en el negocio fiduciario y es determinar si las obligaciones de la fiduciaria en el contrato de fiducia mercantil son de medio o resultado.

Las principales obligaciones de la fiduciaria en este contrato son: la administración de los recursos del anticipo y efectuar los pagos ordenados por el fideicomitente, previa aprobación por el interventor o supervisor del contrato estatal de lo establecido en el plan de inversión del anticipo. Así las cosas, para distinguir cuándo la obligación de un profesional es de medio o resultado, se debe determinar si el resultado buscado por las partes puede razonablemente alcanzarse mediante la utilización normal de los medios de que debe disponer un profesional, si es así, esta será una obligación de resultado.¹⁴

13 De acuerdo con lo Establecido en la Circular Básica Jurídica (circular externa n.º 007 de 1996), título V, numeral 2.2.1, literal b, v) *Deber de diligencia, profesionalidad y especialidad*. En su actuar, las sociedades fiduciarias deberán tener los conocimientos técnicos y prácticos de la profesión, emplearlos para adoptar las medidas tendientes a la mejor ejecución del negocio y prever circunstancias que puedan afectar su ejecución. En este sentido deberán abstenerse de realizar negocios fiduciarios en los cuales no tengan la adecuada experiencia para llevarlos a cabo o no cuenten con los recursos físicos, tecnológicos y humanos necesarios para el desarrollo de tales negocios.

14 Al respecto existen diferentes laudos arbitrales, uno de ellos el de *Construcciones Ampomar Ltda. y otros vs. Sociedad Fiduciaria Extendidas en Liquidación*, de agosto 9 de 2001, del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

La primera obligación, es decir, la de administración de los recursos de anticipo, se relaciona con la inversión de los recursos. En este punto, la fiduciaria se obliga a invertir los recursos en fondos de inversión colectiva que cumplan con los requisitos del Decreto 1525 de 2008, o en cuentas de ahorro o en cuentas corriente, tal y como lo indica la cláusula 10 de la minuta de contrato de Colombia Compra Eficiente, pero no garantiza ni se obliga con ningún resultado o rendimiento respecto a la inversión, ya que el riesgo corresponde al constituyente, como lo establece el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Su obligación en la inversión es poner todos los medios tendientes a la obtención de un resultado, por consiguiente la obligación aquí es de medio.

En cuanto a la obligación de efectuar pagos de acuerdo con las instrucciones del fideicomitente y con lo establecido en el plan de inversión del anticipo, la obligación de la fiduciaria es la de validar la instrucción recibida contra los sopor-tes presentados, verificando que se cumplan las condiciones, es decir, si la orden de pago cumple con el visto bueno del interventor o supervisor designado y si el pago solicitado se encuentra en el plan de inversión del anticipo, la fiduciaria procederá a realizar el pago. No obstante lo anterior, dado que el plan de inversión del anticipo indica de forma muy general el concepto del gasto y su valor, ¿cómo puede la fiduciaria, con estos datos generales, determinar que efectivamente el pago que está realizando corresponde a ese plan de inversión del anticipo o incluso que es para el respectivo contrato estatal?

La respuesta no es fácil. La fiduciaria en el momento de realizar el pago solo cuenta con la información que recibió desde la constitución del negocio fiduciario, por consiguiente, el ejercicio que deberá efectuar es validar la información que aparece en el plan de inversión del anticipo, el objeto del contrato estatal y concluir si el pago que realizará corresponde o no a dicha obra. Un elemento fundamental es que existe un interventor o supervisor que está certificando la veracidad del pago que se realizará.¹⁵

Así las cosas, parecen suficientes estos dos elementos para que la fiduciaria realice los pagos y concluir que su obligación en este caso es de resultado. Sin embargo, persiste la duda sobre si la fiduciaria, aun contando con todos los elementos, puede tener alguna seguridad de que los recursos que está entregando serán destinados al objeto del contrato estatal. Sin embargo, debe advertirse que la fiduciaria no puede convertirse en interventor o supervisor del contrato estatal, existen terceros especializados en estos contratos que cumplen con dicha función y a ellos corresponde certificar la destinación de los recursos del anticipo.¹⁶ Lo anterior no

autoriza concluir que de esta forma la fiduciaria está delegando en un tercero una función que pudiera llegar a corresponderle, por cuanto tiene unos deberes indelegables¹⁷ que la obligan a realizar, entre otros, diligentemente y durante la ejecución del contrato fiduciario, todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia. Por otra parte, el interventor o supervisor del contrato estatal es designado por la entidad estatal contratante y tiene la función de vigilar el cumplimiento y ejecución del plan de inversión del anticipo y el contrato estatal en general, por tanto, se concluiría que la fiduciaria no podría estar delegando una responsabilidad que *per se*, recae desde el inicio en cabeza del interventor o supervisor.

Hasta aquí no se evidencia cuál ha sido el aporte de la Ley 1474 de 2011 al determinar que los recursos de anticipo se administren a través de un patrimonio autónomo, por cuanto la fiduciaria solo actúa como un administrador de recursos y, en el fondo, quien continúa garantizando la destinación de los recursos del anticipo sigue siendo el interventor o supervisor del contrato estatal.

Conforme se iban administrando dichos recursos, los contratos fiduciarios se fueron robusteciendo aún más, en el sentido de incluir (i) que los rendimientos financieros que pudieran generarse debían obligatoriamente entregarse a la entidad estatal así como los recursos recibidos del anticipo que no hubieren sido ejecutados por el fideicomitente por cualquier razón, y (ii)

15 Las sociedades fiduciarias han incluido en sus contratos cláusulas que regulan el procedimiento de pago, en los siguientes términos: "Procedimiento para la realización de pagos: en desarrollo de lo dispuesto en este contrato la fiduciaria procederá a efectuar, con los recursos administrados, el pago destinado a atender las órdenes de pago que imparta el Fideicomitente, siempre que los mismos correspondan al plan de inversión del anticipo entregado por el fideicomitente, y previo visto bueno del Supervisor, cuya firma se encuentra registrada en la fiduciaria. La fiduciaria se abstendrá de realizar cualquier pago que no se encuentre en el plan de inversión del anticipo o que encontrándose dentro de este, no guarde relación con el contrato de obra".

16 Precisamente en este punto, el artículo 84 de la Ley 1474 de 2011 indica que la supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento de las obligaciones por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

17 Estos se encuentran regulados en el artículo 1234 del Código de Comercio.

causales de terminación del contrato fiduciario relacionadas con la declaración de caducidad o de terminación unilateral por parte de la entidad estatal contratante, a efectos de indicar que en dichos casos se daría por terminado de inmediato el contrato fiduciario y los recursos que se estuvieren administrando serían entregados de inmediato a la entidad estatal.¹⁸

Así las cosas, es acertado el manejo que le han dado algunas sociedades fiduciarias a los rendimientos generados por la inversión de los recursos del anticipo en Carteras Colectivas (hoy Fondos de Inversión Colectiva), lo cual se sustenta en el Decreto 4730 de 2005, en el cual se indica que los rendimientos financieros que se originen con recursos de la Nación, incluidos los negocios fiduciarios, deben ser consignados en la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional en el mes siguiente de su recaudo.

En este aspecto, la Sala de Consulta Civil y Servicio Civil del Consejo de Estado, en radicado n.º 1.802 de 2007 indicó respecto a la destinación de los rendimientos generados por los recursos del patrimonio autónomo, originados en un contrato de concesión, lo siguiente:

2. Los rendimientos de los recursos entregados a título de anticipo por INVÍAS/INCO, debe-

rán ser reintegrados: a) a la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 4730 del 2005; o, b) a la tesorería de INVÍAS/INCO, cuando esos rendimientos sean fruto de los recursos propios de estos institutos. Se reitera que no es jurídicamente viable estipulación en contrario a las disposiciones de las normas orgánicas de presupuesto.

No obstante la claridad anterior, la Ley 1474 de 2011 no define de los recursos el interventor del Cmiñar como garantizar circunstancia la Fiducia se convierte en un Supervisor o Interventor del Ceseterminó quién era el beneficiario de los rendimientos que se llegaren a generar por la inversión que realizara la fiduciaria con los recursos del anticipo. Lamprea Rodríguez (2007) anota cómo el anticipo no pierde nunca su carácter de bien del presupuesto, y asegura que en el contrato se dispondrá que los rendimientos producidos mientras se agota pertenecen a la entidad estatal. Algunas entidades estatales, como el Departamento Nacional de Planeación – Programa de Renovación de la Administración Pública, han emitido comunicaciones en las que aclaran que los rendimientos de estos recursos pertenecen al tesoro. Sin embargo, la minuta del contrato fiduciario publicada por Colombia Compra Eficiente omite el tema de los rendimientos y deja un vacío respecto a su beneficiario, por cuanto se limita a indicar que los rendimientos deben registrarse contablemente como parte del patrimonio autónomo.

En este punto juega un papel importante el módulo de registro de negocios fiduciarios de la Superintendencia Financiera de Colombia, a

18 En la revisión que se efectuó a varios contratos fiduciarios se encontró redacciones de cláusulas relacionadas con el manejo de los rendimientos del anticipo del siguiente tenor: "CUARTA. Manejo de los recursos: los recursos que ingresen al fideicomiso serán recibidos en la cuenta previamente indicada por la fiduciaria, e invertidos en la Cartera Colectiva administrada por la fiduciaria, que cumple con los requisitos establecidos en el Decreto 1525 de 2008, mientras se destinan al cumplimiento del objeto del Contrato. ... Los rendimientos que eventualmente genere la inversión de los recursos, son propiedad de la Aerocivil, por tanto se transferirán mensualmente a la cuenta informada por esta Entidad".

través del cual las sociedades fiduciarias informan los contratos fiduciarios suscritos. Dicho módulo fue modificado en el año 2013 debido a los requerimientos de información relacionados con procesos de supervisión, llevados a cabo por la Superintendencia y por otros entes gubernamentales o de control. La modificación radicó en incluir el campo *¿administra recursos públicos?* y dos opciones de respuesta: SI o NO. Si la respuesta es NO el sistema habilita un nuevo campo: *¿presenta participación directa o indirecta del Estado?* Si la respuesta es afirmativa el sistema habilita el campo: *inscripción agentes del negocio*, en el cual se deben incluir los datos de nivel, sector, entidad y otros.¹⁹ En este procedimiento, si la sociedad fiduciaria selecciona en el registro del negocio que los recursos de anticipo NO son públicos, tiene la opción de indicar si existe participación directa o indirecta del Estado, paso que se presta a error, ya sea por confundir la naturaleza jurídica de los recursos del anticipo, o por registrar equivocadamente el contrato fiduciario de anticipo; si elige SI, el sistema habilita unos campos en los cuales se debe incluir los datos de la entidad pública que actúa como fideicomitente, datos que para nuestro caso no puede incluir la fiduciaria por cuanto en este contrato el fideicomitente es un privado.

Al involucrar a un tercero en este contrato estatal, como lo es la sociedad fiduciaria, cabe preguntarse cuál es la obligación de esta en la ejecución de los recursos de anticipo y si puede ver

comprometida su responsabilidad por una inadecuada ejecución del anticipo por parte de su fideicomitente. En el contrato fiduciario se han incluido obligaciones de la fiduciaria, algunas de ellas indelegables según el artículo 1234 del Código de Comercio y otras relacionadas con la inversión de los recursos, la realización de pagos de acuerdo con lo indicado en el contrato, rendición de cuentas, entre otras. La *Minuta del contrato de fiducia mercantil* publicada por Colombia Compra Eficiente ha recogido la mayoría de obligaciones que son incluidas en este tipo de contratos por las sociedades fiduciarias, exigencias que están principalmente orientadas a las revisiones que debe realizar la fiduciaria en el momento del pago.

En este punto se debe mencionar un tema que llama la atención, y es que en el mencionado artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 se indica que la fiducia o patrimonio autónomo se constituye con el fin de garantizar que los recursos del anticipo se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente. Pero cuando la ley habla de garantizar no es clara en indicar a qué se refiere. Si consultamos su significado en el *Diccionario de la lengua española* encontramos que es “dar garantía” y garantía es “cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad”. Cabe entonces la pregunta: ¿la fiducia garantiza efectivamente que los recursos del anticipo se apliquen a la ejecución del contrato? Evidentemente no, y no lo garantiza por cuanto la fiduciaria no tiene cómo asegurar que efectivamente el fideicomitente va a invertir los recursos del anticipo en el respectivo contrato, por ende, la obligación de la fiduciaria está encaminada a

19 El registro de los negocios fiduciarios ante la Superintendencia Financiera de Colombia se encuentra reglamentado en la Carta Circular 45 de 7 de mayo de 2013 de esta misma entidad.

poner toda su capacidad para la realización del objeto del respectivo contrato.

No obstante lo anterior, y frente al deber de diligencia que le asiste a la fiduciaria, esta no puede convertirse en un simple pagador siguiendo las instrucciones de su fideicomitente, sino que debe efectivamente controlar que los pagos estén en concordancia con el objeto del contrato estatal.²⁰

2. Decreto 1510 de 2013

Frente a los anteriores interrogantes y con la creación de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, el Departamento Nacional de Planeación reglamentó el sistema de compras y contratación pública mediante el Decreto 1510 de 2013, a través del cual se buscó incorporar las mejores prácticas internacionales en la planeación de la contratación y la compra pública, hacer ajustes en el registro único de proponentes, en la capacidad residual, la subasta inversa, el concurso de méritos, la aplicación de acuerdos comerciales, el régimen de garantías y la administración de los anticipos a través de la fiducia, entre otros. En relación con el manejo de anticipos, el Decreto indica lo siguiente:

Artículo 35. Patrimonio autónomo para el manejo de anticipos. En los casos previstos en la ley, el contratista debe suscribir un contrato de

fiducia mercantil para crear un patrimonio autónomo, con una sociedad fiduciaria autorizada para ese fin por la Superintendencia Financiera, a la cual la Entidad Estatal debe entregar el valor del anticipo.

Los recursos entregados por la Entidad Estatal a título de anticipo dejan de ser parte del patrimonio de esta para conformar el patrimonio autónomo. En consecuencia, los recursos del patrimonio autónomo y sus rendimientos son autónomos y son manejados de acuerdo con el contrato de fiducia mercantil.

En los pliegos de condiciones, la Entidad Estatal debe establecer los términos y condiciones de la administración del anticipo a través del patrimonio autónomo.

En este caso, la sociedad fiduciaria debe pagar a los proveedores, con base en las instrucciones que reciba del contratista, las cuales deben haber sido autorizadas por el supervisor o el interventor, siempre y cuando tales pagos correspondan a los rubros previstos en el plan de utilización o de inversión del anticipo.

Con esta reglamentación se buscó dar mayor claridad respecto a inquietudes que estaba presentando el sector fiduciario en relación con cómo debían manejarse los recursos del anticipo. Inicialmente, la reglamentación es clara en indicar que el contrato que debe suscribir el contratista con la sociedad fiduciaria debe ser un contrato de fiducia mercantil. Dicha aclaración pretende evitar confusiones en cuanto a si el anticipo puede manejarse en un encargo fiduciario, lo que me parece válido por cuanto podría pensarse que cuando el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 habló de fiducia, dentro de

²⁰ Lamprea (2007) enuncia el contrato estatal como manifestación de la iniciativa administrativa, que se sujeta a estricta vigilancia constitucional, legal y reglamentaria. En principio nace de lo que las partes acuerdan; pero sobre todo se rige por normas imperativas que las partes no pueden incumplir.

este término podría incluirse la de un encargo fiduciario.

La afirmación de que los recursos entregados por la Entidad Estatal a título de anticipo dejan de ser parte del patrimonio de esta para conformar el patrimonio autónomo, y que por consiguiente tanto los recursos como sus rendimientos son autónomos, admite dos interpretaciones:

1. La primera es que efectivamente cuando la entidad estatal entrega los recursos a título de anticipo estos dejan de formar parte de su patrimonio y entran a conformar un patrimonio autónomo en cumplimiento de lo establecido en el contrato de fiducia. Como lo afirma la Superintendencia Financiera de Colombia en Concepto 2003018295-1 del 23 de mayo de 2003 “el contrato de fiducia mercantil implica, como aspecto esencial, la transferencia de los bienes afectos al cumplimiento de una finalidad determinada y comporta el surgimiento de un patrimonio autónomo deslindado del resto del activo del fiduciario sujeto a dicha finalidad”. De lo anterior podría entenderse que con dicha transferencia se traslada la propiedad de los recursos, y por ende estos se convierten en privados por cuanto ahora pertenecen al mencionado patrimonio autónomo.
2. Si bien la entidad estatal se desprende de los recursos para que con estos se conforme un patrimonio, y como consecuencia de ello tanto los recursos del anticipo como los eventuales rendimientos que se generen por

su administración también son autónomos, no podría concluirse que los recursos son por consiguiente privados. En principio no resulta coherente que el legislador, a través de la Ley 1474 de 2011, pretendiera que con la administración de dichos recursos a través de un patrimonio autónomo estos se convirtieran en privados. Si esta hubiera sido su intención tal circunstancia se habría aclarado completamente desde el inicio; de otro lado y como se mencionó en la primera parte de este capítulo, los recursos que se entregan a título de anticipo son públicos y solo se convierten en privados una vez el contratista realiza su amortización ante la entidad contratante. Adicionalmente, no es posible que la inclusión de la fiduciaria para la administración de estos recursos derive en la posibilidad de convertir los recursos en privados, pues esta figura aparece para garantizar la destinación de estos.

Es pertinente precisar que en las discusiones preliminares que se realizaron respecto del Decreto 1510 de 2013, tanto la Agencia Nacional de Contratación Pública como la mayoría del sector fiduciario expresaron que debido a que con los recursos del anticipo se conformaba un patrimonio autónomo, dichos recursos así como sus rendimientos eran de carácter privado. Lo anterior lo podemos ver en la segunda versión del Proyecto de decreto: “Artículo 62. Patrimonio autónomo para el manejo de anticipos. ... Los recursos entregados por la Entidad Estatal a título de anticipo dejan de ser parte del patrimonio de esta para conformar el patrimonio autónomo. En consecuencia, los recursos del

patrimonio autónomo son recursos de carácter privado, así como sus rendimientos”.

No obstante lo anterior, y a pesar de que las discusiones tanto entre la Agencia como en el sector fiduciario daban por sentado que la redacción del decreto sería esta, la versión definitiva cambió la definición de que los recursos de anticipo eran recursos privados para hablar de que se trataba de recursos autónomos. Ante tal cambio, la Asociación de Fiduciarias solicitó a la Agencia Nacional de Contratación aclarar qué debía entender el sector fiduciario en relación con que los recursos del anticipo fueran considerados recursos autónomos. La respuesta de la Agencia Nacional de Contratación consistió en indicar que los recursos del anticipo así como sus rendimientos constituyen el patrimonio autónomo, que los rendimientos financieros no eran propiedad ni del fideicomitente ni del beneficiario del respectivo patrimonio autónomo y que estos debían administrarse de acuerdo con lo indicado por la Entidad Estatal Contratante en el pliego de condiciones.

Es lógico que el Decreto Reglamentario no incluyera que los recursos del anticipo eran privados, a pesar de que en las versiones preliminares se indicaba esto. Finalmente, por alguna razón la Agencia Nacional de Contratación decidió cambiar su denominación por autónomos, razón que es justificada por cuanto es claro tanto jurisprudencial como doctrinariamente que el anticipo es recurso público hasta que se efectúe su amortización, por ende, no podría por vía de reglamento cambiarse la naturaleza jurídica a los recursos.

Ahora bien, el Decreto Reglamentario indica que la Entidad Estatal Contratante deberá establecer en los pliegos de condiciones, los términos y condiciones de la administración del anticipo a través del patrimonio autónomo, sin embargo, en muchos de estos contratos se transcribe el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 y no se refiere en nada a cómo deben administrarse los recursos del anticipo.²¹ De igual manera, el Decreto Reglamentario no indica cómo deben manejarse estos recursos en el evento que la entidad contratante no lo establezca.

Es necesario resaltar que entidades gubernamentales se han interesado en incluir al sector fiduciario, inicialmente en la reglamentación y ahora en el funcionamiento del patrimonio autónomo para la administración de los recursos de anticipo. Sin embargo, como se indicó, la redacción tanto de la Ley como del Decreto Reglamentario no fue suficientemente clara y permite diversas interpretaciones.

Lo dicho hasta aquí permite afirmar que es el propio legislador el que ha permitido que existan dudas respecto a la naturaleza jurídica del anticipo administrado a través de un patrimonio autónomo, puesto que fue él quien tuvo la oportunidad de determinar el esquema de administración de los recursos, y quien debió indicar que los recursos del anticipo entregados al contratista continúan siendo del Estado, y que a

21 Un ejemplo de cómo algunos contratos estatales no hacen referencia a cómo deben administrarse los recursos del anticipo, lo encontramos en la cláusula séptima del Contrato de Prestación de Servicios y Dotación por Licitación Pública n.º 024 de 2013, celebrado entre el Departamento de La Guajira y Echeverry Gutiérrez & CIA S en C, disponible en: www.contratos.gov.co

pesar de constituir con ellos un patrimonio autónomo en el cual el fideicomitente es el contratista, la figura se presenta así porque el Estado mantiene con el contratista, respecto a estos recursos, un contrato de mandato, a través del cual el contratista en nombre de la entidad estatal aporta los recursos del anticipo al fideicomiso. De haberlo hecho así no existirían los vacíos que se presentan actualmente, ya que no se entiende cómo el contratista (fideicomitente) aporta a un patrimonio autónomo en el cual se transfiere la propiedad de unos recursos que no son suyos sino de la entidad estatal. Teniendo en cuenta lo anterior, nuestra propuesta es que el legislador revise el proceso de administración y manejo de los recursos del anticipo y corrija este vacío legal que se viene presentando en la administración de estos.

II. ¿INSTRUMENTO CON LIMITACIONES?

A. Responsabilidad de la fiduciaria en la administración de estos recursos

Cuando la sociedad fiduciaria administra recursos públicos, por su calidad de profesional se le exige una mayor responsabilidad. En efecto, como lo anota Rodríguez Azuero (1997, p. 22), la fiduciaria debe poner toda su capacidad y esfuerzo en la obtención de la finalidad prevista en el acto constitutivo. Lo anterior exige que la fiduciaria actúe siempre de manera prudente y diligente, so pena de que si no lo hace pueda ver comprometida su responsabilidad. Este tema toma especial importancia en los negocios fidu-

ciarios donde se administran los recursos del anticipo, ya que en el evento que su responsabilidad se vea comprometida no es claro cómo entraría a responder, con una particularidad, y es que eventualmente podría responder por estos recursos ante la entidad estatal, la cual en principio sería una beneficiaria residual. Adicionalmente, como lo menciona la Ley 1474 de 2011, toda la información tanto financiera como contable de la fiducia que se constituya para la administración del anticipo puede ser consultada por los organismos de vigilancia y control fiscal.

La Contraloría General de la República es la encargada del control fiscal sobre los recursos públicos que son administrados por entidades públicas o particulares. De acuerdo con el artículo 4° del Decreto 267 de 2000, son sujetos de vigilancia y control fiscal, los particulares que cumplan funciones públicas, respecto de los bienes públicos que obtengan o administren o cuando manejen bienes o recursos de la Nación, es decir, que la fiduciaria está sujeta a este control por cuanto administra los recursos públicos de anticipo.

El control fiscal sobre los anticipos estará encaminado a verificar que efectivamente los recursos hayan sido destinados y utilizados adecuadamente en la ejecución del respectivo contrato estatal. Al tener la fiduciaria la administración de los recursos públicos, la Contraloría eventualmente le podría iniciar un proceso de responsabilidad fiscal²² cuando encuentre una

22 El proceso de responsabilidad fiscal se encuentra regulado en la Ley 610 de 2000, cuyo artículo 1 indica lo siguiente: "El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas ade-

indebida utilización de los recursos entregados a título de anticipo. En este evento la fiduciaria deberá demostrar que actuó con la debida diligencia y que realizó los pagos solicitados por el contratista de acuerdo con lo estipulado en el contrato fiduciario.

A pesar de lo anterior, la fiduciaria está expuesta a un riesgo y es que la Ley 1474 de 2011 indica que la fiduciaria se encuentra allí para garantizar la destinación de los recursos del anticipo, concepto que para efectos del proceso de responsabilidad fiscal podría llevar a que, eventualmente, los organismos de control concluyan que la intervención de la fiducia en la administración de los recursos de anticipo puede llegar a ser determinante, teniendo en cuenta que la fiduciaria es quien administra los recursos públicos y efectúa pagos a favor del contratista siempre que se cumplan los presupuestos establecidos en el contrato fiduciario.

Es importante resaltar que la responsabilidad fiscal recae sobre quienes hayan manejado bienes o recursos públicos,²³ y en ese sentido la fiduciaria es un sujeto de control y vigilancia por parte de la Contraloría. La Ley 1474 de 2011 dejó claro en el parágrafo del artículo 91, que la Contraloría puede solicitar a la fiduciaria información financiera y contable del patrimonio

lantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de esta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.”

23 La responsabilidad fiscal recae en forma directa sobre los funcionarios públicos o sobre los particulares que manejan bienes o recursos del Estado; esta se deriva de una conducta contraria a la ley.

autónomo, situación que podría parecer repetitiva teniendo en cuenta que así no existiera este parágrafo, al ser los recursos del anticipo públicos, la fiduciaria se convierte automáticamente en un sujeto de control. Sin embargo, las discusiones que se han presentado respecto a la naturaleza de los recursos confirman que era necesario dejar clara esta situación.

B. Con el mecanismo de administración de recursos de anticipo, contemplado en la Ley 1474 de 2011, ¿se sustituiría la póliza del buen manejo e inversión del anticipo utilizada en los contratos estatales?

La fiducia que se debe constituir como consecuencia de la Ley 1474 de 2011 no sustituye la póliza de buen manejo e inversión del anticipo.

Los contratos estatales que se rigen por la Ley 80 de 1993 deben contemplar mecanismos de cobertura del riesgo para efectos de garantizar las obligaciones que surgen a favor de las entidades públicas. Los mencionados contratos consideran diferentes tipos de seguros que buscan, dependiendo del momento contractual, proteger ciertos intereses. Así podemos encontrar seguros de seriedad de la oferta, cumplimiento de obligaciones del contrato, estabilidad de la obra, calidad del servicio, pago de salarios, buen manejo y correcta inversión del anticipo, devolución del pago anticipado, entre otros.

El Decreto 4828 de 2008, mediante el cual se expidió el régimen de garantías en la contratación de la administración pública, tuvo en cuen-

ta los diferentes riesgos que se buscan amparar a través de los seguros, en relación con la póliza del buen manejo e inversión del anticipo.²⁴ La Superintendencia Financiera de Colombia en Concepto 2010016885-001 del 20 de abril de 2010, titulado Seguro de Cumplimiento. Amparo y Riesgos Cubiertos, Entidades Estatales, indicó que la póliza busca cubrir 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. En relación con el primero, en la cartilla de Fasecolda *El seguro de cumplimiento como garantía de contratos estatales. Manual para usuarios*, se menciona la no inversión del anticipo y se hace referencia a su no utilización por parte del contratista; en cuanto al segundo, uso indebido, se refiere a darle al anticipo una destinación diferente al propósito con el que se pactó en el respectivo contrato, y en cuanto a la tercera, se ocupa de la utilización para sí del anticipo.

Para determinar si el esquema fiduciario propuesto por la Ley 1474 de 2011 podría reemplazar la contratación del seguro para cubrir los riesgos expuestos por la inversión y manejo del anticipo, es necesario revisar si a través de la fiducia se puede proteger a la entidad pública de la no inversión, uso indebido y apropiación indebida del anticipo por parte del contratista.

24 De acuerdo con el artículo 7 del Decreto 4828 de 2008, el valor de la garantía de Buen Manejo e Inversión del Anticipo, deberá ser equivalente al cien por ciento (100%) del monto que el contratista reciba a título de anticipo, en dinero o en especie, para la ejecución del contrato y, su vigencia se extenderá hasta la liquidación del contrato.

En relación con la no inversión del anticipo, se puede afirmar que el objeto del contrato fiduciario es precisamente el giro de los recursos del anticipo al contratista para dar cumplimiento a lo planteado en el plan de inversión del anticipo; sin embargo, si la fiduciaria no gira tales recursos, esto se puede deber principalmente a dos razones: la primera, que el contratista para ejecutar el plan de inversión del anticipo no necesitó de los recursos girados por la entidad pública a la fiduciaria y se valió de sus propios recursos; la segunda, que el contratista incumplió su obligación de dar inicio al contrato estatal y por esta razón no utilizó los recursos. En cualquiera de estos dos eventos la entidad pública está protegida, toda vez que los recursos se encuentran en el patrimonio autónomo, y dependiendo de una u otra situación se determinará quién es el beneficiario real de los recursos.

En cuanto al uso y apropiación indebida del anticipo, la fiduciaria tiene la obligación de verificar la destinación de los recursos, es decir, la fiduciaria los gira si encuentra que estos se ajustan al plan de inversión del anticipo y cuenta con la autorización del interventor del contrato. En este caso, la fiduciaria es un pagador de recursos que controla el cumplimiento de unos requisitos establecidos previamente en el contrato fiduciario. Ante un uso indebido la entidad pública tendría que iniciar un proceso en contra del contratista y el interventor. Contra la fiduciaria el panorama no es tan claro por cuanto si esta demuestra que efectuó todos los actos que debía adelantar y cumplió con lo indicado en el contrato fiduciario, su responsabilidad posiblemente no se vería comprometida. En este evento, la

póliza de buen manejo e inversión del anticipo protege de una mejor forma los intereses de la entidad pública.

En conclusión, como se indicó, la fiducia que se debe constituir como consecuencia de la Ley 1474 de 2011 no sustituye la póliza de buen manejo e inversión del anticipo, ya que la primera actúa como un mecanismo que precisamente busca evitar que ocurra el siniestro amparado por la póliza, mientras que la póliza busca garantizar a la entidad estatal el pago de unos perjuicios como consecuencia de una indebida utilización del anticipo. En este orden de ideas, la póliza de buen manejo e inversión del anticipo no está llamada a desaparecer, ya que el uso indebido de los recursos por parte del contratista es un riesgo todavía existente aunque minimizado gracias a la fiducia.

III. CONCLUSIONES

Los recursos recibidos a título de anticipo por parte del contratista, y que se deben administrar a través de un contrato de fiducia mercantil, son recursos públicos. No obstante lo anterior, es necesario adelantar una reforma al artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, a través de la cual se determine cómo se efectuará la transferencia de los recursos de anticipo por parte de la entidad estatal al contratista a través de la constitución del patrimonio autónomo, de forma tal que no se pueda asegurar que ya se ejecutó el presupuesto y que por tanto los recursos deben ser entendidos como privados. En este punto, como ya se mencionó, es necesario explorar la posibilidad

de utilizar alguna de las figuras que ofrece nuestra legislación, por ejemplo el contrato de mandato, a través de la cual la Entidad Estatal legislativa cuenta del Estado las figuras que ofrece nuestra legislación vacía esta forma consideres del cual la entidad estatal encargaría al contratista la constitución del contrato de fiducia mercantil y de esta forma se conectaría y sustentaría jurídicamente la razón por la cual los recursos del anticipo continúan siendo públicos.

La entrega de los recursos de anticipo por parte de la entidad estatal a la fiduciaria para que con ellos se conforme un patrimonio autónomo, en los términos de la Ley 1474 y su Decreto Reglamentario, no modifica la naturaleza jurídica del anticipo. Como se expuso, el anticipo cambia su naturaleza pública a privada cuando el contratista (fideicomitente) amortiza estos recursos ante la entidad estatal, demostrando su correcta ejecución en el contrato y de acuerdo con lo establecido en el plan de inversión del anticipo.

Por otra parte, en la regulación sobre la administración de los recursos del anticipo se genera una inquietud, y es si la fiducia es una herramienta efectiva para garantizar la destinación de los recursos de anticipo en el contrato estatal. La respuesta, después de revisar la naturaleza jurídica del anticipo y cómo ha sido administrado por el sector fiduciario, puede llevar a concluir que tal vez la fiducia no es la respuesta para evitar la corrupción y los malos manejos por parte de algunos contratistas.

Incluso algunas organizaciones, en especial la Sociedad Colombiana de Ingenieros (2012), se

han manifestado en contra de la administración de los anticipos en fiducias, afirmando que estas no aportan valor a la gestión contractual, por el contrario, la evidencia indica que se han aumentado significativamente los costos financieros y los tiempos de trámite administrativo, sin garantizar el control real de los dineros, pues estas figuras no garantizan el control de los recursos públicos, lo que a la postre significa que la contratación está siendo menos eficiente, toma mayores tiempos de ejecución, ocasiona mayores costos y sin ningún beneficio adicional. El único beneficiario de esta medida es el sector financiero, que cobra altas tasas por la intermediación realizada.

Si bien el sector fiduciario se ha esforzado por no convertirse en un simple pagador del anticipo, en la práctica la Sociedad Fiduciaria no puede garantizar la destinación de los recursos a pesar de contar con figuras y elementos como el plan de inversión del anticipo y la aprobación del interventor o supervisor del contrato estatal, lo que llevaría a concluir que la fiduciaria está efectuando correctamente el pago de los recursos del anticipo sin que con ello se esté garantizando su destinación.

En cuanto a la responsabilidad de la fiduciaria en la administración de los recursos del anticipo, esta se vería aligerada por una situación, y es que es el interventor o supervisor del contrato quien garantiza la destinación y ejecución de los recursos, convirtiéndose la fiduciaria en una entidad que realiza pagos siempre que se cumplan ciertos requisitos.

La gran inquietud que queda es qué pasará cuando se llegue a presentar un caso de indebida destinación del anticipo y cómo entenderá el juez u organismo de control la actuación de la fiduciaria, ¿será suficiente que la fiduciaria demuestre que efectuó unos pagos en cumplimiento de lo establecido en el contrato fiduciario? o ¿será que el sector fiduciario está expuesto a responder frente a estas autoridades teniendo en cuenta que la ley es clara en indicar que la fiduciaria aparece como el tercero que garantizará la destinación de los recursos? La respuesta la dará el tiempo y la aplicación de esta ley.

Referencias

- Alcaldía de Bogotá. *Procedimiento de manejo de anticipo*. Obtenido de: http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/adminverblobawa?tabla=T_NORMA_ARCHIVO&p_NORMFIL_ID=92&f_NORMFIL_FILE=X&inputfileext=NORMFIL_FILENAME
- Asociación de Fiduciarias de Colombia. (Agosto 1 de 2013). *La evolución del negocio fiduciario y los riesgos asociados: visión del supervisor*. En Primer Congreso de Asociación de Fiduciarias. Obtenido de Superfinanciera: <https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile1005015&downloadname=20130801superfinanciero.ppt>
- Asociación de Fiduciarias. Comunicación n.º 07290 de 13 de agosto de 2013.

- Autorregulador del Mercado de Valores en Colombia. (2013). *Educación financiera para todos. Todo lo que debe saber del negocio fiduciario*. Obtenido de AMV: <http://www.amvcolombia.org.co/attachments/data/20130315183750.pdf>
- Bonivento Fernández, J. A. (2012). *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. (Décima octava ed.). Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Causa, J. A. (2004). Alcances del anticipo y el pago anticipado. *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, (21), 96-105. Obtenido de Uninorte: http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/21/4_ALCANCES%20DEL%20ANTICIPO%20Y%20EL%20PAGO_DERECHO_No%2021.pdf
- Colombia Compra Eficiente. (2014). *Guía para el manejo de anticipos mediante contrato de fiducia mercantil irrevocable*. Recuperada el 9 de octubre de 2014 de: http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140809fiduciaanticipospublicacion.pdf_.pdf
- Colombia Compra Eficiente. *Comunicación de 26 de septiembre de 2013*.
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación 1.802 de 7 de marzo de 2007. C. P.: Enrique José Arboleda Perdomo.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 1999. Exp. 10.607. M. P.: Ricardo Hoyos Duque.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 18.709 de 2000. M. P.: María Elena Giraldo Gómez.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 12513 de 2000. M. P.: María Elena Giraldo Gómez.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 13.436 de 2001. M. P.: Ricardo Hoyos Duque.
- Contraloría General de la República. Concepto 062754-06 del 7 de diciembre de 2006.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 19.562 de 2005. M. P.: Herman Galán Castellanos.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia 11001-22-03-000-2009-00814-01 de 2009. Exp. 10.607. M. P.: Jaime Alberto Arrubla Paucar.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia 9641. M. P.: Jorge E. Córdoba Poveda.
- Departamento Nacional de Planeación. (2013). *Memoria justificativa. Proyecto de Decreto Reglamentario "Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación Pública"*. <http://www.cdc.gov.co/cdc/v5/files/Capacitaciones/Contratacion12082013/memoria%20justificativa%20del%20decreto%201510%20de%202013.pdf>

- Departamento Nacional de Planeación. (24 de octubre de 2011). Concepto 20118010594111 de 2011. Reglamentación de anticipos. Obtenido de contratos.gov.co: <https://www.contratos.gov.co/Archivos/DocsPregFrec/antipo/01.pdf>
- El seguro de cumplimiento como garantía de contratos estatales. Manual para usuarios.* (s.f.). Obtenido de Fasecolda: [http://www.fasecolda.com/fasecolda/BancoMedios/Documentos%20PDF/og%20cartilla\(2\).pdf](http://www.fasecolda.com/fasecolda/BancoMedios/Documentos%20PDF/og%20cartilla(2).pdf)
- Estructura de un plan de inversión del anticipo.* (24 de septiembre de 2013). Obtenido de Fonade: http://www.fonade.gov.co/images/website/pdf/fmi013_plan_inversion_antipov2.xls
- Galofre Amín, P. A. (2006). *El esquema fiduciario en la contratación estatal, su aplicación en el contrato de concesión infraestructura vial: el manejo de los recursos de la concesión a través del negocio fiduciario*. [Tesis de Maestría]. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Lamprea Rodríguez, P. A. (2007). *Contratos estatales*. Bogotá: Temis.
- Obligaciones de la fiduciaria.* (2014). Obtenido de Colombia compra eficiente: <http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140117fiduciaanticipospublicacion.pdf>
- Pino Ricci, J. (2005). *Régimen jurídico de los contratos estatales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado. *Concepto 244 de 2009*. P. D.: Francisco Manuel Salazar Gómez.
- Procuraduría Segunda Delegada para la Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Ref. Casación n.º 19.562 de 2005. Juana Marina Pachón Rojas
- Proyecto de decreto por el cual se reglamente el sistema de compras y contratación pública.* (s.f.). Obtenido de sci.org: http://www.sci.org.co/images/mailling/ProyectoDecreto_v2%202013.pdf
- Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la lengua española*. (22.ª ed.). Madrid, España: Autor. Obtenido de Rae: <http://lema.rae.es/drae/?val=garantizar>
- Rodríguez Azuero, S. (1997). La responsabilidad del fiduciario. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, (309).
- Rodríguez Azuero, S. (2005). *Negocios fiduciarios: su significación en América Latina*. Bogotá: Legis.
- Senado de la República. (Septiembre 7 de 2010). Proyecto de Ley 142 de 2010 “Por el cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectivi-

dad del control de la gestión pública”. *Gaceta del Congreso* n.º 607.

Sistema Electrónico de Contratación Pública. *Detalle del proceso número SDH-LP-04-2013*. (s. f.). Obtenido de Sistema Electrónico de Contratación Pública: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=13-1-103544>

Sociedad Colombiana de Ingenieros. (Diciembre de 2012). *Propuesta de la ingeniería nacional para mejorar la contratación pública en Colombia*.

Superintendencia Financiera de Colombia. *Concepto 2010016885-001 del 20 de abril de 2010*. Seguro de cumplimiento, amparo y riesgos cubiertos, entidades estatales.

Superintendencia Financiera de Colombia. *Concepto n.º 2003018295-1 del 23 de mayo de 2003*. Fiducia mercantil. Síntesis: definición, ampliación o modificación del plazo. Finalidad del negocio fiduciario. Extinción.