

80112-EE56733

Bogotá D.C., Agosto 21 de 2012.

Doctor
WILFRIDO CÓRDOBA MOYA
Alcalde Municipal
Calle Principal Beté
Municipio del Medio Atrato (Chocó)

ASUNTO: Contratación Pública – Anticipo Constitución Fiducia - Art. 91 Ley 1474 de 2011.

1. ANTECEDENTE

En oficio fechado en Beté, Medio Atrato (Chocó) el 4 de julio de 2012, solicita se le aclare lo dispuesto en el art. 91 de la Ley 1474 de 2011, según el cual *“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”*.

Pasa luego a explicar que se suscribió un contrato de salud por \$ 192 millones, pactándose un anticipo del 30% por valor de \$ 57.600.00 y el contratista le informa a usted que no puede crear la fiducia, ya que en los bancos el tope establecido para esta figura es por valores iguales o superiores a \$ 500 millones. Agrega que los bancos manifiestan que la fiducia no se constituye para valores tan bajos, ya que los costos de manejo son altos y a la larga podrían afectar la ejecución del contrato.

Sostiene finalmente que similar circunstancia se puede presentar en la mayoría de los municipios del Chocó donde las contrataciones superan la menor cuantía pero no alcanzan los topes para constituir fiducia.

2. NORMATIVIDAD APLICABLE

Art. 91 Ley 1474 de 2011.

3. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Nos permitimos advertirle ante todo que la labor de esta Oficina sirve de fuente de orientación que guía la acción de los funcionarios estatales, pero no les es dado pronunciarse sobre casos concretos y particulares como el que plantea en su consulta.

Como usted lo recuerda, el art. 91 de la Ley 1474 de 2011 prevé para asegurar su uso adecuado, que los recursos entregados a los contratistas en concepto de anticipo en algunos contratos sean administrados por una fiducia o que con ellos se constituya un patrimonio autónomo.

Ha sostenido al respecto el Departamento Nacional de Planeación que “...es deber del contratista constituir un patrimonio autónomo o una fiducia para administrar los recursos del anticipo a él desembolsados para los siguientes casos:

- a. Contratos de obra de valor superior a la menor cuantía
- b. Contrato de concesión de valor superior a la menor cuantía
- c. Contratos de salud de valor superior a la menor cuantía
- d. Todos los contratos que resulten del procedimiento de licitación pública

Para los demás casos, la norma legal no previó regulación alguna, por lo que la entidad estatal, no obstante lo dicho, deberá disponer de otras medidas que permitan asegurar la correcta inversión del anticipo y que su amortización corresponda a los bienes y servicios efectivamente ejecutados a satisfacción.

Así, teniendo en cuenta que las condiciones de plazo, valor, condiciones para el desembolso entre otras dependen de cada caso particular y concreto, estos son aspectos que deben regularse contractualmente propendiendo por la protección del erario público permitiendo el flujo de caja de los contratistas, de manera segura pero eficiente.

De esta forma, es pertinente aclarar que la Ley 1474 de 2011 fue expedida el 12 de julio fecha a partir de la cual es exigible esta obligación al contratista para los contratos que no se hubieren suscrito a esa fecha...” (Nº. 20118010594111 del 24 de octubre de 2011 Proyecto de Contratación Pública, Programa de Renovación de la Administración Pública, Departamento Nacional de Planeación).

Ahora bien, si los bancos ponen obstáculo a la constitución de una fiducia cuando el valor del anticipo es muy bajo, creemos que ello no impide el desarrollo de la contratación, sino únicamente la entrega de sumas a título de anticipo.

A vista de la situación descrita en su consulta, la cual puede presentarse en otros municipios del país, remitiremos entonces copia de su solicitud a la Agencia Nacional de Contratación Pública para que dentro del ámbito de sus competencias adopte las medidas a que haya lugar.

4. CONCLUSIÓN

Obliga al contratista el art. 91 de la Ley 1474 de 2011 a constituir una fiducia o un patrimonio autónomo para el manejo del anticipo en los contratos de obra, concesión, de salud o los resultantes del procedimiento de licitación pública, excepto en los contratos de menor cuantía.

5. ALCANCE DEL CONCEPTO

Le recordamos finalmente que conforme al art. 43 del Decreto Ley 267 de 2000, es la Oficina Jurídica una dependencia asesora, por lo que los conceptos que emite carecen de fuerza vinculante, según el carácter que les atribuye el art. 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Le informamos además que los conceptos expresados por esta dependencia con relación a éste y otros temas pueden ser consultados visitando el enlace “Información al Ciudadano-Normatividad” de nuestro portal institucional: <http://www.contraloriagen.gov.co>.

Cordial Saludo,

RAFAEL ENRIQUE ROMERO CRUZ
Director Oficina Jurídica

Proyectó: Carlos Daniel Cuenca V., Profesional
Revisó: Wilson Báez Salcedo, Asesor
Radicado 2012ER66564