

PROCESO EJECUTIVO CONTRACTUAL / TÍTULO EJECUTIVO / RECURSO DE APELACIÓN / REQUISITOS DEL TÍTULO EJECUTIVO / JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / TRIBUNAL ADMINISTRATIVO / MANDAMIENTO DE PAGO

La norma aludida [Artículo 328 del Código General del Proceso] impide que el ad quem se pronuncie acerca de aquellos requisitos del título ejecutivo diferentes a los que fueron expresamente tratados por el auto impugnado y cuestionados por el apelante a través de su acto procesal.(...) En consecuencia, sólo se resolverá el problema planteado por el recurrente en su escrito, y en caso de ser procedente la revocación de la decisión inferior por los motivos del recurso, se dispondrá el envío al Tribunal para que agote su competencia y determine si procede expedir el mandamiento verificando la totalidad de los requisitos formales y sustanciales del título ejecutivo, conforme las reglas procesales (Artículo 297 – CPACA y Artículo 422 – CGP).

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 297 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTÍCULO 422

CONTRATO / CONTRATO ESTATAL / ANTICIPO DEL CONTRATO / ANTICIPO DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATISTA / PRESTACIONES SOCIALES / GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO / PROCESO ORDINARIO / PROCESO EJECUTIVO / OBLIGACIONES DEL CONTRATO ESTATAL / OBLIGACIONES DEL CONTRATO / INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES / PLAZO / CONDICIÓN / CONCEPTO DE ANTICIPO DEL CONTRATO / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / ENTREGA DEL ANTICIPO DEL CONTRATO / OBLIGACIONES LABORALES / CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO / PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO / PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / CONSORCIO / JUEZ / DEBERES DEL JUEZ / FACULTADES DEL JUEZ / FUNCIONES DEL JUEZ / TÍTULO EJECUTIVO / EJECUCIÓN DEL CONTRATO / PLAZO / MANDAMIENTO DE PAGO / REQUISITOS DEL TÍTULO EJECUTIVO / TÍTULO EJECUTIVO CONTRACTUAL / FALTA DE PAGO DE ANTICIPO DEL CONTRATO ESTATAL / PAGO DE ANTICIPO DEL CONTRATO ESTATAL

[L]a función del anticipo en el contrato es, de entrada, financiar las prestaciones del contratista, y hace razonable el amparo del buen manejo y correcta inversión de estos recursos dentro de la garantía única de cumplimiento. (...) [S]u pacto en el contrato estatal apareja una serie de derechos y obligaciones recíprocas para las partes, que en caso de incumplimiento las legitima para ejercer las acciones ordinarias y ejecutivas pertinentes. De un lado, para la contratante contempla la obligación de entregar, conforme a lo pactado, una suma determinada al contratista y el derecho a que los recursos se ejecuten en la proporción y forma acordada en el negocio; del otro, a la contratista le asiste el derecho de recibir oportunamente el anticipo y la obligación de aplicarlo en el bien o servicio objeto de la prestación a su cargo (...) Tampoco puede soslayarse la destinación específica y exclusiva del anticipo a la ejecución del contrato, pero ello no obsta para establecer que la exigibilidad depende de imperativos legales, además del plazo o condición establecida por las partes del contrato (...) [E]l propósito del anticipo, esto es, apalancar el contrato desde su inicio hace que, por regla general, la ejecución del objeto contractual no sea considerada como una condición de la cual dependa su entrega. Pero, en cualquier caso, el análisis del anticipo siempre se sujeta a lo que las partes hayan pactado en el acuerdo de voluntades por cuanto se trata de una obligación nacida del contrato. (...) De lo pactado [En el caso bajo estudio] subyacen los parámetros contractuales (muchos de ellos, de origen legal) para que la contratista, ejecutante en este proceso, exija

coercitivamente la entrega del anticipo. A saber, se tuvieron que producir varias prestaciones a cargo del contratista: (i) el cumplimiento de las obligaciones laborales, prestacionales y parafiscales, mediante la acreditación de tal circunstancia, de acuerdo al artículo 50 de la Ley 789 de 2002 y al artículo 23 de la Ley 1150 de 2007; (ii) la constitución de una fiducia o patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los dineros del anticipo, conforme al artículo 91 de la Ley 1474 de 2011; (iii) la satisfacción de los requisitos de perfeccionamiento y legalización del contrato que marcan el momento en que la obligación se hace exigible, esto es, la firma del contrato, la aprobación del Municipio de la garantía única de cumplimiento presentada por el Consorcio, y el registro presupuestal que respalde el contrato. Son estos, y no otros, los aspectos a analizar por parte del juez de la ejecución para establecer si el título ejecutivo contiene una obligación exigible, en este caso particular. En relación con la ejecución del contrato, las partes dispusieron que el acta de inicio en la cual se contempla el momento en que comienza el plazo de ejecución contractual no estaría condicionado a la entrega del anticipo; y no a la inversa (que el anticipo dependa del acta). Es decir que, desde la perspectiva del acuerdo de voluntades, las partes no sometieron la entrega del anticipo al inicio, desarrollo o culminación de la ejecución contractual, por lo que no podía volverse una condición para que el Municipio honrara su obligación. Del mismo modo, extrañar que el contrato no se haya ejecutado para negar el carácter exigible de la obligación de entregar el anticipo contradice la naturaleza, funciones y finalidades que el ordenamiento jurídico ha perfilado sobre dicha figura. Al ser descartado el motivo para denegar el mandamiento de pago, el Despacho revocará la providencia del a quo, que deberá revisar todos los elementos formales y sustanciales del título ejecutivo contractual alegado por la parte ejecutante y proferir mandamiento de pago.

FUENTE FORMAL: LEY 789 DE 2002 – ARTÍCULO 50 / LEY 1150 DE 2007 – ARTÍCULO 23 / LEY 1474 DE 2011 – ARTÍCULO 91

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el anticipo de los contratos, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de septiembre de 2015, exp. 36878, C.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz; sentencia de 27 de marzo de 2014, exp. 29205, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 16 de mayo de 2019, exp. 85001-23-31-000-2007-00159-01(40102); sentencia del 8 de agosto de 2001. Rad. AC-10966 - AC-11274; sentencia del 13 de septiembre de 1999, exp. 10607, C.P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia del 13 de julio de 2000, exp. 12513, C.P. María Elena Giraldo Gómez; sentencia del 10 de noviembre de 2000, exp. 18709, C.P. María Elena Giraldo Gómez; sentencia del 22 de junio de 2001, exp. 12136, C.P. Jesús María Carillo Ballesteros; sentencia del 11 de diciembre de 2003, exp. 13348, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; sentencia del 19 de agosto de 2004, exp. 14111, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia del 22 de junio de 2001, exp. 13436, C.P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia del 5 de julio de 2006, exp. 24812, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 29 de enero de 2004, exp. 10779, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; sentencia del 27 de marzo de 2003, exp. 22900, C.P. María Elena Giraldo Gómez; sentencia del 29 de enero de 2004, exp. 10779, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez y sentencia del 27 de enero de 2000. exp. 17017, C.P. María Elena Giraldo Gómez

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá D.C., dos (2) de octubre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 52001-23-33-000-2019-00002-01 (63644)

Actor: CONSORCIO LA UNIÓN

Demandado: MUNICIPIO DE LA UNIÓN

Referencia: PROCESO EJECUTIVO CONTRACTUAL

Temas: Límite de competencia del superior en apelación de autos. Anticipo en el contrato estatal. Exigibilidad del título ejecutivo.

AUTO SEGUNDA INSTANCIA

El Despacho resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutante en contra del auto del 30 de enero de 2019 proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño – Sala Segunda de Decisión, que negó el mandamiento de pago.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

El 14 de noviembre de 2018, mediante apoderado judicial, el Consorcio La Unión (en adelante, el Consorcio) formuló demanda ejecutiva¹ en contra del Municipio de La Unión (en adelante, el Municipio). Pedía que se librara mandamiento de pago por los siguientes conceptos y guarismos: (i) El correspondiente al anticipo pactado en el contrato de obra No. SO-01-12-2015, por la suma de \$ 2.298.967.474,00; (ii) por concepto de actualización del capital, entre el 10 de febrero de 2016 y el 31 de octubre de 2018, por valor de \$ 233.644.166,09; (iii) por intereses moratorios, durante el período comprendido entre el 1º de enero de 2016 y el 31 de octubre de 2018, por valor de \$820.674.316,35.

En el apartado de fundamentación fáctica, el demandante expuso que el 17 de diciembre de 2015 luego de resultar adjudicatario la licitación pública n° 008-2015, celebró el contrato de obra n° SO-01-12-2015 con el Municipio, cuyo objeto consistió en la *“Construcción del centro regional de acopio y comercialización (sic) de abastos en el Municipio de La Unión Subregión Juanambu – Nariño”* por valor de \$4.597.934.949.

De acuerdo con la cláusula quinta del mencionado acuerdo de voluntades, se pactó dentro de la “forma de pago” que el 50% del valor total del contrato, equivalente a \$2.298.967.474,00, se pagaría como anticipo. La obligación estuvo condicionada al cumplimiento los requisitos de perfeccionamiento y legalización

¹ F. 1-10, c. 1.

del contrato, y se estipuló expresamente que la orden de inicio de la ejecución no dependería del pago del anticipo y viceversa.

Según el contrato, los requisitos de perfeccionamiento y legalización eran (i) la aprobación de la garantía única de cumplimiento, (ii) el registro presupuestal; (iii) la constitución de una fiducia o patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos recibidos a título de anticipo; (iv) la demostración del cumplimiento de las obligaciones relacionadas con el sistema de seguridad social integral y parafiscal a cargo del contratista.

Según el demandante, él: (i) constituyó y entregó póliza única de cumplimiento y de responsabilidad civil extracontractual, las cuales fueron aprobadas por el Municipio; (ii) el ente territorial expidió el registro presupuestal que soporta el financiamiento del contrato; (iii) el Consorcio celebró un contrato de fiducia mercantil de administración y pago con destinación específica para el manejo del anticipo; y (iv) certificó estar al día en el pago de aportes al sistema de seguridad social y parafiscales.

El 30 de diciembre de 2015, el Consorcio radicó los documentos ante la administración municipal para el pago del anticipo sin recibir respuesta alguna. El 10 de febrero de 2016, el contratista presentó cuenta de cobro por el valor del anticipo, y desde entonces ha pedido insistentemente el giro de los dineros pero su petición no ha sido contestada hasta la fecha, pese a que existe obligación contractual clara, expresa y actualmente exigible para el desembolso de esos recursos.

1.2. El auto recurrido

El Tribunal Administrativo de Nariño – Sala Segunda de Decisión negó el mandamiento de pago mediante auto del 30 de enero de 2019² al considerar que el título ejecutivo allegado no contenía una obligación actualmente exigible. Allí, invocando un pronunciamiento de la Sección Tercera del Consejo de Estado³ expresó que:

“... si el anticipo constituye un préstamo en favor del contratista y corresponde a una suma de dinero que finalmente le pertenece a la respectiva entidad pública, no puede concluirse que la obligación cuya ejecución persigue el Consorcio La Unión sea exigible, pues lo cierto es que se pretende un pago de un monto derivado de la celebración de un contrato de obra que aún no se ha ejecutado.

Por lo anterior, ante la ausencia del elemento de la exigibilidad, la Sala se abstendrá de librar mandamiento de pago.”

Uno de los magistrados miembro de la Sala de Decisión salvó su voto⁴ considerando que la decisión mayoritaria impuso un requisito no previsto por el contrato para pagar el anticipo, consistente en que se haya ejecutado la obra. Además, sostiene que a fin de establecer la exigibilidad de la obligación es irrelevante analizar la propiedad de los dineros del anticipo, o concebir dicha figura como un préstamo. Propone como ejemplo los contratos de mutuo en los cuales

² F. 68-70, c. ppal.

³ Cita un fragmento de la providencia del 22 de junio de 2001 de esta Corporación. Rad. 44001-23-31-000-1996-0686-01(13436)

⁴ F. 78-80, c. ppal.

procedente la ejecución forzada de la obligación de entregar la suma de dinero a quien funge como deudor cuando el acreedor no la haya cumplido.

1.3. El recurso de apelación

La parte actora impugnó la providencia anteriormente referida⁵ y solicitó su revocatoria para que en su lugar se profiera el mandamiento de pago perseguido.

Dentro de los argumentos que expuso el recurrente para sustentar su impugnación, invocó pronunciamientos jurisprudenciales⁶ en los cuales se precisa la naturaleza del anticipo y su exigibilidad, para manifestar que esta figura no tiene el carácter de préstamo de la entidad al contratista, y que al ser leal con sus obligaciones el contratista cumplido tiene legitimación en la causa para ejercer las acciones respectivas, incluyendo las ejecutivas, con el propósito de exigir la ejecución de la obligación incumplida. Así las cosas, expresa que el anticipo es una forma de pactar los pagos en favor del contratista, lo que le otorga el carácter de exigible.

El apelante se extrañó de que en el auto por él recurrido se haya hecho uso del argumento de la naturaleza del anticipo como préstamo de recursos, cuando es la conducta de no pagar esa suma debiendo hacerlo lo que confiere exigibilidad a la obligación y la hace apta para generar intereses de mora.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

El artículo 75 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 104 numeral 6 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011 – CPACA) establecen que los procesos ejecutivos iniciados en contra de las entidades públicas que sean originados en los contratos celebrados por estas son conocidos por esta Jurisdicción.

Además, el Despacho es competente toda vez que se trata de un recurso de apelación interpuesto contra una providencia del Tribunal Administrativo de Nariño (Artículo 150 – CPACA), que rechaza la demanda ejecutiva (Artículo 243-1 *ejusdem*) negando el mandamiento de pago (Artículo 438 del Código General del Proceso – Ley 1564 de 2012 - CGP), en un proceso que supera el monto exigido por el estatuto procesal administrativo (Artículo 155-7 - CPACA) para tener vocación de segunda instancia en virtud de su cuantía.

2.2. Alcance del presente pronunciamiento. Límite del superior al decidir el recurso de apelación contra el auto que niega el mandamiento de pago

Según el artículo 328 del CGP, la competencia del superior que decide el recurso de apelación contra autos se limita a pronunciarse únicamente *“sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley”* (inciso primero) y particularmente a *“tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias”* (inciso tercero).

⁵ F. 73-77, c. ppal.

⁶ Providencias del 5 de julio de 2006. Rad. 68001-23-15-000-1998-01597-01(24812), del 12 de febrero de 2014. Rad. 410012331000199709849 01 (31682), y del 27 de marzo de 2014. Rad. 25000232600020030170501 (29205).

La norma aludida impide que el *ad quem* se pronuncie acerca de aquellos requisitos del título ejecutivo diferentes a los que fueron expresamente tratados por el auto impugnado y cuestionados por el apelante a través de su acto procesal.

Luego, pese a ser solicitado por el apelante, en el presente pronunciamiento no se decidirá sobre el decreto del mandamiento de pago en contra del Municipio por cuanto únicamente un aspecto –el de la exigibilidad de la obligación- respecto de una temática puntual – el carácter exigible del anticipo pactado en el contrato- fue objetada por la parte actora, estando los demás presupuestos para proferir mandamiento de pago por fuera de la competencia de esta Colegiatura.

En consecuencia, sólo se resolverá el problema planteado por el recurrente en su escrito, y en caso de ser procedente la revocación de la decisión inferior por los motivos del recurso, se dispondrá el envío al Tribunal para que agote su competencia y determine si procede expedir el mandamiento verificando la totalidad de los requisitos formales y sustanciales del título ejecutivo, conforme las reglas procesales (Artículo 297 – CPACA y Artículo 422 – CGP).

2.3. Problema jurídico

En línea con lo expuesto, corresponde al Despacho develar si la naturaleza jurídica del anticipo en los contratos estatales impide, en el presente caso, configurar un título ejecutivo contentivo de una obligación exigible a la entidad pública contratante.

2.4. Análisis del Despacho

Las normas legales tratan el anticipo de los contratos estatales en dos preceptos: (i) el inciso primero del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, que establece la posibilidad de pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos pero hasta el límite del 50% del valor del contrato y (ii) el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 cuyo texto prescribe:

“ARTÍCULO 91. ANTICIPOS. 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.

PARÁGRAFO. La información financiera y contable de la fiducia podrá ser consultada por los Organismos de Vigilancia y Control Fiscal.” (Se subraya)

Por su parte la Sección Tercera, en uno de sus pronunciamientos más recientes sobre la noción de anticipo, sostiene que se trata del:

“...recurso o suma correspondiente a un porcentaje del valor total del contrato, pactado como contraprestación, que la entidad pública le entrega al contratista para que sea invertida específicamente en la ejecución del contrato y sea manejada generalmente en cuenta separada, con imposición de obligaciones relacionadas con legalización y amortización de la

inversión, de suerte que el monto entregado como anticipo no ingresa al patrimonio del contratista sino cuando ha sido debidamente amortizado^{7, 8}

Este concepto está integrado al extenso conjunto de pronunciamientos en torno a la figura del anticipo en los contratos estatales⁹, y del cual pueden extraerse criterios pacíficos como el que manifiesta que dicho dinero no hace parte del patrimonio del contratista y le pertenece a la entidad contratante hasta tanto se amortice. De allí se deduce que la función del anticipo en el contrato es, de entrada, financiar las prestaciones del contratista, y hace razonable el amparo del buen manejo y correcta inversión de estos recursos dentro de la garantía única de cumplimiento.

No obstante, la jurisprudencia no siempre ha sido uniforme en precisar las características relevantes de la figura. Así por ejemplo, ha vacilado en definir la forma en que se entregan los recursos del anticipo al contratista, si a modo de préstamo¹⁰, de mera tenencia¹¹ o si el anticipo no es nada diferente a una modalidad de pago del precio del contrato¹². Igualmente, algunos pronunciamientos han cuestionado si las bases jurisprudenciales que inicialmente diferenciaron el anticipo del pago anticipado¹³ deben revisarse¹⁴. Tampoco ha

⁷ “Al respecto, consultar, entre otras, la sentencia dictada el 7 de septiembre de 2015 por la Sección Tercera – Subsección C del Consejo de Estado, exp. N° 25000-23-26-000-2004-01002-01(36878). C.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz. Asimismo, la sentencia de fecha 27 de marzo de 2014, exp. N° 25000-23-26-000-2003-01705-01(29205), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.” (cita n° 35 original de la sentencia citada).

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 16 de mayo de 2019. Rad. 85001-23-31-000-2007-00159-01(40102)

⁹ Ver, entre otros: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 8 de agosto de 2001. Rad. AC-10966 - AC-11274; y Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Providencias del 13 de septiembre de 1999. Rad. 10607; del 13 de julio de 2000. Rad. 12513; del 10 de noviembre de 2000. Rad. 18709; del 22 de junio de 2001. Rad. 12136; del 11 de diciembre de 2003. Rad. 25000-23-26-000-1993-08696-01(13348); del 19 de agosto de 2004. Rad. 25000-23-26-000-1994-00114-01(14111).

¹⁰ En un pronunciamiento, la Sección Tercera (en: Sentencia del 22 de junio de 2001. Rad. 44001-23-31-000-1996-0686-01(13436)) expresó que “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.” (Subrayas originales del texto). Sin embargo la Subsección A (en: Sentencia del 12 de febrero de 2014. Rad. 41001233100019970984901 (31682)) cuestionó esta concepción porque: (i) salvo las entidades financieras estatales, por regla general las entidades públicas no tienen facultades para desarrollar actividades crediticias; (ii) no existe “soporte en el presupuesto de la entidad que permita destinar una partida de sus recursos al otorgamiento de créditos”; y (iii) atendiendo las características del contrato de mutuo en el derecho privado no “resultaría ajustado afirmar que el dinero que por ese concepto se entrega en realidad nunca ingresa al patrimonio del contratista”.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 20 de octubre de 2014. Rad. 66001-23-31-000-1999-00435-01 (24809), referida por la Sección Primera de la misma Corporación, en sentencia del 10 de marzo de 2016. Rad. 25000232400020050002901, en la que se expresó que: “los dineros entregados a un contratista a título de anticipo, no pasan a ser de su propiedad, pues apenas lo son a título de mera tenencia como quiera que en el sub iudice, se le entregaron al contratista para que comenzara la ejecución del objeto del contrato, por lo que el contratista los recibió a título de administrador no de propietario.”

¹² En la sentencia del 12 de febrero de 2014, ya citada, se indicó que el anticipo “en realidad constituye una modalidad de pago que las partes en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad libremente pueden convenir, cuya diferencia en relación con el pago anticipado resulta casi imperceptible y a la postre infructuosa”.

¹³ A pie de página n° 1 de la sentencia del 22 de junio de 2001 (Rad. 13436), ya citada, se expresa: “La diferencia que la doctrina encuentra entre anticipo y pago anticipado, consiste en que el primero corresponde al primer pago de los contratos de ejecución sucesiva que habrá de destinarse al cubrimiento de los costos iniciales, mientras que el segundo es la retribución parcial que el contratista recibe en los contratos de ejecución instantánea. La más importante es que los valores que el contratista recibe como anticipo, los va amortizando en la proporción que vaya ejecutando el contrato; de ahí que se diga que los recibió en calidad de préstamo; en cambio en el pago anticipado no hay reintegro del mismo porque el contratista es dueño de la suma que le ha sido entregada.”

¹⁴ Así, en sentencia del 5 de julio de 2006 (Rad. 68001-23-15-000-1998-01597-01(24812)), al admitir el reconocimiento de intereses moratorios derivados del incumplimiento de entregar el anticipo, la Sección Tercera expresó entre otras cosas que: “la distinción entre “anticipo” y “pago anticipado” para desestimar en el primer caso y admitir en el último los intereses moratorios partiendo de la pertenencia y amortización de los recursos, no es afortunada, por cuanto, la mora en el cumplimiento de la obligación y no en el pago, es el presupuesto de los intereses. // Es evidente que el contratista tiene derecho a recibir en la oportunidad pactada el anticipo y, si la entidad estatal no lo entrega en el término o plazo cierto consagrado en el contrato, de suyo, incurre en mora y, por su virtud, se generan y causan los intereses moratorios.” Por otra parte, la sentencia citada en el pie de página anterior, se indicó que el ordenamiento jurídico, en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 no distinguió las dos figuras sino que determinó la fijación de un límite cuantitativo, y agrega que no “resulta acertado considerar que el gran rasgo diferenciador que existiría entre el anticipo y el pago anticipado consista en que el manejo que el contratista imprima al primero de ellos debe estar debidamente justificado en la ejecución del contrato, mientras que el pago anticipado entraría al haber del contratista quien podrá disponer del mismo como a bien lo tuviera, pues en modo alguno puede pasarse por alto que en el evento de presentarse un incumplimiento contractual imputable al contratista, éste siempre tendrá que responder, atendiendo a las debidas proporciones, ya sea por la cantidad entregada a título de anticipo o por aquella recibida como pago anticipado.”

mantenido homogeneidad para señalar si en caso de incumplimiento de la entidad pueden reconocerse intereses moratorios a favor de la contratista¹⁵ o no, al margen que no entregar los recursos en los términos estipulados pueda producir perjuicios susceptibles de ser reclamados judicialmente¹⁶.

Ahora, pese a que en general esos temas revisten importancia práctica y teórica en otros ámbitos donde se deba analizar el anticipo, en el del presente proceso ejecutivo, cuyo motivo de discusión se centra en la exigibilidad del título ejecutivo básico para la emisión del mandamiento de pago, las anteriores disyuntivas son irrelevantes.

En efecto, si bien esos aspectos pueden recaer en otros presupuestos sustanciales del título ejecutivo, aseverar que este no contiene una obligación exigible equivale a decir que aún pende sobre ella un plazo o condición que todavía no se ha cumplido, o dicho en palabras de la jurisprudencia:

“...la exigibilidad de la obligación se debe, a la que debía cumplirse dentro de cierto término ya vencido, o cuando ocurriera una condición ya acontecida, o para la cual no se señaló término pero cuyo cumplimiento sólo podía hacerse dentro de cierto tiempo que ya transcurrió, y la que es pura y simple por no haberse sometido a plazo ni condición, previo requerimiento.”¹⁷

Por más discusiones que existan en torno a la figura del anticipo, no cabe duda que su pacto en el contrato estatal apareja una serie de derechos y obligaciones recíprocas para las partes, que en caso de incumplimiento las legitima para ejercer las acciones ordinarias y ejecutivas pertinentes¹⁸. De un lado, para la contratante contempla la obligación de entregar, conforme a lo pactado, una suma

¹⁵ “...los intereses de mora se deben en virtud de la ley, ante el incumplimiento del deudor de la obligación principal contraída y la entrega del anticipo en una relación contractual con el Estado, así se estén entregando dineros públicos y antes de la iniciación del contrato, no se libera de ser cumplida en la fecha convenida, ni libera a la entidad contratante incumplida responda por la sanción prevista, en este caso, los intereses de mora.” (Sentencia del 5 de julio de 2006, ya citada).

¹⁶ “De conformidad con lo expuesto la Sala infiere que, por tratarse de una suma de dinero que se entrega anticipadamente al contratista, no constituye una suma debida a título de pago, razón por cual su falta de entrega oportuna no produce los mismos efectos que el no pago oportuno de las actas parciales de obra, esto es, no determina la indemnización de perjuicios propia de la privación del pago de una suma de dinero, los intereses moratorios. // Dicho en otras palabras, como el anticipo, tal como quedó pactado en este caso, es una suma de dinero que no se transfiere al patrimonio del contratista a título de pago, su falta de entrega oportuna no conduce a la condena de los reclamados intereses moratorios. // Pese a lo dicho, la no entrega oportuna del anticipo podría causar perjuicios al contratista, caso en el cual estaría obligado a demostrarlos para que procediera la consecuente indemnización.” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2004. Rad. 25000-23-26-000-1993-8696-01(10779) – Subrayas originales del texto citado).

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 2003. Rad. 08001-23-31-000-1998-2113-03(22900).

¹⁸ “El anticipo es pacto en el contrato regulado por la ley, que proviene de la autonomía de la voluntad, que genera obligaciones y derechos recíprocos entre las partes, en momentos diferentes. En una primera instancia es obligación del contratante y derecho del contratista, de entregar y recibir – previa constitución de la garantía –, respectivamente, una suma determinada de dinero, con cargo a los recursos del contrato, con el objeto financiar al contratista en las prestaciones a su cargo (adquisición de bienes, servicios, obras etc). En segunda instancia el anticipo, en su resultado, constituye una obligación del contratista y un derecho del contratante, en los siguientes aspectos: -De inversión en los objetos determinados en el contrato y de pago por amortización, por parte del contratista. -De recibir, por amortización, y/o hacer efectiva la garantía de anticipo, o de cumplimiento, según el Estatuto de Contratación vigente, por parte del contratante, por hechos del contratista que impliquen mal manejo o incorrecta inversión de los dineros de propiedad pública. Las partes contratantes, acuerdan además en el contrato, las condiciones de efectividad, la proporción con el valor del contrato, la oportunidad en que debe entregarse, la vigilancia Estatal sobre las sumas y las amortizaciones. La obligación de entrega del anticipo está a cargo del contratante, la cual precede a la ejecución del objeto contractual, propio de los negocios jurídicos bilaterales, en los cuales se impone el cumplimiento de las obligaciones a cargo de uno de los cocontratantes para que el otro pueda ejecutar la prestación subsiguiente.” (Sentencia del 13-jul-00 ya citada). En otro pronunciamiento (Sent. del 5-jul-06, ya citada), la Sección sostuvo que: “b. La cláusula de anticipo es accidental, se inserta y pacta expresamente por las partes (art. 1501 c.c), y como tal es de obligatorio cumplimiento para la entidad estatal y un derecho para el contratista (art. 1.602 C.C.) // Por consiguiente, en caso de incumplimiento o de renuencia a su cumplimiento, el contratante cumplido o presto al cumplimiento, está legitimado para exigir la prestación in natura (la misma convenida) o el subrogado pecuniario (en cuanto sea admisible y posible) con la indemnización de perjuicios. Y, tal exigencia, de acuerdo con las características del título obligatorio y de la ley, podrá realizarse mediante las acciones pertinentes, ordinarias y ejecutivas, en éste último caso, no por la abstención, incumplimiento, sino por la prestación misma siempre, que tratándose del anticipo este sea una suma dineraria específica, concreta y singular.” (se subraya).

determinada al contratista y el derecho a que los recursos se ejecuten en la proporción y forma acordada en el negocio; del otro, a la contratista le asiste el derecho de recibir oportunamente el anticipo y la obligación de aplicarlo en el bien o servicio objeto de la prestación a su cargo¹⁹.

Tampoco puede soslayarse la destinación específica y exclusiva del anticipo a la ejecución del contrato, pero ello no obsta para establecer que la exigibilidad depende de imperativos legales, además del plazo o condición establecida por las partes del contrato. Al respecto, sobre el razonamiento de atar la exigibilidad del anticipo a las obligaciones derivadas de la ejecución del contrato, la jurisprudencia ha señalado:

“Pactado el anticipo - como carga del contratante - , obligación que tiene un turno de precedencia para la ejecución del objeto contractual en consideración a la bilateralidad del negocio jurídico, el cual impone el cumplimiento de las obligaciones a cargo de uno de los cocontratantes, para que el otro deba ejecutar la prestación que le corresponda en el tiempo.

En los contratos bilaterales las prestaciones son recíprocas, sometidas al principio contenido en la legislación civil, según el cual, “ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debido” (art. 1609 CC).

Por lo expuesto, es precisamente que no resulta acertado considerar que el pago del anticipo no es exigible porque el contratista no ha cumplido la obligación de rendir el informe final, referente al informe de la gestión realizada en la ejecución del contrato, pues es precisamente la ejecución del contrato a cargo del contratista la que pende del pago del anticipo.

La exigibilidad respecto del pago del anticipo no pende del cumplimiento de las obligaciones del contrato relacionadas con su ejecución, pues, en razón a su naturaleza y fundamento, debe pagarse el anticipo al contratista para que pueda ejecutar las obligaciones a su cargo, que surgen del contrato.

Es por lo anterior que la Sala no comparte el argumento del Tribunal con fundamento en el cual negó el mandamiento de pago, pues la obligación que afirmó incumplida por el contratista, consistente en la presentación del informe final de ejecución, aún no le era exigible pues la ejecución del contrato se afecta cuando el anticipo no le es pagado al contratista en la oportunidad que se pactó en el contrato.”²⁰ (Se subraya).

Así, el propósito del anticipo, esto es, apalancar el contrato desde su inicio hace que, por regla general, la ejecución del objeto contractual no sea considerada

¹⁹ En relación con la definición de amortización, la doctrina citada por la Sección Tercera de esta Corporación (en: Subsección A. Sentencia del 24 de febrero de 2016. Rad. 250002326000142601 (24812)), expresa que consiste “en la devolución paulatina del anticipo por parte del contratista al contratante con corte a la facturación, normalmente conviniéndose que de cada factura emitida por el contratista se haga un descuento porcentual, hasta tanto el anticipo sea totalmente devuelto al contratante, es decir amortizado, entrando, ahí sí, a formar parte del precio pactado en el contrato. En tales condiciones, como la amortización del anticipo está referida a la ejecución de un porcentaje de la obra en la misma proporción, a menos que el asegurador asuma de manera expresa tal riesgo dentro del amparo de anticipo, la NO amortización, vale decir, la no restitución al asegurado de un porcentaje del anticipo igual al de obra equivalente, no es un riesgo asociado a la utilización del anticipo o su apropiación.” (PÉREZ RUEDA, Christian Eduardo, “El amparo de anticipo en el seguro de cumplimiento entre particulares”, en Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, 2012, vol. 21, No. 37, pp. 204-205.)

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de enero de 2000. Rad. 17017.

como una condición de la cual dependa su entrega. Pero en cualquier caso, el análisis del anticipo siempre se sujeta a lo que las partes hayan pactado en el acuerdo de voluntades por cuanto se trata de una obligación nacida del contrato. Al expresar este criterio, la Sección ha sido clara:

“En cada caso la integración del título dependerá del convenio negocial en la medida en que son las partes, en uso de la autonomía de la voluntad, y a través de cláusulas accidentales, quienes establecen en el contrato la forma y las otras circunstancias en las cuales se produce la exigibilidad de la obligación de pago, de tal manera que el juez de la ejecución en cada caso concreto y con miras a determinar la existencia de un título ejecutivo, debe usar como parámetro lo que al respecto dispusieron las partes en uso de la libertad negocial.

Por manera que, no es suficiente plasmar en el contrato la obligación para una de las partes de pagar o entregar, según el caso, una suma de dinero, es necesario además, con miras a constituir un título ejecutivo, que en el contrato se haya señalado una fecha o momento cierto en el cual pueda predicarse la exigibilidad de esa obligación. Es decir la existencia de un título de recaudo ejecutivo constituido directamente por el contrato estatal, depende de que en éste se haya establecido la fecha o el momento cierto en el cual la obligación de pago o de entregar una suma de dinero, se hace exigible y de que la otra parte haya demostrado el cumplimiento de la obligación correlativa que da lugar a la exigibilidad de la obligación de pago o entrega de una suma de dinero. La ausencia de disposición convencional en tal sentido inhibe la posibilidad de demandar por la vía ejecutiva, antes de la terminación del contrato, el pago de las obligaciones surgidas del mismo, y corresponderá a las partes acudir en primera instancia a la acción contractual, para que sea el juez en el proceso ordinario quien determine si existe la obligación de pago y la fecha desde la cual se hizo exigible, para constituir así, con la sentencia, un título ejecutivo.”²¹

Tomando todo lo anteriormente expuesto, en el caso concreto, el contrato “N SO-01-12-15” del 17 de diciembre de 2015²² denominado “CONSTRUCCIÓN DEL CENTRO REGIONAL DE ACOPIO Y COMERCIALIZACIÓN DE ABASTOS EN EL MUNICIPIO DE LA UNION SUBREGIÓN JUANAMBU – NARIÑO” fue suscrito por valor de “CUATRO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$4.597.934.949)”, conforme a su cláusula cuarta. Allí mismo, las partes dispusieron el anticipo en la cláusula quinta, haciendo uso de estos términos:

“CLÁUSULA QUINTA. FORMA DE PAGO: El CONTRATANTE pagará a EL CONTRATISTA el valor estipulado en la cláusula anterior así: **1.** El CINCUENTA POR CIENTO (50%) del valor del contrato, en calidad de anticipo, girados al CONTRATISTA para la ejecución del proyecto de conformidad con lo preceptuado en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011. Dicho valor será amortizado con cada cuenta correspondiente a las actas de obra, en un porcentaje igual al entregado a título de anticipo; **2.** Se realizarán pagos parciales, hasta el cien por ciento (100%) del valor total de las respectivas actas parciales de obra ejecutada, previa presentación, aprobación y entrega de las mismas a la Interventoría y de los informes correspondientes debidamente aprobados, descontando, en todo caso, el

²¹ Sent. del 5-jul-06, ya citada.

²² F. 13-27, c. 1.

porcentaje del anticipo. **PARÁGRAFO PRIMERO:** Una vez cumplidos los requisitos de perfeccionamiento y legalización del contrato, el Municipio entregará un anticipo del cincuenta por ciento (50%) del valor básico del contrato, sin que la orden de inicio de la obra esté supeditada al pago del anticipo. **PARÁGRAFO SEGUNDO:** Para el pago del anticipo, como de las actas parciales mensuales, el contratista debe demostrar el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con los pagos por concepto de seguridad social integral y parafiscal. **PARÁGRAFO TERCERA** (sic): Los impuestos, retenciones y tasas a que esté sujeto el valor del contrato serán deducidas del pago del anticipo. **PARÁGRAFO CUARTO:** Conforme al Artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 y al Decreto 1082 de 2015, 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 estos se inviertan exclusivamente en la ejecución del contrato.”

Los requisitos de legalización y perfeccionamiento a los que alude el acuerdo fueron estipulados por el contrato en la cláusula trigésima cuarta, así:

“CLÁUSULA TRIGÉSIMA CUARTA. PERFECCIONAMIENTO, LEGALIZACIÓN Y REQUISITOS DE EJECUCIÓN: El presente contrato se perfecciona con la firma de las partes. Para la legalización se requiere: 1. Aprobación de la garantía única de cumplimiento. 2. El registro presupuestal del compromiso. Y para la ejecución se requiere: 1. El inicio de los trámites para giro efectivo por parte del CONTRATANTE al CONTRATISTA.”

De lo pactado subyacen los parámetros contractuales (muchos de ellos, de origen legal) para que la contratista, ejecutante en este proceso, exija coercitivamente la entrega del anticipo. A saber, se tuvieron que producir varias prestaciones a cargo del contratista: (i) el cumplimiento de las obligaciones laborales, prestacionales y parafiscales, mediante la acreditación de tal circunstancia, de acuerdo al artículo 50 de la Ley 789 de 2002²³ y al artículo 23 de la Ley 1150 de 2007²⁴; (ii) la constitución de una fiducia o patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los dineros del anticipo, conforme al artículo 91 de la Ley 1474 de 2011; (iii) la satisfacción de los requisitos de perfeccionamiento y legalización del contrato que marcan el momento en que la obligación se hace exigible, esto es, la firma del contrato, la aprobación del Municipio de la garantía única de cumplimiento presentada por el Consorcio, y el registro presupuestal que respalde el contrato. Son estos, y no otros, los aspectos a analizar por parte del juez de la ejecución para establecer si el título ejecutivo contiene una obligación exigible, en este caso particular.

En relación con la ejecución del contrato, las partes dispusieron que el acta de inicio en la cual se contempla el momento en que comienza el plazo de ejecución

²³ El inciso primero de esta norma prescribe: “ARTÍCULO 50. CONTROL A LA EVASIÓN DE LOS RECURSOS PARAFISCALES. La celebración, renovación o liquidación por parte de un particular, de contratos de cualquier naturaleza con Entidades del sector público, requerirá para el efecto, del cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, cuando a ello haya lugar. Las Entidades públicas en el momento de liquidar los contratos deberán verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron haber sido cotizadas.”

²⁴ “ARTÍCULO 23. DE LOS APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL. El inciso segundo y el parágrafo 1o del artículo 41 de la Ley 80 quedarán así: “Artículo 41. (...) Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda. // PARÁGRAFO 1o. El requisito establecido en la parte final del inciso segundo de este artículo, deberá acreditarse para la realización de cada pago derivado del contrato estatal.”

contractual no estaría condicionado a la entrega del anticipo; y no a la inversa (que el anticipo dependa del acta). Es decir que, desde la perspectiva del acuerdo de voluntades, las partes no sometieron la entrega del anticipo al inicio, desarrollo o culminación de la ejecución contractual, por lo que no podía volverse una condición para que el Municipio honrara su obligación.

Del mismo modo, extrañar que el contrato no se haya ejecutado para negar el carácter exigible de la obligación de entregar el anticipo contradice la naturaleza, funciones y finalidades que el ordenamiento jurídico ha perfilado sobre dicha figura.

Al ser descartado el motivo para denegar el mandamiento de pago, el Despacho revocará la providencia del *a quo*, que deberá revisar todos los elementos formales y sustanciales del título ejecutivo contractual alegado por la parte ejecutante y proferir mandamiento de pago, si así lo considera.

En mérito de lo expuesto, el Despacho,

RESUELVE

PRIMERO: REVÓQUESE el auto del 30 de enero de 2019 proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño – Sala Segunda de Decisión, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: En firme la presente providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado