



ASOCIACIONES DE MUNICIPIOS – Naturaleza

La Ley 1454 de 2011, orgánica del ordenamiento territorial, concibió a las asociaciones de municipios como una clase de los denominados esquemas asociativos territoriales, sobre los que el artículo 17 señala que «son entidades administrativas de derecho público, con personería jurídica y patrimonio propio e independiente de los entes que la conforman». De igual forma, el párrafo de esa norma indica que «en concordancia con lo previsto en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, las entidades territoriales podrán continuar asociándose mediante la celebración de convenios interadministrativos o mediante la conformación de personas jurídicas de derecho público o derecho privado».

En cuanto a la manera como se conforman las asociaciones de municipios, tanto la Ley 136 de 1994 – artículo 150–, como la Ley 1454 de 2011 – artículo 14–, establecen que se hace a través de convenios, en los términos indicados en dichas disposiciones. El citado párrafo del artículo 17 de la Ley 1454 de 2011 reconoce que las entidades territoriales pueden seguir asociándose a través de convenios interadministrativos, por lo que se entiende que la suscripción de convenios es un mecanismo para que las entidades territoriales se asocien. Además, la naturaleza y el carácter de persona jurídica que dichas leyes le atribuyen a las asociaciones de municipios conducen a entender que son entidades diferentes a los municipios que las conforman.

CONTRATO O CONVENIO INTERADMINISTRATIVO – Noción – Normativa – Criterio orgánico

La tipología del contrato o convenio interadministrativo fue creada en la Ley 80 de 1993, y el Decreto 1082 de 2015 la califica como aquella contratación entre entidades estatales. De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Modalidad de selección

[...] Si bien los contratos o convenios interadministrativos están previstos en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto en el 1082 de 2015, no quiere decir que solo puedan celebrarse entre entidades estatales que apliquen el régimen de contratación allí previsto, pues bien puede una entidad estatal sometida a la Ley 80 de 1993 celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo.

Un contrato o convenio interadministrativo no está determinado por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo. La Ley 1150 de 2007 establece que pueden celebrarse directamente, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, señalado en la ley o en sus reglamentos, a menos que, según las excepciones previstas en dicha ley, deba adelantarse un procedimiento con pluralidad de oferentes. Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.





CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Asociaciones de Municipios

[...] con fundamento en el párrafo del artículo 17 de la Ley 1454 de 2011, es posible que los esquemas asociativos de entidades territoriales señalados en la disposición, entre otros, las asociaciones de municipios celebren convenios interadministrativos con otras entidades estatales, con estricta observancia de los requisitos establecidos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998. Sin perjuicio de lo anterior, deben observarse las prohibiciones establecidas en el artículo 10 de la Ley 1150 de 2007 y en el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011.

ANTICIPO – Regulación normativa

En materia de contratación pública, la figura del anticipo está prevista en dos (2) normas: el inciso primero del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011. En cuanto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se dispone la posibilidad de pactar anticipos en los contratos, pero sujeto a determinadas limitaciones. En efecto, la norma prescribe que «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». Por su parte, el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 consagra una regla especial para el manejo del anticipo.

ANTICIPO – Definición jurisprudencial

[...], el Consejo de Estado se refirió a la noción de anticipo como «un 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».

ANTICIPO – Autonomía de la voluntad – Derechos y obligaciones recíprocas

Como característica esencial del anticipo, derivada del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, el pacto proviene de la autonomía de la voluntad de las partes. De allí que se generen una serie de derechos y obligaciones recíprocos entre ellas. Por un lado, el contratante tiene la obligación de entregar el valor pactado como anticipo y el derecho a que los recursos sean empleados en la forma estipulada. Por otro lado, el contratista tiene derecho a recibir dicho anticipo y la obligación de destinarlo a la ejecución del contrato.

CONSTITUCIÓN DE FIDUCIA O PATRIMONIO AUTÓNOMO IRREVOCABLE – Artículo 91 ley 1474 de 2011

El artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 consagra una regla especial para el manejo del anticipo. Según esta disposición, cuando se pacte en contratos de obra, concesión o salud, que no sean de menor o mínima cuantía, o en todos aquellos que se realicen por licitación pública, el contratista tiene la obligación de constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable. Lo anterior, para el manejo de los recursos desembolsados bajo el mencionado concepto, con el fin de garantizar que se destinen exclusivamente a la ejecución del contrato.

CONSTITUCIÓN DE FIDUCIA O PATRIMONIO AUTÓNOMO IRREVOCABLE – Ámbito de aplicación – Contratos aplicables





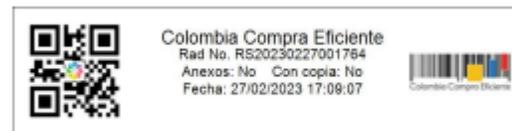
El artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 determina el ámbito de aplicación, al enumerar los casos en los cuales es deber del contratista constituir un patrimonio autónomo o una fiducia para administrar los recursos del anticipo. Para tales efectos, se establecen los siguientes contratos: i) obra, ii) concesión, iii) salud y iv) los contratos derivados de un proceso de Licitación Pública.

Es importante precisar que el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 excluye de su ámbito de aplicación a los contratos de obra, concesión y salud, siempre que estos sean adelantados mediante las modalidades de selección abreviada de menor cuantía y mínima cuantía. Sin embargo, cuando hay entrega de anticipo en estas modalidades de selección, tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias y razonables para asegurar el buen manejo y la correcta inversión del anticipo, entre las que se encuentra la constitución de una garantía.

INTERVENTORÍA – Adición de interventoría

La normativa aplicable a la prórroga y adición de los contratos de interventoría, incluidos los interadministrativos de interventoría, se prevé una clara y expresa excepción, contenida en el artículo 85 de la Ley 1474 de 2011, según la cual no es aplicable la regla que las limita a un tope máximo del 50% del valor inicial del contrato. En efecto, en los contratos de interventoría, incluidos los de interventoría celebrados entre entidades estatales, que serían interadministrativos, la regla aplicable es la de la «continuidad de la interventoría» y, por tanto, dichos contratos «podrán prorrogarse por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato objeto de vigilancia. En tal caso el valor podrá ajustarse en atención a las obligaciones del objeto de interventoría, sin que resulte aplicable lo dispuesto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993». En tal sentido, a juicio de esta Agencia en los contratos por los que pregunta el peticionario resulta aplicable el artículo 85 de la Ley 1474 de 2011.

Bogotá D.C., 27 de febrero de 2023



Señor
Diego Mauricio Cuellar
Ciudad

C-033 de 2023

Temas: ASOCIACIONES DE MUNICIPIOS – Naturaleza / CONTRATO O CONVENIO INTERADMINISTRATIVO – Noción – Normativa – Criterio orgánico / CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Modalidad de selección / CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Asociaciones de Municipios / ANTICIPO – Regulación normativa / ANTICIPO –





Definición jurisprudencial / ANTICIPO – Autonomía de la voluntad – Derechos y obligaciones recíprocos / CONSTITUCIÓN DE FIDUCIA O PATRIMONIO AUTÓNOMO IRREVOCABLE – Artículo 91 ley 1474 de 2011 / CONSTITUCIÓN DE FIDUCIA O PATRIMONIO AUTÓNOMO IRREVOCABLE – Ámbito de aplicación - Contratos aplicables / INTERVENTORIA - Adición de la interventoría

Radicación: Respuesta a consulta P20230116000324

Respetado señor Cuellar:

En ejercicio de las competencias otorgadas por el Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su petición recibida el 16 de enero de 2023.

1. Problema planteado

Usted formula la siguiente consulta:

Respecto del Funcionamiento de las Asociaciones de Municipios

- 1.Cuál es el régimen que aplica para la liquidación de prestaciones sociales de los empleados que laboran al servicio de una asociación de municipios?
2. Si una entidad del orden territorial aplica retención por concepto de retención en la fuente a las asociaciones de municipios, del cual no está obligado a pagar dado su régimen especial, cual sería el mecanismo para recuperar el referido recurso teniendo en cuenta que la DIAN no lo devuelve.
3. **¿Pueden las asociaciones de municipios recibir donaciones en dinero por parte de particulares?, en caso afirmativo, existe legalmente un monto máximo para ellas?**
4. Están obligadas las asociaciones de municipios a contar con un profesional de Control Interno y toda su estructura legal.
5. **¿Cuándo una asociación de municipios suscribe un convenio con un ente territorial, quien es la entidad competente para realizar la retención de los impuestos, tasas y contribuciones? Si, la respuesta es que la debe realizar el municipio, bajo que norma legal se sustenta.**
6. Las Asociaciones de municipios deben adoptar la versión 5.0. de los rubros presupuestales?





7. ¿Las Asociaciones de municipios deben declarar impuesto de industria y comercio?
 8. ¿Pueden las asociaciones de municipios realizar cobro coactivo? En caso afirmativo, que régimen les es aplicable o deben adoptar un manual para ello.

9. ¿Las normas NIIF son aplicables para las asociaciones de Municipios?

Respecto de la ejecución de Obras

- 1. ¿Legalmente existe una norma que regule los requisitos formales para desembolso y legalización de un anticipo en contratos de obra?**

- 2. Puede realizarse el reinicio de un contrato de interventoría, cuando el de obra esta suspendido, sustentando el reinicio en revisión de las pre actas de avance del contratista de obra?».**

2. Consideraciones

Teniendo en cuenta las competencias establecidas en los artículos 3, numeral 5 y 11, numeral 8 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública¹. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el

¹ La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 *ibidem* señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general».





procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Por esta razón, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente remitió por competencia al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Salud y Protección Social, Departamento Administrativo de la Función Pública – DAFP y la Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales – DIAN, las preguntas Nos. 1, 2, 4, 6, 7, 8 y 9 de la presente petición, mediante los radicados Nos. R20230124000451, RS20230124000452, RS20230124000453 y R20230124000454 de 23 de enero de 2023. Sin perjuicio de lo anterior, la Agencia se pronunciará en relación con las preguntas 3 y 5 del acápite «respecto del funcionamiento de las asociaciones de municipios» y las preguntas 1 y 2 del acápite «Respecto de la ejecución de Obras».

Con en el objetivo de dar respuesta a su petición de consulta, se analizarán los siguientes temas: i) Naturaleza jurídica de los esquemas asociativos territoriales y particularidades de su régimen de contratación; ii) posibilidad de que las entidades estatales celebren convenios interadministrativos con los esquemas asociativos territoriales; ii) el contrato estatal y los principios que lo rigen: aplicabilidad en contratos de donación; iv) naturaleza jurídica del anticipo; v) ámbito de aplicación del artículo 91 de la Ley 1474 de 2011; y vi) el contrato de interventoría: particularidades frente a la modificación del contrato.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha analizado el régimen jurídico aplicable a los esquemas asociativos territoriales, entre otros pronunciamientos, en los conceptos con radicado No. 2201913000009468 del 20 de diciembre de 2019, C-059 del 25 de febrero de 2020, C-659 del 10 de noviembre de 2020, C-788 del 21 de enero de 2021, C-054 del 10 de marzo de 2021, C-116 del 30 de marzo de 2021, C-149 de 8 de abril de 2021, C-284 del 18 de junio de 2021, C-554 del 6 de octubre de 2021 y C-249 del 16 de junio de 2022.

Igualmente, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en los conceptos con radicados números 414140000132 del 19 de enero de 2015, 414140001200 del 22 de enero de 2015, 4201714000000768 del 10 de marzo de 2017, 4201713000000879 del 24 de marzo de 2017, 4201713000002621 del 27 de julio de 2017, 4201714000004176 del 28 de agosto de 2017, 4201714000005628 del 11 de diciembre de 2017, 4201814000000698 del 14 de abril de 2018, C-049 del 21 de febrero de 2020, C-209 del 16 de marzo de 2020, C-693 del 25 de noviembre de 2020, C-731 del 14 de diciembre de 2020, C-154 del 18 de mayo de 2021 y C-842 de 7 de noviembre de 2022, abordó el análisis y estudio de la facultad de las entidades estatales para pactar la entrega de anticipos en los contratos estatales.

Además, en los conceptos C-062 del 25 de marzo de 2020, C-063 del 10 de marzo de 2021, C-277 del 21 de junio de 2021, C-411 del 17 de agosto de 2021, C-579 del 9 de noviembre de 2021, C-092 del 22 de marzo de 2022, C-152 del 1 de abril de 2022, C-784 del 21 de noviembre





de 2022, C-816 del 28 de noviembre de 2022 y C-938 de 27 de noviembre de 2022, analizó la definición y los límites de la adición del contrato estatal

Finalmente, en los conceptos con radicados números 414140000132 del 19 de enero de 2015, 414140001200 del 22 de enero de 2015, 4201714000000768 del 10 de marzo de 2017, 4201713000000879 del 24 de marzo de 2017, 4201713000002621 del 27 de julio de 2017, 4201714000004176 del 28 de agosto de 2017, 4201714000005628 del 11 de diciembre de 2017, 4201814000000698 del 14 de abril de 2018, C-049 del 21 de febrero de 2020, C-209 del 16 de marzo de 2020, C-693 del 25 de noviembre de 2020, C-731 del 14 de diciembre de 2020, y C-154 del 18 de mayo de 2021, abordó el análisis y estudio de la facultad de las entidades estatales para pactar la entrega de anticipos en los contratos estatales. La tesis propuesta reitera a continuación y se complementa en lo pertinente.

2.1. Naturaleza jurídica de los esquemas asociativos territoriales y particularidades de su régimen de contratación

El artículo 286 de la Constitución Política establece que «Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas». Además, dispone que «La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley». En desarrollo de este precepto normativo, la Ley 1454 de 2011, «por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones», regula los denominados *esquemas asociativos territoriales*, como mecanismos de cooperación entre aquellas entidades. En tal sentido, el artículo 10 de dicha Ley señala que «Constituirán esquemas asociativos territoriales las regiones administrativas y de planificación, las regiones de planeación y gestión, las asociaciones de departamentos, las áreas metropolitanas, las asociaciones de distritos especiales, las provincias administrativas y de planificación, y las asociaciones de municipios».

El artículo 148 de la referida Ley 136 de 1994 autorizó que «Dos o más municipios de uno o más departamentos podrán asociarse para organizar conjuntamente la prestación de servicios públicos, la ejecución de obras o el cumplimiento de funciones administrativas, procurando eficiencia y eficacia en los mismos, así como el desarrollo integral de sus territorios y colaborar mutuamente en la ejecución de obras públicas».

A su vez, la Ley 1454 de 2011, orgánica del ordenamiento territorial, concibió a las asociaciones de municipios como una clase de los denominados esquemas asociativos territoriales², sobre los que el artículo 17 señala que «son entidades administrativas de derecho

² «Artículo 10. Esquemas Asociativos Territoriales. Constituirán esquemas asociativos territoriales las regiones administrativas y de planificación, las regiones de planeación y gestión, las asociaciones de departamentos, las áreas metropolitanas, las asociaciones de distritos especiales, las provincias administrativas y de planificación, y las asociaciones de municipios».





público, con personería jurídica y patrimonio propio e independiente de los entes que la conforman». De igual forma, el párrafo de esa norma indica que «en concordancia con lo previsto en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, las entidades territoriales podrán continuar asociándose mediante la celebración de convenios interadministrativos o mediante la conformación de personas jurídicas de derecho público o derecho privado».

En cuanto a la manera como se conforman las asociaciones de municipios, tanto la Ley 136 de 1994 –artículo 150–³, como la Ley 1454 de 2011 –artículo 14–, establecen que se hace a través de convenios, en los términos indicados en dichas disposiciones⁴. El citado párrafo del artículo 17 de la Ley 1454 de 2011 reconoce que las entidades territoriales pueden seguir asociándose a través de convenios interadministrativos, por lo que se entiende que la suscripción de convenios es un mecanismo para que las entidades territoriales se asocien. Además, la naturaleza y el carácter de persona jurídica que dichas leyes le atribuyen a las asociaciones de municipios conducen a entender que son entidades diferentes a los municipios que las conforman.

Ahora bien, la normativa expuesta se relaciona con las asociaciones de entidades territoriales, particularmente de municipios. Sin embargo, lo anterior no implica desconocer la posibilidad que existe, en general, para las demás entidades estatales para asociarse, particularmente, con fundamento en lo prescrito en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, que permite la asociación de entidades públicas, estableciendo la posibilidad de conformar personas jurídicas sin ánimo de lucro⁵. Asimismo, el artículo 149 de la Ley 136 de 1994 estableció que las asociaciones de municipios «se rigen por sus propios estatutos y gozarán para el desarrollo de su objetivo, de los mismos derechos, privilegios, excepciones <sic> y prerrogativas otorgadas

³ Ley 136 de 1994: «Artículo 150. Conformación y funcionamiento. Las asociaciones para su conformación y funcionamiento se sujetarán a las siguientes reglas:

«1. Toda asociación de municipios será siempre voluntaria. *Se conformará mediante convenio* suscrito por sus alcaldes, previa autorización de los respectivos concejos» (Cursiva fuera de texto).

⁴ Ley 1454 de 2011: «Artículo 14. Asociaciones de municipios. Dos o más municipios de un mismo departamento o de varios departamentos, podrán asociarse administrativa y políticamente para organizar conjuntamente la prestación de servicios públicos, la ejecución de obras de ámbito regional y el cumplimiento de funciones administrativas propias, *mediante convenio o contrato-plan* suscrito por los alcaldes respectivos, previamente autorizados por los concejos municipales o distritales y para el ejercicio de competencias concertadas entre sí en un marco de acción que integre sus respectivos planes de desarrollo en un modelo de planificación integral conjunto» (Cursiva fuera de texto).

⁵ «Artículo 95. Asociación entre entidades públicas. Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

»Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Sus Juntas o Consejos Directivos estarán integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos internos, los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su representante legal».





por la ley a los municipios».

En cuanto a la constitución de los esquemas asociativos territoriales, el artículo 11 de la Ley en comento establece que «Las asociaciones de entidades territoriales se conformarán libremente por dos o más entes territoriales para prestar conjuntamente servicios públicos, funciones administrativas propias o asignadas al ente territorial por el nivel nacional, ejecutar obras de interés común o cumplir funciones de planificación, así como para procurar el desarrollo integral de sus territorios». En armonía con lo anterior, el artículo 17 del mismo cuerpo normativo señala, frente a la naturaleza de estos esquemas, que «Las asociaciones de departamentos, las provincias y las asociaciones de distritos y de municipios son entidades administrativas de derecho público, con personería jurídica y patrimonio propio e independiente de los entes que la conforman». Por tal razón, el artículo 18 les reconoce capacidad contractual.

Dicho lo anterior, cabe señalar que el régimen contractual de los esquemas asociativos territoriales es el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante EGCAP–. Lo anterior se fundamenta en lo previsto en el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, que define como entidades estatales, sujetas a dicho Estatuto a: «La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles». Así las cosas, el EGCAP establece que las personas jurídicas en las que el Estado tenga participación mayoritaria –como sucede, precisamente, en los esquemas asociativos territoriales– son entidades estatales, para efectos contractuales, razón por la cual se someten a dicho Estatuto.

De otro lado, incluso de forma más precisa, el fundamento normativo respecto del régimen contractual de los esquemas asociativos territoriales se encuentra en el artículo 10 de la Ley 1150 de 2007, que, de forma clara, señala que se regirán por el EGCAP. En efecto, dicha disposición prescribe: «Las cooperativas, las asociaciones conformadas por entidades territoriales y en general los entes solidarios de carácter público estarán sometidos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública». Por tanto, se concluye que el régimen contractual de estas entidades no es especial, puesto que, por mandato legal, se someten al EGCAP.

2.2. Posibilidad de que las entidades estatales celebren convenios interadministrativos con los esquemas asociativos territoriales

Para desarrollar el tema propuesto, es necesario estudiar el marco jurídico, iniciando por un análisis histórico. En tal sentido, la Ley 80 de 1993, en el parágrafo 1 del artículo 2, incluía a las





cooperativas y asociaciones de entidades territoriales en la categoría de entidades estatales sometidas a la Ley 80 de 1993, y las facultaba para suscribir convenios interadministrativos. En efecto, dicho párrafo disponía:

«Para los solos efectos de esta ley, también se denominan entidades estatales las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, las cuales estarán sujetas a las disposiciones del presente estatuto, especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas entidades».

En virtud de lo anterior, el párrafo del artículo 2 de la Ley 80 de 1993 facultaba a las cooperativas y asociaciones de entidades territoriales para celebrar convenios interadministrativos. Posteriormente, el numeral 2 del artículo 14 del Decreto 2170 de 2002 desarrolló la posibilidad de que los entes solidarios de carácter público, como las cooperativas y las asociaciones de entidades territoriales, pudieran suscribir directamente, sin necesidad de adelantar procesos de selección competitivos, convenios interadministrativos, siempre que se acreditaran los siguientes requisitos establecidos en la norma indicada:

«Artículo 14. De conformidad con lo previsto en el párrafo del artículo 2o. de la Ley 80 de 1993, los contratos que se celebren en desarrollo de los convenios interadministrativos estarán sujetos a dicha ley.
[...]

Cuando el objeto del contrato solamente pueda ser desarrollado por una entidad, el mismo se celebrará sin necesidad de adelantar proceso de selección alguno, circunstancia que deberá ser certificada por la Superintendencia de Economía Solidaria o quien haga sus veces en el caso de cooperativas o por el Ministerio del Interior en el caso de asociaciones de entidades territoriales».

No obstante la disposición transcrita fue objeto de modificación por el artículo 1 del Decreto 4375 de 2006, el cual restringió la libertad contractual de las cooperativas y asociaciones de entidades territoriales para celebrar convenios interadministrativos de forma directa, sometiéndolas a las reglas de la selección objetiva en caso de que estas pretendieran contratar o ser contratadas por una entidad estatal.

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, normativa que introdujo medidas para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública, se establecieron nuevos criterios para la celebración de convenios interadministrativos por parte de las cooperativas y asociaciones de entidades territoriales. Particularmente, el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 derogó de manera expresa el párrafo 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, que –como se indicó– permitía la celebración de convenios interadministrativos por parte de





cooperativas y asociaciones de entidades territoriales⁶. Además, en armonía con lo anterior, el artículo 10 de la Ley 1150 de 2007 estableció:

«Artículo 10. Tratamiento para las cooperativas y asociaciones de entidades territoriales. Las cooperativas, las asociaciones conformadas por entidades territoriales y en general los entes solidarios de carácter público estarán sometidos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. La celebración de contratos de entidades estatales con asociaciones o cooperativas de entidades territoriales y en general con entes solidarios, se someterá a los procesos de selección de que trata la presente ley, en los que participarán en igualdad de condiciones con los particulares».

A partir de la norma citada, para la celebración de contratos con entidades estatales, las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales deben someterse a los procesos de selección de la Ley 1150 de 2007, en igualdad de condiciones con los particulares. Así las cosas, la finalidad de la norma consiste en establecer que las cooperativas y las asociaciones conformadas por entidades territoriales y, en general, los entes solidarios de carácter público que pretendan celebrar contratos con las entidades estatales pueden hacerlo, siempre y cuando lo realicen mediante procedimientos competitivos, limitándose, en consecuencia, la modalidad de contratación directa.

De la evolución normativa expuesta se advierte que la prohibición de celebrar contratos mediante la modalidad de contratación directa, incluyendo la imposibilidad de acudir a la causal de contratos interadministrativos, por parte de asociaciones de entidades territoriales –o esquemas asociativos territoriales–, tiene como fundamento: i) El artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, el cual derogó de manera expresa el parágrafo del artículo 2 de la Ley 80 de 1993; y, particularmente, ii) el artículo 10 de la Ley 1150 de 2007, que establece que la celebración de contratos entre las entidades estatales y las asociaciones de entidades territoriales únicamente se puede realizar mediante un proceso competitivo, pues deben participar «en igualdad de condiciones con los particulares» y no mediante la modalidad de contratación directa, incluyendo en la prohibición acudir a la causal de los contratos interadministrativos.

No obstante, continuando con el análisis del desarrollo normativo, debe tenerse en cuenta que, con posterioridad a la Ley 1150 de 2007, se expidió la Ley 1154 de 2011, que en el parágrafo del artículo 17 establece la posibilidad que tienen las asociaciones de departamentos, las provincias y las asociaciones de distritos y de municipios de suscribir convenios

⁶ «Parágrafo 1. Para los solos efectos de esta ley, también se denominan entidades estatales las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, las cuales estarán sujetas a las disposiciones del presente estatuto, especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas entidades».





interadministrativos, en los términos establecidos en el artículo 95 de la ley 489 de 1998. En efecto, dicho artículo 17 señala:

«Las asociaciones de departamentos, las provincias y las asociaciones de distritos y de municipios son entidades administrativas de derecho público, con personería jurídica y patrimonio propio e independiente de los entes que la conforman.

Las asociaciones de departamentos podrán constituirse en regiones administrativas y de planificación, previa autorización de sus asambleas departamentales.

En ningún caso las entidades territoriales que se asocien podrán generar gastos de funcionamiento adicionales con cargo a su presupuesto o al presupuesto general de la Nación, ni incrementar la planta burocrática de las respectivas entidades que las conformen.

PARÁGRAFO. *En concordancia con lo previsto en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, las Entidades Territoriales podrán continuar asociándose mediante la celebración de convenios interadministrativos o mediante la conformación de personas jurídicas de derecho público o derecho privado». (Cursiva fuera del original)*

En los términos indicados, es posible que los esquemas asociativos de entidades territoriales señalados en la norma celebren convenios interadministrativos con otras entidades estatales, con estricta observancia de los requisitos establecidos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998.

Para finalizar el recuento normativo es necesario hacer referencia a la modificación realizada por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011 al literal c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. En efecto, el artículo 92 indicado prohíbe acudir a la causal de contratación directa para celebrar ciertas tipologías y objetos contractuales por parte de algunas entidades, incluyendo en esta restricción a las asociaciones de entidades públicas. En efecto, la disposición establece:

«Artículo 92. Contratos interadministrativos. Modificase el inciso primero del literal c) del numeral 4 del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.

Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos





contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo». (Cursiva fuera de texto)

La anterior constituye otra prohibición precisa para celebrar ciertos objetos y tipologías contractuales por parte de personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, incluidos los esquemas asociativos territoriales. En particular, se exceptúa la posibilidad de acudir a la causal de los contratos interadministrativos para celebrar directamente contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública.

Ahora, en relación con la pregunta No. 5 de su consulta, sobre la potestad para realizar el cobro de los impuestos, tasas y contribuciones por parte de estos esquemas asociativos, debe precisarse que, el artículo 338 de la Constitución Política asignó al Congreso, las Asambleas y los consejos distritales y municipales, respectivamente, la facultad de «imponer obligaciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos». Esto quiere decir que, la potestad tributaria se expresa a través de la ley y de los actos administrativos referidos, en los deberá determinarse, entre otros, la obligación tributaria y el sujeto activo o titular de los derechos de liquidación, recaudo y disposición de los recursos recaudados. Al respecto, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

«En síntesis, les corresponde definir: (i) al Congreso, la autorización del gravamen y el hecho generador, y (ii) a las asambleas y concejos, sus elementos estructurales. En efecto, la noción de “elementos básicos” se concentra en la autorización para la creación del tributo y el delineamiento, en todo caso genérico y sin pretensión alguna de exhaustividad, de los elementos estructurales. Esto requiere, como es apenas natural, un ejercicio autorrestringido de la competencia legislativa del Congreso, que se muestre compatible con el ámbito reconocido por la Constitución a los órganos representativos de las entidades territoriales»⁷.

Así las cosas, conforme con lo señalado por la Corte Constitucional la autorización del gravamen y su hecho generador deben determinarse por el Congreso de la República, mientras que los elementos básicos a las asambleas y concejos, de manera que, con base en lo establecido en el artículo 338 de la Constitución Política de Colombia y la Sentencia precitada, la entidad competente para realizar el recaudo de un tributo se encuentra determinado en los acuerdos y ordenanzas, razón por la que, en cada caso, deberá consultarse la norma que determina los elementos del tributo correspondiente.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-101 de 17 de marzo de 2022. MP: Gloria Stella Ortiz Delgado.





2.3. El contrato estatal y los principios que lo rigen: aplicabilidad en contratos de donación

El ordenamiento jurídico colombiano ha adoptado un criterio orgánico para determinar cuándo un contrato tiene la calidad de estatal. Según este criterio, todo contrato será estatal cuando al menos una de sus partes sea una entidad estatal, al margen del régimen aplicable al contrato, según lo establecido por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁸. Para una mejor comprensión del planteamiento anterior, es necesario remitirse al artículo 2° de la Ley 80, el cual define qué es una entidad estatal en los siguientes términos:

«Artículo 2°. De la definición de entidades, servidores y servidores públicos. Para los solos efectos de esta ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles»⁹.

Con base en lo anterior, se debe concluir que todo contrato, independientemente de su tipología y régimen jurídico, tiene la naturaleza de contrato estatal cuando alguna de sus partes es una entidad estatal, conforme lo expuesto en el párrafo transcrito anteriormente. Ahora bien, aterrizando las consideraciones anteriores a la consulta atendida en este concepto, cuando una entidad estatal celebra un contrato de donación, ya sea que la entidad estatal participe como donante o como donataria, estaremos frente a un contrato estatal. Por esta condición, ese negocio jurídico estará sujeto a todos los principios y reglas aplicables a los contratos estatales.

En cuanto a los principios, el artículo 209 de la Constitución Política¹⁰ estableció que la función administrativa está sometida a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Además de estos principios, la doctrina constitucional ha

⁸ Ley 80 de 1993: «Artículo 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación [...]»

⁹ Ley 80 de 1993, artículo 2°.

¹⁰ Constitución Política: «La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones».





considerado que a la contratación estatal le resultan extensivos principios propios de la legislación civil y comercial, tales como el principio de la autonomía de la voluntad, la buena fe, la conmutatividad de prestaciones, entre otros. Estos principios, tratándose de contratación estatal, han sido desarrollados en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Ley 80 de 1993¹¹ y Ley 1150 de 2007–, así como en la Ley 1712 de 2014, las cuales, a su vez, son reglamentadas por los Decretos 1081 y 1082 de 2015.

La Ley 80 de 1993 fue modificada, entre otras, por la Ley 1150 de 2007, norma que, al tenor de lo dispuesto en su artículo 1º, incorporó al ordenamiento legal ciertas reglas para la eficiencia y transparencia de la contratación que involucra recursos públicos¹². En ese sentido, las disposiciones contenidas en dicha ley solo pueden ser aplicables a aquellos contratos en los que se comprometan recursos públicos, quedando excluidos de su campo regulatorio aquellos contratos suscritos por entidades estatales en los que no se disponga de recursos del Estado.

El Código Civil define la donación como «un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta»¹³, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 25 de mayo de 2016 sostuvo respecto de la definición de la donación del Código Civil, que era naturalmente imprecisa toda vez que la donación es un verdadero «contrato» y no solo un acto, lo anterior porque para el perfeccionamiento del «contrato» concurre i) la voluntad dispositiva de la persona que pretende entregar parte de su patrimonio –donante– y ii) la aceptación de quien recibirá el beneficio

¹¹ Ley 80 de 1993: «Artículo 23. De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo».

¹² Ley 1150 de 2007: «Artículo 1º. Objeto. La presente ley tiene por objeto introducir modificaciones en la Ley 80 de 1993, así como dictar otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos».

¹³ Código Civil: «Artículo 1443. La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta».





económico –donatario–¹⁴. De modo que, la celebración de un contrato de donación se constituye como un verdadero acto traslativo del dominio¹⁵.

Así las cosas, en respuesta a la pregunta No. 2 de su consulta se encuentra que las Asociaciones de municipios son entidades administrativas de derecho público, con personería jurídica, conforme lo establece el artículo 148 de la Ley 143 de 1998 y, por expresa disposición del artículo 149 de la misma disposición, estos esquemas asociativos territoriales gozan de las mismas prerrogativas, privilegios y excepciones de los municipios respecto del desarrollo de su proyecto. Además, por tratarse de una de las entidades de que trata el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 está sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

De este marco normativo se encuentra que no existe una prohibición expresa que imposibilite a estas Asociaciones la suscripción de contratos de donación en los que un particular funja como donante, por lo que, salvo normativa en contrario, las asociaciones de municipios pueden suscribir contratos de esta naturaleza, en los términos establecidos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

2.4. Naturaleza jurídica del anticipo

En materia de contratación pública, la figura del anticipo está prevista en dos (2) normas: el inciso primero del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011. En cuanto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se dispone la posibilidad de pactar anticipos en los contratos, pero sujeto a determinadas limitaciones. En efecto, la norma prescribe que «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».

Por su parte, el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 consagra una regla especial para el manejo del anticipo. Según esta disposición, cuando se pacte en contratos de obra, concesión o

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 25 de mayo de 2016. radicado: 52001-23-31-000- 2011-00297-01(AP). C.P. Hernán Andrade Rincón: «Al momento de su conceptualización la donación corrió igual fortuna, pues el artículo 1443 del Código Civil la define como el acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra que la acepta, lo que resulta de suyo impreciso, en tanto se está ante un verdadero contrato y no un mero acto, pues a él no solo concurre la voluntad dispositiva de aquel que pretende desprenderse de parte de su patrimonio, sino que requiere, para su perfeccionamiento, la aceptación de quien recibirá el beneficio económico: donante y donatario han de participar en la formación del acto mediante el concurso de sus voluntades en torno de la prestación que constituye el objeto de la relación negocial. El contrato de donación, en últimas, constituirá el título traslativo del dominio, tal como lo previene el artículo 745 del Código Civil».

¹⁵ Código Civil: «Artículo 745. Para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.

»Se requiere, además que el título sea válido respecto de la persona a quien se confiere. Aso el título de donación irrevocable no transfiere el dominio entre cónyuges».





salud, que no sean de menor o mínima cuantía, o en todos aquellos que se realicen por licitación pública, el contratista tiene la obligación de constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable. Lo anterior, para el manejo de los recursos desembolsados bajo el mencionado concepto, con el fin de garantizar que se destinen exclusivamente a la ejecución del contrato.

Aunque las normas citadas no definen el anticipo, el Consejo de Estado ha precisado su naturaleza jurídica fijando parámetros para su aplicación¹⁶. En uno de sus pronunciamientos más recientes, el Consejo de Estado se refirió al anticipo como «un 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»¹⁷.

Sobre la calidad de recurso público del anticipo, la jurisprudencia ha reiterado 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»¹⁸. Igualmente, explica que el anticipo, al facilitar al contratista la financiación de los bienes y servicios que se le han encargado, es un factor determinante para impulsar la ejecución del contrato¹⁹. Este también es el entendimiento de la doctrina, que ha considerado el anticipo como un dinero entregado al contratista que debe cancelarse mediante descuentos parciales, siendo una práctica común que permite impulsar la ejecución del contrato²⁰.

¹⁶«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)». Citado en CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 16 de mayo de 2019. Rad. (40102). C.P: María Adriana Marín [cita No. 35].

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 16 de mayo de 2019. Rad. (40102). C.P: María Adriana Marín.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 2 de octubre del 2020. Rad. 63644. CP. Jaime Enrique Rodríguez Nava.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 22 de junio de 2001. Exp. 13436, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

²⁰«Se trata de un dinero entregado a título de crédito a favor de la entidad contratante, el cual debe ser debidamente cancelado a través de los descuentos hechos a los valores cobrados por el contratista, de modo que por medio de dicho mecanismos el dinero entregado como anticipo se convierta en parte del pago como contraprestación a la ejecución de las actividades propias del objeto pactado en virtud del contrato, siendo una práctica usual que permite impulsar la ejecución del contrato con la agilidad que requiere la administración para concluir la ejecución del objeto contratado, en aras de dar cumplimiento al mandato de una continua y eficiente prestación del servicio público a su





Así, de acuerdo con las consideraciones de la jurisprudencia y la doctrina, el anticipo es aquella suma de dinero entregada al contratista con la finalidad de apalancarlo financieramente para solventar los costos de la ejecución del contrato. Este dinero debe amortizarse de acuerdo con el avance en la ejecución. De esta forma, los recursos entregados a título de anticipo son del erario, razón por la que debe garantizarse su buen manejo y correcta inversión.

Como característica esencial del anticipo, derivada del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, el pacto proviene de la autonomía de la voluntad de las partes. De allí que se generen una serie de derechos y obligaciones recíprocos entre ellas. Por un lado, el contratante tiene la obligación de entregar el valor pactado como anticipo y el derecho a que los recursos sean empleados en la forma estipulada. Por otro lado, el contratista tiene derecho a recibir dicho anticipo y la obligación de destinarlo a la ejecución del contrato. De esta manera, el Consejo de Estado explica lo siguiente:

«[...] 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»²¹.

Las entidades estatales tienen la facultad de pactar la entrega de anticipos en los contratos que celebren. Para ello, deberán realizar el estudio correspondiente con el fin de determinar la conveniencia de otorgar recursos al contratista bajo esa denominación. De este modo, las entidades podrán determinar las condiciones de entrega, el monto –que no podrá ser superior al

cargo» (EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 165-166). De igual manera, se ha expuesto que «Son recursos que deberán amortizarse en proporción a la ejecución del contrato pues se trata de una especie muy particular de préstamo. Lo anterior tiene consecuencias muy importantes, porque se trata de recursos públicos administrados por un particular (contratista), y en esa medida cualquier desviación de estos recursos a fines distintos a los contemplados dentro del contrato podrá propiciar las correspondientes acciones de carácter penal» (MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 4 ed., 2015, p. 921 y ss).

²¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 8 de agosto de 2001. Exp. AC-10966 - AC-11274. Consejero Ponente: Reinaldo Chavarro Buriticá.





50% del valor del contrato—, el plazo de amortización, las condiciones necesarias para su exigibilidad, así como todas las obligaciones para su correcta inversión.

Adicionalmente, el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 no restringe el tipo de contratos estatales en los cuales es posible el ejercicio de esta facultad. Es decir, no limita la posibilidad de pactar anticipo dependiendo de la tipología contractual o la modalidad de selección del contratista. De hecho, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública dispone como única limitación el valor máximo que puede desembolsar la entidad para pactar el anticipo.

Del análisis realizado se desprende que los recursos entregados al contratista en calidad de anticipo son recursos públicos. Por tanto, corresponde a la entidad adoptar las medidas necesarias y razonables para asegurar la correcta inversión de los dineros entregados, las cuales deberán reflejarse en el contrato celebrado. En consecuencia, deberán constituir la garantía única de cumplimiento e incluir el amparo previsto en el artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015. Este amparo establece tres circunstancias que deben ser objeto de cobertura: i) la no inversión del anticipo; ii) el uso indebido del anticipo; y iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo²².

2.5. Ámbito de aplicación del artículo 91 de la Ley 1474 de 2011

²² ARTÍCULO 2.2.1.2.3.1.7. Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:

«1. Buen manejo y correcta inversión del anticipo. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal con ocasión de: (i) la no inversión del anticipo; (ii) el uso indebido del anticipo; y (iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo.

«2. Devolución del pago anticipado. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal por la no devolución total o parcial del dinero entregado al contratista a título de pago anticipado, cuando a ello hubiere lugar.

«3. Cumplimiento del contrato. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios derivados de:

«3.1. El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;

«3.2. El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;

«3.3. Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y

«3.4. El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.

«4. Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales. Este amparo debe cubrir a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista derivadas de la contratación del personal utilizado en el territorio nacional para la ejecución del contrato amparado.

«La Entidad Estatal no debe exigir una garantía para cubrir este Riesgo en los contratos que se ejecuten fuera del territorio nacional con personal contratado bajo un régimen jurídico distinto al colombiano.

«5. Estabilidad y calidad de la obra. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción.

«6. Calidad del servicio. Este amparo cubre a la Entidad Estatal por los perjuicios derivados de la deficiente calidad del servicio prestado.

«7. Calidad y correcto funcionamiento de los bienes. Este amparo debe cubrir la calidad y el correcto funcionamiento de los bienes que recibe la Entidad Estatal en cumplimiento de un contrato.

«8. Los demás incumplimientos de obligaciones que la Entidad Estatal considere deben ser amparados de manera proporcional y acorde a la naturaleza del contrato.





Como se expuso en el acápite anterior, una de las normas que regula el anticipo en materia de contratación estatal es el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011. Esta norma dispone lo siguiente:

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

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

En concordancia, el artículo 2.2.1.1.2.4.1 del Decreto 1082 de 2015 prescribe que, 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 de Colombia, a la cual la Entidad Estatal debe entregar el valor del anticipo. Los recursos del patrimonio y sus rendimientos son autónomos, además de que se manejan de acuerdo con el contrato de fiducia mercantil²³.

Lo anterior surge como una medida para fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, en atención a la problemática identificada sobre el incumplimiento de los contratistas de destinar los anticipos en la ejecución del contrato²⁴. De esta manera, mediante estas disposiciones se busca realizar un seguimiento a la entrega de recursos que se otorgan en calidad de anticipo, a

²³«Artículo 2.2.1.1.2.4.1. 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 de Colombia, 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».

²⁴ Sobre el particular, se puede consultar la exposición de motivos de la Ley 1474 de 2011, Gaceta 607 del 2010, disponible en:

<http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/index.xhtml?jsessionid=b3ba7213a248bacd37376ffcedca>





través de la constitución de una fiducia irrevocable. Esto con la finalidad de garantizar la adecuada inversión y administración de los recursos, así como su reintegro a la Entidad Estatal.

Por su parte, Colombia Compra Eficiente expide la «Guía para el manejo de anticipos mediante contrato de fiducia irrevocable»²⁵, que tiene como objetivo establecer lineamientos sobre el contrato de fiducia para el manejo de anticipos. En esta se explica que «el patrimonio autónomo para manejo de anticipos tiene como finalidad: (i) la correcta y adecuada inversión y administración del anticipo y, (ii) el reintegro de los recursos del anticipo a la Entidad Estatal cuando declara la caducidad, incumplimiento o terminación del contrato estatal o cuando se presenta la nulidad del contrato estatal». Además, indica que, en los contratos de obra, concesión, salud y los que se realicen por licitación pública, siempre que no sean de menor o mínima cuantía, el contratista debe constituir un contrato de fiducia mercantil irrevocable para el manejo de los recursos que recibe a título de anticipo. Igualmente, expone las condiciones para administrar los recursos del patrimonio autónomo, las obligaciones principales de la fiduciaria, el manejo de los excedentes, entre otros.

Es evidente entonces que para ciertos tipos de contratos la Ley ha impuesto la obligación al contratista de constituir una fiducia o patrimonio autónomo irrevocable. Esta obligación tiene el propósito de asegurar el buen manejo de los recursos que se entreguen a título de anticipo, así como garantizar que estos sean destinados única y exclusivamente para solventar los costos iniciales de la ejecución, de acuerdo con las condiciones pactadas.

El artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 determina el ámbito de aplicación, al enumerar los casos en los cuales es deber del contratista constituir un patrimonio autónomo o una fiducia para administrar los recursos del anticipo. Para tales efectos, se establecen los siguientes contratos: i) obra, ii) concesión, iii) salud y iv) los contratos derivados de un proceso de licitación pública.

Aunque la norma menciona la modalidad de selección de licitación pública, su referencia también determina los contratos a los que aplica la disposición citada. Ello es así, por cuanto la expresión «o los que se realicen por licitación pública», describe que, además de los anteriores, también para estos contratos aplica el supuesto de hecho.

En tal sentido, respecto a los contratos de obra, concesión y salud, así como en relación con los contratos derivados de licitación pública cualquiera que sea su tipología contractual, el contratista deberá obligatoriamente constituir una fiducia mercantil para el manejo de los recursos que se entreguen en calidad de anticipo. Se aclara que la constitución del patrimonio autónomo para el manejo del anticipo no releva a la de exigir la garantía de buen manejo y correcta inversión.

Finalmente, es importante precisar que el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 excluye de su ámbito de aplicación a los contratos de obra, concesión y salud, siempre que estos sean adelantados mediante las modalidades de selección abreviada de menor cuantía y mínima

²⁵ La Guía para el manejo de anticipos mediante contrato de fiducia irrevocable puede ser consultada en: https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_manejo_anticipos.pdf





cuantía. Sin embargo, cuando hay entrega de anticipo en estas modalidades de selección, la Entidad Estatal tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias y razonables para asegurar el buen manejo y la correcta inversión del anticipo, entre las que se encuentra la constitución la garantía respectiva.

2.6. El contrato de interventoría: Particularidades frente a la modificación del contrato

La Ley 1474 de 2011 enmarcó el seguimiento, control y vigilancia de la ejecución del contrato estatal dentro del principio de moralidad administrativa. El artículo 83 *ibidem* establece que «con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda». Además, el legislador, en el mismo artículo, definió las nociones de *supervisión* e *interventoría*, como mecanismos que pueden usar las entidades estatales para vigilar el contrato, en estos términos:

«La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.

De este modo, la interventoría: i) será un mecanismo de vigilancia contingente en la medida que solo es obligatorio para el seguimiento de los contratos de obra adjudicados por licitación pública –art. 32, numeral 1–; en los demás casos se requerirá cuando «el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen» –art. 83, Ley 1474 de 2011–. ii) Este mecanismo de vigilancia exige, en su ejecución, la utilización de conocimientos especializados. iii) Por lo anterior, la entidad contrata un experto a través de un concurso de méritos, al tratarse la interventoría de una especie del contrato de consultoría –art. 32, numeral 2, inciso 2, Ley 80 de 1993–, de manera que la interventoría es realizada por una «persona natural o jurídica contratada para tal fin por la

²⁶ «Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría [...]»





Entidad Estatal» –art. 83, Ley 1474– iv) Le es inherente el seguimiento técnico, frente a la vigilancia de la correcta ejecución del contrato vigilado; sin embargo, el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 permite que en el contrato de interventoría también se pacten obligaciones para que el contratista realice el seguimiento administrativo, financiero, contable o jurídico. v) En caso de que no se encomiende al interventor el seguimiento total del contrato, en el contrato de interventoría «se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor» –art. 83, inciso 3–. Finalmente, vi) el contrato de interventoría será supervisado directamente por la entidad –art. 83, inciso 4–.

De acuerdo con lo anterior, el interventor es un contratista externo a la entidad estatal y al contratista vigilado, de manera que es seleccionado por la entidad estatal mediante los procedimientos de selección establecidos en el EGCAP; en principio, a través de un concurso de méritos. Lo anterior, sin perjuicio de que eventualmente aplique alguna causal especial que permita la celebración de este tipo de contratos mediante una modalidad diferente, como podría suceder frente a la posibilidad de realizar, por ejemplo, una contratación de mínima cuantía o una contratación directa, en caso de presentarse alguna de las causales establecidas en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, que dé lugar a acudir a otra modalidad de selección.

La palabra adición significa «acción y efecto de añadir || agregar»²⁷. En este sentido, es oportuno resaltar que los contratos estatales pueden ser objeto de situaciones que impliquen la necesidad de adicionar o modificar las condiciones inicialmente pactadas, conforme lo establece el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, pudiendo incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias para el cabal cumplimiento del objeto contractual.

La ejecución de los contratos estatales está sujeta a los cambios propios del paso del tiempo. Así, durante la etapa de planeación, las entidades públicas estiman y determinan las prestaciones que demanda el cumplimiento de la necesidad de interés general que pretende satisfacer. No obstante, durante la ejecución del contrato, las partes pueden identificar alguna de las siguientes situaciones: i) la necesidad de mayores cantidades de bienes o actividades inicialmente previstos, a lo que se le conoce como «mayores cantidades de obra», «obras adicionales» o adición de «ítems contractuales»; y ii) la necesidad de ampliar las prestaciones contractuales, mediante la ejecución de nuevos ítems o actividades, no incluidos en el contrato inicial, para lo que en la práctica las entidades ejecutan «obras extra» o «amplían el alcance» del contrato mediante la celebración de un «contrato adicional». No obstante, estos términos – algunos de ellos usualmente empleados en contratos de obra– son nociones doctrinarias que se utilizan en la práctica por las entidades estatales, que actualmente no tienen un fundamento particular en el ordenamiento jurídico, el cual no le asigna efectos específicos a cada uno de ellos.

²⁷ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, <https://dle.rae.es/adici%C3%B3n> (en línea)





Lo importante es que, frente a cualquier incremento del valor inicial del contrato, por cualquiera de los dos supuestos señalados previamente, e independiente del nombre que se le dé al acuerdo, aplica el límite previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993: «Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales». De manera que, aunque es posible celebrar todos los tipos de acuerdos indicados, siempre debe observarse esta última disposición²⁸.

Dicha norma además de consagrar una prohibición trae implícita una autorización, consistente en la posibilidad de adicionar los contratos estatales, siempre que no se supere el tope establecido. Debe tenerse en cuenta que el límite debe establecerse en salarios mínimos para que el cálculo del tope sea preciso; de manera que para adicionar un contrato debe dividirse el valor inicial por el salario mínimo vigente al momento de la suscripción del contrato, y luego dividirlo por 2; el resultado obtenido constituirá el número de SMLMV por los cuales podrá adicionarse el contrato. En este sentido, para evitar equivocaciones, lo ideal es que cada vez que se efectúe una adición, se estime su valor en salarios mínimos, los cuales se calcularán con base en el salario vigente al momento de la adición, de manera que se descuenten estos de los salarios mínimos que restan por adicionar. Esto teniendo en cuenta que las modificaciones podrían hacerse en diferentes años, porque si el contrato se ejecuta sin existir variación en el valor del salario mínimo la operación sería la misma si se toma el monto en pesos o en salarios mínimos.

El razonamiento anterior se fundamenta en la forma en que la Ley 80 de 1993 estableció el tope para las adiciones, acudiendo a una forma de actualización del valor, de acuerdo con los incrementos que tenga el salario mínimo, lo que resulta especialmente relevante en contratos de larga duración.

No obstante lo anterior, que constituye la regla general en los contratos estatales sometidos al EGCAP, en los casos en que se requiera adicionar el servicio de interventoría, por cuanto el contrato objeto de vigilancia no ha concluido, ya sea porque fue suspendido el plazo o porque se amplió el plazo de ejecución, la situación se regirá por una norma especial, contenida en el artículo 85 de la Ley 1474 de 2011. Dicha norma establece:

«Artículo 85. Continuidad de la interventoría. Los contratos de interventoría podrán prorrogarse por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato objeto de

²⁸ El entendimiento anterior, frente al límite en la adición de los contratos estatales ha sido explicado de forma más detallada por esta Subdirección en conceptos como el C-100 del 27 de marzo de 2020 y el C-130 del 2 de abril de 2020.

Lo anterior, sin perjuicio de lo prescrito por la Ley 1474 de 2011, que en su artículo 85, como se explicará, en relación con los contratos de interventoría, excepciona la aplicación de la restricción analizada, de manera que podrán adicionarse sin importar su monto.





vigilancia. En tal caso el valor podrá ajustarse en atención a las obligaciones del objeto de interventoría, sin que resulte aplicable lo dispuesto en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

Parágrafo. Para la ejecución de los contratos de interventoría es obligatoria la constitución y aprobación de la garantía de cumplimiento hasta por el mismo término de la garantía de estabilidad del contrato principal; el Gobierno Nacional regulará la materia. En este evento podrá darse aplicación al artículo 7° de la Ley 1150, en cuanto a la posibilidad de que la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato» (Cursiva fuera de texto).

Este supuesto normativo, que materializa la «continuidad de la interventoría», establece una excepción a la regla general de adición de los contratos estatales, en la medida en que no se tendrá en cuenta el límite del 50% del valor inicial del contrato. En este sentido, la doctrina ha manifestado sobre esta disposición que «el artículo 85 no contiene impedimento para adicionar sin límite el contrato de interventoría, con una ventaja adicional: que puede ser para cualquier objeto de contrato que haya requerido contratar externamente la interventoría»²⁹.

La disposición anterior tiene como finalidad que se mantenga la vigilancia frente a la ejecución de los contratos estatales, mediante el mecanismo especializado de la interventoría, sin que este seguimiento sea afectado por el tope establecido en el inciso segundo del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993. En tal sentido, la excepción se establece de forma especial frente a un objeto contractual específico, que hace parte de la tipología contractual de la consultoría, consistente en que se trate de un contrato de interventoría. De esta manera, independientemente de la modalidad de selección o del sujeto con quien se celebre el contrato de interventoría aplica la norma especial del artículo 85 de la Ley 1474 de 2011, por lo que incluso en un contrato interadministrativo, cuyo objeto sea la interventoría de un contrato estatal, se debe tener en cuenta esta última disposición, por lo que no aplicaría el tope establecido en el inciso segundo del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

Pero, el hecho de que el artículo 85 de la Ley 1474 de 2011 disponga que no aplica el límite previsto en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 respecto de los contratos que tengan por objeto la interventoría no significa que la posibilidad de incrementar su valor sea absoluta. Como lo señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C-300 de 2012, las adiciones de los contratos estatales siempre deben respetar el principio de planeación. A esto puede agregarse que, en el caso de los contratos de consultoría cuyo objeto es la interventoría de un contrato, debe existir una relación de consonancia entre el plazo y valor de este, con la adición del contrato de interventoría, pues esto es lo que permite justificar –técnica y financieramente–

²⁹ MATA LLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la administración pública: reforma de la Ley 80 de 1993. 4ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 971





por qué debe garantizarse la continuidad del contratista que seguirá efectuando el seguimiento a la ejecución del contrato principal. En pocas palabras, la entidad estatal debe garantizar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal al momento de autorizar las adiciones de los contratos de interventoría.

3. Respuestas

«3. ¿Pueden las asociaciones de municipios recibir donaciones en dinero por parte de particulares?, en caso afirmativo, existe legalmente un monto máximo para ellas?»

Conforme a lo expuesto, el Código Civil define la donación como «un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta»³⁰, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 25 de mayo de 2016 sostuvo respecto de la definición de la donación del Código Civil, que era naturalmente imprecisa toda vez que la donación es un verdadero «contrato» y no solo un acto, lo anterior porque para el perfeccionamiento del «contrato» concurre i) la voluntad dispositiva de la persona que pretende entregar parte de su patrimonio –donante– y ii) la aceptación de quien recibirá el beneficio económico –donatario–³¹. De modo que, la celebración de un contrato de donación se constituye como un verdadero acto traslativo del dominio³².

Así las cosas, en respuesta a la pregunta No. 3 de su consulta se encuentra que las Asociaciones de municipios son entidades administrativas de derecho público, con personería jurídica, conforme lo establece el artículo 148 de la Ley 143 de 1998 y, por expresa disposición del artículo 149 de la misma disposición, estos esquemas asociativos territoriales gozan de las

³⁰ Código Civil: «Artículo 1443. La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta».

³¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 25 de mayo de 2016. radicado: 52001-23-31-000-2011-00297-01(AP). C.P. Hernán Andrade Rincón: «Al momento de su conceptualización la donación corrió igual fortuna, pues el artículo 1443 del Código Civil la define como el acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra que la acepta, lo que resulta de suyo impreciso, en tanto se está ante un verdadero contrato y no un mero acto, pues a él no solo concurre la voluntad dispositiva de aquel que pretende desprenderse de parte de su patrimonio, sino que requiere, para su perfeccionamiento, la aceptación de quien recibirá el beneficio económico: donante y donatario han de participar en la formación del acto mediante el concurso de sus voluntades en torno de la prestación que constituye el objeto de la relación negocial. El contrato de donación, en últimas, constituirá el título traslativo del dominio, tal como lo previene el artículo 745 del Código Civil».

³² Código Civil: «Artículo 745. Para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.

»Se requiere, además que el título sea válido respecto de la persona a quien se confiere. Aso el título de donación irrevocable no transfiere el dominio entre cónyuges».





mismas prerrogativas, privilegios y excepciones de los municipios en el desarrollo de su proyecto. Además, por tratarse de una de las entidades de que trata el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 está sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. De este marco normativo se encuentra que no existe una prohibición expresa que imposibilite a estas Asociaciones la suscripción de contratos de donación en los que un particular funja como donante, por lo que, salvo normativa en contrario, las asociaciones de municipios pueden suscribir contratos de esta naturaleza, en los términos establecidos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

No obstante, lo anterior no implica que, en atención a las condiciones particulares del respectivo contrato de donación, no pueda consolidarse una eventual vulneración de alguna disposición específica por la que deba registrarse el contrato. En ese sentido, corresponde a las partes del respectivo contrato de donación realizar el estudio jurídico requerido para determinar que con la celebración del respectivo contrato de donación no se menoscabe ningún mandato normativo.

«5. ¿Cuándo una asociación de municipios suscribe un convenio con un ente territorial, quien es la entidad competente para realizar la retención de los impuestos, tasas y contribuciones? Si, la respuesta es que la debe realizar el municipio, bajo que norma legal se sustenta»

Ahora, en relación con la pregunta no. 5 de su consulta, sobre la potestad para realizar el cobro de los impuestos, tasas y contribuciones por parte de estos esquemas asociativos, debe precisarse que, el artículo 338 de la Constitución Política asignó al Congreso, las Asambleas y los consejos distritales y municipales, respectivamente, la facultad de «imponer obligaciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos». Esto quiere decir que, la potestad tributaria se expresa a través de la ley y de los actos administrativos referidos, en los deberá determinarse, entre otros, la obligación tributaria y el sujeto activo o titular de los derechos de liquidación, recaudo y disposición de los recursos recaudados. Al respecto, la Corte Constitucional señaló lo siguiente: En síntesis, les corresponde definir: (i) al Congreso, la autorización del gravamen y el hecho generador, y (ii) a las asambleas y concejos, sus elementos estructurales. En efecto, la noción de “elementos básicos” se concentra en la autorización para la creación del tributo y el delineamiento, en todo caso genérico y sin pretensión alguna de exhaustividad, de los elementos estructurales. Esto requiere, como es apenas natural, un ejercicio autorrestringido de la competencia legislativa del Congreso, que se muestre compatible con el ámbito reconocido por la Constitución a los órganos representativos de las entidades territoriales³³.

³³ Corte Constitucional. Sentencia C-101 de 17 de marzo de 2022. MP: Gloria Stella Ortiz Delgado.





De esta manera, conforme con lo señalado por la Corte Constitucional la autorización del gravamen y su hecho generador deben determinarse por el Congreso de la República, mientras que los elementos básicos a las asambleas y concejos, de manera que, con base en lo establecido en el artículo 338 de la Constitución Política de Colombia y la Sentencia precitada, la entidad competente para realizar el recaudo de un tributo se encuentra determinado en los acuerdos y ordenanzas, razón por la que, en cada caso, deberá consultarse la norma que determina los elementos del tributo correspondiente.

«Respecto de la ejecución de Obras

1. ¿Legalmente existe una norma que regule los requisitos formales para desembolso y legalización de un anticipo en contratos de obra?»

En materia de contratación pública, la figura del anticipo está prevista en dos (2) normas: el inciso primero del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011. En cuanto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se dispone la posibilidad de pactar anticipos en los contratos, pero sujeto a determinadas limitaciones. En efecto, la norma prescribe que «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».

En concordancia, el artículo 2.2.1.1.2.4.1 del Decreto 1082 de 2015 prescribe que, 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 de Colombia, a la cual la Entidad Estatal debe entregar el valor del anticipo. Los recursos del patrimonio y sus rendimientos son autónomos, además de que se manejan de acuerdo con el contrato de fiducia mercantil.

«2. Puede realizarse el reinicio de un contrato de interventoría, cuando el de obra esta suspendido, sustentando el reinicio en revisión de las pre actas de avance del contratista de obra?»

Con base en las consideraciones expuestas, es posible afirmar que la normativa aplicable a la prórroga y adición de los contratos de interventoría, incluidos los interadministrativos de interventoría, se prevé una clara y expresa excepción, contenida en el artículo 85 de la Ley 1474 de 2011, según la cual no es aplicable la regla que las limita a un tope máximo del 50% del valor inicial del contrato. En efecto, en los contratos de interventoría, incluidos los de interventoría celebrados entre entidades estatales, que serían interadministrativos, la regla aplicable es la de la «continuidad de la interventoría» y, por tanto, dichos contratos «podrán prorrogarse por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato objeto de vigilancia. En tal caso el valor podrá





ajustarse en atención a las obligaciones del objeto de interventoría, sin que resulte aplicable lo dispuesto en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993». En tal sentido, a juicio de esta Agencia en los contratos por los que pregunta el peticionario resulta aplicable el artículo 85 de la Ley 1474 de 2011.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Nina María Padrón Ballestas
Contratista Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Alejandro Sarmiento Cantillo
Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE

