

**CORPORACIÓN UNIVERSITARIA REMINGTON  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS  
PROGRAMA DE DERECHO  
SEDE MONTERÍA**

**DIPLOMADO EN CONTRATACIÓN**

**EL DOMINIO SOBRE EL DINERO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL  
COLOMBIANA: ANTICIPO VS. PAGO ANTICIPADO**

**TUTOR:  
LUIS CARLOS VALENCIA BURGOS**

**CAMILO ERNESTO ENSUNCHO HOYOS  
ESTUDIANTE**

**SEPTIEMBRE 2025**

## TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	3
ABSTRACT.....	3
1. INTRODUCCIÓN .....	4
2. DESARROLLO .....	7
2.1. El Anticipo: La Persistencia Inmutable del Dominio Público y la Posición de Garante del Contratista.....	7
2.2. El Régimen de Administración Especial: La Cuenta Separada como Mecanismo de Control y Trazabilidad... 9	
2.3. La Amortización: El Mecanismo de Reintegro Contable del Préstamo de Fomento .....	10
2.4. La Consecuencia Penal: El Delito de Peculado como la Sombra Permanente sobre la Mala Gestión .....	12
2.5. El Pago Anticipado: La Transferencia Irrevocable del Dominio y la Lógica del Riesgo Contractual .....	14
2.6. El Régimen de Libre Administración: La Autonomía Empresarial del Contratista .....	15
2.7. La Inexistencia Absoluta de la Amortización .....	15
2.8. La Consecuencia Contractual: El Incumplimiento como Único Horizonte de Responsabilidad por la No Ejecución.....	16
CONCLUSIONES .....	18
REFERENCIAS.....	21

## **EL DOMINIO SOBRE EL DINERO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL COLOMBIANA: ANTICIPO VS. PAGO ANTICIPADO**

### **RESUMEN**

El presente ensayo argumentativo explora con profundidad la distinción sustancial y las implicaciones jurídicas que separan las figuras del anticipo y el pago anticipado dentro del marco de la contratación pública en Colombia. De tal manera, que el análisis que aquí se plasma reside en establecer la diferencia esencial entre ellas de acuerdo al marco normativo colombiano. El propósito es demostrar cómo el concepto de propiedad sobre el dinero se convierte en el factor determinante que configura la contratación estatal. Así pues, se concluye que un entendimiento preciso y una aplicación rigurosa de esta distinción se consideran pilares fundamentales para la seguridad jurídica, la transparencia administrativa y la protección efectiva del erario.

**Palabras Clave:** *Anticipo, pago anticipado, contratación estatal, patrimonio público, peculado.*

### **ABSTRACT**

This argumentative essay explores in depth the substantial distinction and legal implications that separate the concepts of advance payment and prepayment within the framework of public procurement in Colombia. Thus, the analysis presented here seeks to establish the essential difference between them according to the Colombian regulatory framework. The purpose is to

demonstrate how the concept of ownership of money becomes the determining factor that shapes government contracting. Thus, it is concluded that a precise understanding and rigorous application of this distinction are considered fundamental pillars for legal certainty, administrative transparency, and effective protection of the treasury.

**Keywords:** *Advance payment, advance payment, government contracting, public assets, embezzlement.*

## 1. INTRODUCCIÓN

La contratación estatal en Colombia constituye una de las principales herramientas para la materialización de los fines del estado, consagrados en la constitución política. Es a través de esta figura que la administración pública logra transformar los recursos públicos en obras, bienes y servicios para satisfacer las necesidades colectivas y promover el bienestar en general. Por tal razón, la correcta y eficiente ejecución de estos contratos se considera un asunto de inmenso interés público.

No obstante, y a pesar de la importancia y complejidad de estos proyectos, vitales para el estado colombiano, el contratista para su ejecución requiere de inversiones significativas en el proceso contractual. De esta manera, resulta para el contratista un desafío económico importante antes del inicio de la tarea contratada. En obras de infraestructura por ejemplo para que una constructora empiece la ejecución requiere por lo mínimo de movilización de maquinaria pesada, contratación de profesionales y personal capacitado y la adquisición de los materiales pertinentes.

Conscientes de esta realidad, la legislación colombiana en su intento de maximización de la ejecución contractual ha diseñado mecanismos financieros que facilitan el inicio de proyectos con el ánimo de evitar que la falta de capitalización de los contratistas se convierta en un obstáculo serio para el cumplimiento oportuno de obras de mediana y alta complejidad. Para ello, el legislativo en su jurisprudencia ha creado dos figuras emblemáticas: el anticipo y el pago anticipado. En primera medida, ambas parecen compartir la misma lógica estructural: proveer al contratista de los recursos necesarios antes de que este haya terminado la ejecución total de sus prestaciones. Esta similitud aparente, sin embargo, disimula una diferencia jurídica concreta.

Diferencia conceptual que trae consigo consecuencias profundas desde el punto de vista jurídico, de tal modo, que su desconocimiento ha causado desde numerosos litigios, los cuales pueden durar décadas con el consecuente detrimento patrimonial, hasta procesos de responsabilidad fiscal con resultados nefastos, que en la mayoría de los casos han llevado a imputaciones de orden penal, afectando así tanto a servidores públicos como a personas naturales. Hecho cierto, que ya sea por confusión o desconocimiento ha traído bastantes problemas a la contratación estatal.

En este orden de ideas, el problema jurídico que este ensayo plantea abordar se fundamenta precisamente en esta peligrosa confusión que tantos problemas a traído tanto al estado colombiano como a los contratistas estatales. En este sentido, el problema planteado no puede minimizarse al mero debate teórico o análisis académico. Pues, puede considerarse como una falla conceptual con graves discrepancias prácticas que impactan de cierto modo en la forma en que se plasman los pliegos de condiciones, se determinan las cláusulas contractuales y se gestionan los recursos públicos. En esencia, se configura el tipo y el alcance de la responsabilidad de los intervinientes.

Tratar un anticipo como si fuera un pago anticipado, o viceversa, es un error conceptual jurídico, pues conlleva a un deterioro inminente del patrimonio público, al mismo tiempo que exhibe a los representantes de la contratación a riesgos innecesarios desde el punto de vista legal, que podrían ser subsanados con una correcta interpretación y comprensión de la naturaleza de las dos figuras contractuales en mención.

Por tal razón, el propósito general de este ensayo es estudiar, analizar y argumentar de manera sucinta las diferencias sustanciales que existen entre el anticipo y el pago anticipado en el ordenamiento jurídico colombiano.

Para cumplir con este objetivo, a través de la argumentación se intentará defender un postulado central e inequívoco: que la distinción esencial entre ambas figuras no radica en la finalidad económica de apalancamiento, sino en la titularidad jurídica de los recursos estatales. En este sentido, se argumentará a lo largo de este documento que el anticipo es, en su particularidad, un préstamo de fomento con una destinación concreta, donde los recursos, a pesar de su desembolso material, atesoran su naturaleza inmutable de bien público. Hecho este, que pone de manifiesto el papel de administrador fiduciario con deberes garantistas al contratista.

Así pues, se constatará que el pago anticipado implica una transferencia real y efectiva del dominio, un suceso que convierte los recursos en parte integral del patrimonio del contratista, lo que a su vez constituye, en estricto sentido, una retribución por sus futuros servicios, transformando de esta manera la naturaleza misma de la relación jurídica.

Ahora bien, para demostrar este postulado de manera sólida, el ensayo se estructurará siguiendo los siguientes lineamientos. En primer lugar, se realizará un análisis detallado de la naturaleza jurídica del anticipo. Se explorará su contexto histórico, su regulación en la Ley 80 de 1993, y se desglosará de manera minuciosa su régimen de administración, su sistema de

amortización y las consecuencias penales derivadas de su uso indebido. Del mismo modo, el análisis se centrará en el delito de peculado como manifestación máxima de la protección del erario. En segundo lugar, se abordará la figura del pago anticipado, introducida por la Ley 1150 de 2007. Se contrastará su régimen de libre administración, la inexistencia de la amortización y las consecuencias contractuales de su incumplimiento, haciendo especial énfasis en la protección del interés público y en el robusto sistema de garantías.

Finalmente, en una tercera sección, se realizará un detallado análisis comparativo, examinando cómo esta diferencia fundamental en la titularidad de los recursos impacta áreas transversales como: el control fiscal ejercido por las contralorías, la aplicación de los principios de transparencia y economía, y la estrategia general de gestión de riesgos contractuales por parte de las entidades públicas.

Por último, todo este análisis gozará de un fundamento normativo, actualizado por los pronunciamientos de las altas cortes, buscando de este modo ofrecer una visión integral y profunda en materia contractual que no solo sirva como un ejercicio académico, sino como una guía práctica para una correcta y segura gestión contractual.

## **2. DESARROLLO**

### **2.1. El Anticipo: La Persistencia Inmutable del Dominio Público y la Posición de Garante del Contratista**

La figura del anticipo es, sin duda, una de las instituciones más tradicionales y arraigadas en la historia de la contratación pública colombiana. Su concepción responde a una lógica de colaboración y fomento por parte del Estado, que reconoce la necesidad de proveer al contratista un capital inicial para que este pueda dar el impulso necesario a la ejecución de un contrato de

interés público. Su propósito es eminentemente práctico: facilitar la adquisición de maquinaria, la compra de materias primas, la movilización de personal, la instalación de campamentos o cualquier otro costo directo que sea indispensable para el arranque del proyecto. Sin embargo, para comprender la verdadera esencia jurídica del anticipo, es imperativo trascender su finalidad económica y analizar su estructura legal. El anticipo no es, bajo ninguna circunstancia, un pago. Es, en estricto sentido jurídico, un préstamo de fondos públicos que se otorga con una destinación específica, exclusiva e imperativa.

La consecuencia jurídica más trascendental y definitiva de esta naturaleza es que los recursos entregados a título de anticipo nunca, en ningún momento, abandonan la esfera del patrimonio público. Aunque el dinero se transfiera materialmente desde la cuenta de la entidad estatal a una cuenta bancaria a nombre del contratista, este último no adquiere la propiedad ni ningún otro derecho real sobre dichos fondos. Su posición jurídica es la de un administrador fiduciario, un tenedor precario que recibe los recursos con un mandato claro e ineludible: invertirlos única y exclusivamente en los rubros que han sido previamente pactados y aprobados para la ejecución del contrato. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido unívoca, reiterativa y absolutamente contundente al establecer esta tesis. En una de sus providencias más citadas sobre la materia, la Sección Tercera sentenció de manera lapidaria que "los dineros que recibe el contratista a título de anticipo son dineros oficiales, que no ingresan a su patrimonio y sobre los cuales, por consiguiente, no puede ejercer actos de disposición que impliquen un uso o destinación diferente a la que contractualmente se ha convenido, so pena de hacerse acreedor a las sanciones que la ley contempla" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 2011).

Esta persistencia inmutable del dominio estatal sobre los fondos del anticipo configura un

régimen jurídico excepcionalmente estricto y particular, que se manifiesta de manera clara y diferenciada en tres áreas fundamentales: el régimen de administración de los recursos, el mecanismo de legalización contable a través de la amortización, y las severas consecuencias que se derivan de su manejo irregular, especialmente en el ámbito del derecho penal.

## **2.2. El Régimen de Administración Especial: La Cuenta Separada como Mecanismo de Control y Trazabilidad**

Partiendo de la premisa de que los fondos del anticipo continúan siendo públicos, la ley impone al contratista un deber de administración especial, reforzado y diferenciado del manejo que le da a sus propios recursos. El contratista tiene la prohibición legal de mezclar estos dineros con su flujo de caja ordinario, con los ingresos de otros proyectos o con cualquier otra cuenta de su titularidad. El artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, mejor conocida como el Estatuto Anticorrupción, zanjó cualquier posible debate o interpretación laxa que pudiera existir previamente, al establecer la obligación perentoria e ineludible de manejar la totalidad de los recursos del anticipo en una cuenta bancaria separada y exclusiva para tal fin (Congreso de la República de Colombia, 2011).

Esta exigencia no es, en modo alguno, un mero formalismo burocrático. Es, por el contrario, un mecanismo de control esencial y una manifestación directa de la naturaleza pública de los fondos. Su implementación persigue, al menos, tres objetivos estratégicos. En primer lugar, garantizar la trazabilidad completa de los recursos. Al estar en una cuenta única, la entidad contratante y los órganos de control fiscal, como la Contraloría General de la República, pueden verificar en tiempo real, a través de los extractos bancarios y los soportes contables, que cada peso desembolsado se está invirtiendo correctamente en los rubros autorizados en el plan de

inversión del anticipo. Se crea así una "caja de cristal" que permite una vigilancia permanente sobre el uso del erario.

En segundo lugar, la cuenta separada busca proteger los recursos públicos de los avatares financieros del contratista. Al no formar parte de su patrimonio, estos fondos son, en principio, inembargables por parte de los acreedores del contratista. Si una empresa contratista enfrenta un proceso ejecutivo por deudas con terceros, dichos acreedores no podrían solicitar el embargo de la cuenta del anticipo, pues estarían intentando embargar dineros que legalmente pertenecen al Estado. Esto blindará los recursos destinados al proyecto de contingencias externas.

En tercer lugar, el manejo de la cuenta separada suele estar sujeto a un sistema de control dual. Es una práctica contractual común, y altamente recomendable, que los pliegos de condiciones y las cláusulas del contrato establezcan que para realizar cualquier retiro, transferencia o pago desde dicha cuenta, se requiera la autorización conjunta y por escrito tanto del representante legal del contratista como del interventor del contrato, quien actúa como el representante de los intereses de la entidad en la ejecución. Este sistema de "doble llave" o de firma conjunta refuerza de manera inequívoca la idea de que el contratista no es el dueño soberano de los fondos, sino un simple ejecutor de un mandato de inversión. Su autonomía se ve significativamente limitada, pues aunque puede proponer los gastos necesarios para el arranque del proyecto, la validación final y la liberación de los fondos recaen en la entidad a través de su interventor, quien tiene el deber de certificar que cada gasto propuesto se ajusta estrictamente al objeto contractual y al plan de inversión previamente aprobado.

### **2.3. La Amortización: El Mecanismo de Reintegro Contable del Préstamo de Fomento**

Si el anticipo es, como se ha sostenido, un préstamo de fomento, es lógico y necesario

que dichos recursos sean "devueltos" o "reintegrados" a la entidad contratante. Este reintegro, sin embargo, no se realiza mediante un único pago directo del contratista al finalizar el proyecto. El ordenamiento jurídico ha diseñado un mecanismo contable más fluido y práctico conocido como amortización. Este sistema consiste en descontar de forma paulatina y proporcional el monto del anticipo de los pagos que la entidad debe realizar al contratista por los avances en la ejecución del contrato.

El funcionamiento es sencillo. A medida que el contratista avanza en la ejecución de sus obligaciones (por ejemplo, construyendo un tramo de una carretera o desarrollando un módulo de un software) y presenta las correspondientes actas de avance de obra o de prestación de servicios para su pago, la entidad no le cancela el 100% del valor facturado en dicha acta. En su lugar, de acuerdo con lo pactado en el contrato, descuenta un porcentaje de cada pago, que corresponde a la porción del anticipo que se está "amortizando" o reintegrando contablemente.

Por ejemplo, si en un contrato de \$1.000 millones se pacta un anticipo del 30% (\$300 millones), las partes pueden acordar que de cada pago parcial que se realice, se descontará un 30% para amortizar el anticipo. Si el contratista presenta una primera acta de avance por \$100 millones, la entidad le pagará \$70 millones y los \$30 millones restantes se abonarán contablemente al saldo del anticipo. Este proceso se repite con cada pago subsecuente hasta que la suma total de los descuentos realizados iguale el monto total del anticipo entregado. A partir de ese momento, se considera que el anticipo ha sido completamente amortizado, y los pagos posteriores que realice la entidad se harán por el 100% del valor facturado, sin más descuentos por este concepto.

Este sistema de amortización es una prueba irrefutable de la naturaleza de préstamo de la figura. El Estado "presta" un capital inicial para que el contratista pueda operar, y luego va

recuperando ese capital a medida que el contratista genera valor a través de su trabajo. Es un ciclo financiero que evidencia que la entrega inicial nunca fue un pago, sino un adelanto de fondos públicos que debían ser reintegrados.

#### **2.4. La Consecuencia Penal: El Delito de Peculado como la Sombra Permanente sobre la Mala Gestión**

La consecuencia más drástica, severa y definitoria de la naturaleza pública de los fondos del anticipo se encuentra en el ámbito del derecho penal. ¿Qué sucede si el contratista, haciendo caso omiso de sus obligaciones, decide utilizar el dinero del anticipo para fines distintos a los pactados? ¿Si en lugar de comprar el cemento y el acero para la obra, lo utiliza para pagar deudas personales, adquirir un vehículo de lujo, realizar inversiones especulativas en la bolsa o financiar otro de sus proyectos privados?

Desde una perspectiva puramente civil o comercial, podría pensarse que se trata de un simple incumplimiento de una obligación contractual, una disputa que debería resolverse mediante la declaratoria de incumplimiento, la ejecución de las garantías y una eventual demanda por perjuicios. Sin embargo, el ordenamiento jurídico colombiano, en su afán de proteger con el máximo rigor el patrimonio público, valora esta conducta de una forma mucho más severa.

Al administrar recursos que legalmente pertenecen al Estado, el contratista es investido, para todos los efectos penales, de la calidad de un particular que ejerce funciones públicas de forma transitoria. Esta es una ficción jurídica de enorme trascendencia, consagrada en el artículo 20 del Código Penal (Congreso de la República de Colombia, 2000), que tiene un efecto expansivo sobre el ámbito de responsabilidad del contratista. Al ser considerado funcionalmente

como un servidor público, el contratista que se apropia de los fondos del anticipo o les da una aplicación oficial diferente a la pactada, comete el delito de peculado por apropiación (Artículo 397 del Código Penal) o peculado por aplicación oficial diferente (Artículo 399 del Código Penal), respectivamente (Congreso de la República de Colombia, 2000).

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sido absolutamente clara, consistente y enfática en esta materia. En jurisprudencia pacífica y consolidada, ha sostenido que la conducta de desviar los dineros del anticipo no constituye un mero incumplimiento contractual que deba ventilarse ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. Por el contrario, es un atentado directo y grave contra el bien jurídico de la administración pública, que el derecho penal tiene el deber de proteger. En la ya citada Sentencia SP3336-2020, la Corte recordó que "la naturaleza jurídica del anticipo, esto es, la de ser dineros públicos que no pierden su carácter por el hecho de ser entregados al contratista para la ejecución del objeto pactado, determina que su apropiación o uso indebido por parte de éste estructure el delito de peculado, pues en ese evento no obra como un particular en desarrollo de sus relaciones negociales con el Estado, sino como un verdadero gestor de intereses públicos al que le ha sido encomendada la administración de unos recursos de esa estirpe" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2020).

Esta calificación penal es, sin duda, la diferencia más profunda y la que genera el mayor riesgo para el contratista. Demuestra que el Estado no solo protege su interés patrimonial a través de las garantías contractuales y las acciones civiles, sino que eleva la correcta inversión del anticipo a la categoría de un asunto de interés público superior, cuya violación merece el reproche más severo del sistema jurídico: la sanción penal, que incluye no solo la pena de prisión, sino también la inhabilidad perpetua para contratar con el Estado. La sombra del peculado planea permanentemente sobre la gestión del anticipo, recordando al contratista que no

está manejando su propio dinero, sino el dinero de todos los ciudadanos.

## **2.5. El Pago Anticipado: La Transferencia Irrevocable del Dominio y la Lógica del Riesgo Contractual**

Frente a la estructura rígida, controlada y penalmente riesgosa del anticipo, el legislador colombiano, a través de la Ley 1150 de 2007, buscó introducir una figura más flexible, ágil y alineada con las prácticas del comercio moderno: el pago anticipado (Congreso de la República de Colombia, 2007). Aunque su denominación puede generar confusión y sugiere una simple variante del anticipo, su estructura jurídica es, en realidad, la antítesis de este. El pago anticipado no es un préstamo, no es un capital de trabajo entregado en custodia. Es, como su nombre lo indica de manera literal, un pago verdadero, efectivo y definitivo. Es una parte del precio del contrato que la entidad estatal, por razones de conveniencia, eficiencia o para incentivar la participación en el proceso, decide pagar al contratista por adelantado, antes de recibir la totalidad de la contraprestación a la que este se ha obligado.

La característica esencial, definitoria y revolucionaria del pago anticipado es que, con su entrega, se produce una transferencia de dominio plena e irrevocable. El dinero sale de la esfera del patrimonio público y se integra de manera definitiva en el patrimonio privado del contratista. Deja de ser un bien estatal para convertirse en un recurso propio de la empresa o persona que ha contratado con el Estado. Como lo ha sostenido la doctrina especializada, "con el pago anticipado, la suma de dinero correspondiente deja de ser de propiedad de la entidad contratante para pasar a ser de propiedad del contratista, quien adquiere sobre ella todos los atributos del dominio: uso, goce y disposición" (Dávila, 2019, p. 215).

Esta mutación fundamental en la titularidad jurídica del dinero transforma por completo y de manera radical el régimen jurídico aplicable, distanciándolo en todos sus aspectos del anticipo

y creando un paradigma de gestión y responsabilidad completamente diferente.

## **2.6. El Régimen de Libre Administración: La Autonomía Empresarial del Contratista**

Una vez que los fondos del pago anticipado ingresan a su patrimonio, el contratista adquiere la libre disposición sobre ellos. A diferencia del anticipo, no está legalmente obligado a manejarlos en una cuenta bancaria separada, aunque por sanas prácticas de contabilidad y gestión financiera pueda decidir hacerlo. Tampoco tiene que solicitar autorización al interventor para realizar cada gasto o inversión. La entidad contratante pierde el control directo y la capacidad de vigilancia sobre el uso específico de esos recursos. El contratista puede utilizarlos de la forma que considere más eficiente y conveniente para la operación general de su negocio y el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Puede, por ejemplo, pagar nóminas, cubrir costos indirectos, invertir en tecnología o, en general, integrarlos a su flujo de caja ordinario.

Esta autonomía se fundamenta en un principio básico del derecho privado: el propietario de un bien puede disponer de él libremente. Al haberse transferido la propiedad del dinero, la relación jurídica entre la entidad y el contratista sufre una metamorfosis. Deja de ser la relación de un vigilante (la entidad) sobre un administrador de fondos ajenos (el contratista), para convertirse en la relación clásica de un acreedor (la entidad, que ahora espera la entrega de una obra o la prestación de un servicio) frente a un deudor (el contratista, que ha recibido parte del pago y tiene la obligación de cumplir con su prestación). La preocupación central de la entidad ya no es cómo se gasta el dinero, pues este ya no le pertenece, sino si el contratista cumplirá o no con el objeto del contrato en el plazo, la calidad y las condiciones pactadas.

## **2.7. La Inexistencia Absoluta de la Amortización**

Como consecuencia lógica de su naturaleza de pago, en la figura del pago anticipado no

existe ni puede existir el mecanismo de la amortización. Si la entrega inicial de dinero fue una remuneración y no un préstamo, no hay nada que "devolver", "reintegrar" o "amortizar" contablemente. La suma entregada es simplemente la primera cuota del precio total del contrato. Los pagos posteriores que la entidad realice al contratista por los avances del proyecto se harán sobre los saldos restantes del precio, sin que se realice ningún tipo de descuento relacionado con el desembolso inicial.

La ausencia total de la amortización es una de las manifestaciones más claras y contundentes de que la transacción inicial fue un pago definitivo y no un préstamo condicionado. Evidencia que la propiedad del dinero se transfirió de manera irrevocable desde el primer momento y que la obligación del contratista no es devolver ese dinero, sino entregar la contraprestación por la cual se le pagó.

## **2.8. La Consecuencia Contractual: El Incumplimiento como Único Horizonte de Responsabilidad por la No Ejecución**

La consecuencia más significativa y diferenciadora de la transferencia de dominio se observa en el campo de la responsabilidad. ¿Qué ocurre si el contratista recibe un cuantioso pago anticipado y, posteriormente, no ejecuta la obra, no presta el servicio o simplemente abandona el proyecto? En este escenario, a diferencia de lo que ocurre con el anticipo, es jurídicamente imposible que cometa el delito de peculado por apropiación. La razón es elemental y se deriva de la tipicidad estricta que rige el derecho penal: nadie puede apropiarse de lo que ya es legalmente suyo.

Al haber ingresado los fondos a su patrimonio de manera legítima a través de un pago, la obligación del contratista ya no es una obligación de medio (administrar correctamente unos

fondos ajenos), sino una obligación de resultado (entregar una obra o prestar un servicio). Su falta, por grave que sea, constituye un incumplimiento contractual, una controversia de naturaleza eminentemente civil y administrativa, pero no penal, al menos no por la simple no ejecución.

La protección del interés público y del erario, en este caso, no se basa en el control penal sobre la conducta del contratista, sino en una estrategia de gestión del riesgo contractual. La herramienta por excelencia para ello es la exigencia de garantías robustas y suficientes. El Decreto 1082 de 2015, que compila la reglamentación del sector de compras públicas, establece de manera clara que cuando en un contrato se pacta la entrega de un pago anticipado, la entidad está en la obligación de exigir al contratista la constitución de una garantía, usualmente una póliza de seguro expedida por una compañía vigilada, que ampare el buen manejo y la correcta inversión de dicho pago anticipado (Departamento Nacional de Planeación, 2015).

Esta póliza funciona como un verdadero seguro para el Estado. Si el contratista incumple sus obligaciones después de haber recibido el pago, la entidad contratante procede a declarar el incumplimiento (y con ello, el siniestro amparado por la póliza) y le reclama directamente a la compañía de seguros la devolución del dinero que pagó de forma anticipada. De este modo, el riesgo financiero de la operación se traslada del patrimonio público a una entidad aseguradora, que es una profesional en la asunción y gestión de riesgos. La lógica es, por tanto, completamente diferente a la del anticipo: en lugar de controlar el recurso a través de la vigilancia y la amenaza penal, el Estado asegura el riesgo de su pérdida a través de un contrato de seguro. La responsabilidad del contratista será entonces patrimonial: deberá responder ante la aseguradora (que buscará repetir contra él) y ante la entidad por los perjuicios adicionales que haya causado, pero, en principio y salvo que su conducta configure otro tipo de delito como la

estafa, no enfrentará una imputación por peculado por el simple hecho de haber gastado el dinero y no haber cumplido con el contrato.

En definitiva, la línea divisoria que separa al anticipo del pago anticipado es un abismo jurídico definido por la propiedad del dinero. El anticipo mantiene los fondos bajo el férreo dominio público, sometiendo al contratista a un régimen de administración tutelada y a una potencial y grave responsabilidad penal. El pago anticipado, por su parte, privatiza los fondos, otorgando al contratista una amplia autonomía administrativa y enmarcando su responsabilidad en el ámbito puramente contractual, un riesgo gestionado y mitigado a través del sistema de garantías. Comprender que toda la compleja estructura de derechos, deberes y responsabilidades de cada figura se reduce a una pregunta fundamental —¿de quién es el dinero?— es la clave maestra para navegar con seguridad, eficiencia y legalidad por las a menudo turbulentas aguas de la contratación estatal colombiana.

## CONCLUSIONES

Después de un análisis detallado, este ensayo argumentativo ha intentado demostrar desde el sustento documental y jurídico la diferencia sustancial entre el anticipo y el pago anticipado en el contexto de la contratación estatal en Colombia. Lejos de ser una diferencia semántica o una distinción jurídica, estas dos figuras contractuales representan dos herramientas de suma importancia para la contratación en el país con consecuencias legales.

El postulado principal, se centra en la titularidad sobre los fondos desembolsados de manera inicial, el cual se confirma y valida a través de exámenes específicos de naturaleza jurídica con sus respectivas responsabilidades para cada una de estas figuras. En este sentido, se ha establecido de manera sucinta que el anticipo maniobra bajo la lógica de un préstamo de

fomento, instrumento de apalancamiento donde los recursos nunca pierden su carácter inmutable de carácter público.

En consecuencia, el dominio del estado sobre el objeto contractual de cierta manera somete al contratista a un riguroso régimen de administración, que se demuestra en la realidad por el manejo de los fondos en cuentas bancarias separadas, con destinaciones específicas bajo vigilancia constante. De hecho, esta situación posiciona al contratista desde el punto de vista penal, como un funcionario público de ejercicio transitorio que lo hace sujeto activo del delito de peculado. En la figura del anticipo, el estado como garantista de los recursos públicos opta por la protección del patrimonio, ya sea a través del control riguroso de los fondos o por medio de la amenaza punitiva.

Por el contrario, la otra figura aquí analizada, el pago anticipado, goza de la lógica del mercado con la posible transferencia de riesgo. Esto implica una enajenación efectiva de los recursos, los cuales automáticamente se integran de manera definitiva al patrimonio del contratista. Este cambio jurídico le concede amplia autonomía al contratista en la administración de los fondos y transforma de facto la naturaleza contractual.

Así pues, la responsabilidad no se asume como administrador fiduciario de recursos ajenos, sino la de un deudor que ha recibido gran parte de su remuneración con el compromiso contractual de entregar obras o servicios. Esto posibilita ante un posible incumplimiento, la no configuración del delito de peculado, sino una falta contractual cuyo litigio se dirime a nivel de lo contencioso-administrativo. Bajo esta premisa, la protección del erario en esta figura desplaza el control de los recursos a la gestión de riesgo financiero, el cual de cierta manera es mitigado a través de exigencia de garantías, como las pólizas de seguros.

En última instancia, la elección de cualquiera de las dos figuras analizadas no es, ni debe

ser, una decisión arbitraria por parte de la entidad estatal. Implica una decisión estratégica esencial sobre cómo gestionar el riesgo contractual y cómo proteger de la manera más eficiente los bienes y servicios públicos. En esta línea, con el anticipo, se privilegia un modelo de control, vigilancia y responsabilidad penal. Con el pago anticipado, se opta por un modelo de flexibilidad, agilidad y transferencia del riesgo a un tercero, en este caso una compañía aseguradora.

La correcta interpretación y comprensión de esta disonancia contractual es, por tanto, un imperativo de buena administración y seguridad jurídica para todos los actores que intervienen en el complicado ecosistema de la contratación pública. Para los funcionarios públicos a cargo de la estructuración de los mecanismos de selección, implica la estricta elaboración de pliegos y condiciones, y de sobre todo, minutas claras y precisas lejas de ambigüedades que definan el régimen aplicable.

Por otro lado, para los contratistas implica la necesidad de entender y comprender tanto la naturaleza de los fondos recibidos como el alcance puntual de las obligaciones. Del mismo, ser conscientes de los riesgos adquiridos que se asumen desde el mismo momento de suscripción del contrato estatal.

Por último, es conveniente dar continuidad a este tipo de análisis. Sería de gran pertinencia realizar estudios e investigaciones de derecho comparado, haciendo cotejos entre las jurisdicciones latinoamericanas, anglosajonas y europeas. Dichas comparaciones permitirían conocer otros ordenamientos jurídicos y como estos, regulan estas o similares figuras de apalancamiento financiero en la contratación estatal.

En definitiva, la identificación de buenas prácticas, de modelos innovadores de gestión de riesgos o de soluciones normativas que hayan demostrado ser eficientes en otras latitudes, podría

servir como insumo para futuros cambios legislativos en el país. El propósito final debe buscar el perfeccionamiento de los mecanismos contractuales existentes en busca de equilibrio, eficiencia y eficacia. De este modo, se protege tanto a la economía como a la industria nacional y se salvaguarda los bienes y servicios de la nación, patrimonio de todos los colombianos.

## REFERENCIAS

- ✓ Benavides, J. L. (2019). *El contrato estatal: Entre la teoría y la práctica*. Editorial Legis.
- ✓ Congreso de la República de Colombia. (1993, 28 de octubre). *Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Diario Oficial No. 41.094.
- ✓ Congreso de la República de Colombia. (2000, 24 de julio). *Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal*. Diario Oficial No. 44.097.
- ✓ Congreso de la República de Colombia. (2007, 16 de julio). *Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993*. Diario Oficial No. 46.691.
- ✓ Congreso de la República de Colombia. (2011, 12 de julio). *Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*. Diario Oficial No. 48.128.
- ✓ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2011, 24 de enero). *Sentencia 18277* (C.P. Enrique Gil Botero).
- ✓ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2014, 28 de

- agosto). *Sentencia 26802* (C.P. Danilo Rojas Betancourth).
- ✓ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2020). *Sentencia SP3336-2020 (Rad. 52403)*. M.P. Gerson Chaverra Castro.
  - ✓ Dávila, L. F. (2019). *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Editorial Legis.
  - ✓ Departamento Nacional de Planeación. (2015, 25 de mayo). *Decreto 1082 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional*.
  - ✓ Escobar, G. (2020). *La responsabilidad en la contratación estatal*. Universidad Externado de Colombia.
  - ✓ Gómez, M. D. (2018). *Manual de contratación de la administración pública*. Editorial Temis.
  - ✓ Pimiento, J. R. (2017). *Derecho administrativo*. Universidad Externado de Colombia.