



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Oscar Darío Amaya Navas

Bogotá, D.C., doce (12) diciembre de dos mil diecisiete (2017).

Número Único: 2299

No. Radicación: 11001-03-06-000-2016-00106-00

Actor: Departamento Administrativo Para La Prosperidad Social

Referencia: Sobre los rendimientos financieros que excedan el límite señalado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993

El Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (*en adelante*, "DPS") consulta a la Sala acerca de cuál es la destinación que se le debe dar a los rendimientos financieros que no puedan adicionarse al convenio interadministrativo de gerencia integral de proyectos celebrados con el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (*en adelante* "FONADE") y si los mismos podrán ser destinados a otros proyectos de la entidad contratante bajo un nuevo convenio de gerencia.

I. ANTECEDENTES

El asunto tiene como fundamento los siguientes antecedentes:

1.1. La entidad consultante (DPS), hace relación en primer lugar, al concepto emitido por esta Sala el 30 de abril de 2008, radicación No. 1881, en donde se precisó que en el caso de los contratos de gerencia integral de proyectos, el dinero que se entrega a la entidad que asume ese encargo (para el caso, FONADE) debe tenerse como el pago de un precio por la labor contratada, motivo por el cual su titularidad corresponde a la entidad que los recibe. Así las cosas, los rendimientos que se causen por los dineros entregados son, de igual manera, de propiedad de la entidad que recibió el "precio" y, por lo tanto, estos rendimientos pueden ser aplicados al mismo convenio. Lo anterior, siempre y cuando FONADE tenga la obligación "... de entregar plenamente ejecutado un proyecto y por lo mismo responda de su ejecución por su cuenta y riesgo"¹.

1.2. Que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en concepto de 2007, con referencia 1-2007-013684, indicó que los dineros dados a título de pago por los servicios o bienes recibidos, o como pago anticipado pertenecen a FONADE, hacen parte de su patrimonio y, por ende, se someten a las normas propias de las empresas industriales y comerciales del Estado.

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta No. 1881 del 30 de abril de 2008.

1.3. El DPS cita el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 que dispone: “los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado este en salarios mínimos legales mensuales”.

1.4. Menciona que la naturaleza jurídica de los contratos que celebra FONADE, se rigen por las reglas del derecho privado y en principio, no son aplicables las normas de la Ley 80 de 1993, pero deben tenerse en cuenta los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, entre ellas, el artículo 209 de la Constitución Política.

1.5. Además, invoca los términos de la cláusula séptima del Convenio 040 de 2012, celebrado entre el DPS, el Fondo de Inversión para la Paz (*en adelante*, “FIP”) y FONADE. Así:

“Séptima.- Destinación de los rendimientos financieros. En todo caso, Fonade aportará los rendimientos financieros en los proyectos objeto del presente convenio, así como en aquellos adicionales, que con cargo al mismo, sean propuestos por el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, a instancias de la aprobación del Comité de Seguimiento, para lo cual se requiere la modificación del convenio en el sentido de adicionar estos al valor del convenio”.

1.6. Por último, y de manera previa a formular las preguntas concretas, el DPS aclara que “la consulta no está dirigida a definir la propiedad de los rendimientos financieros en los convenios interadministrativos de gerencia integral de proyectos con FONADE”.

II. LA CONSULTA

Formulados los antecedentes anteriores, pregunta la entidad consultante:

“1. ¿Los rendimientos financieros que excedan el límite señalado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, y en consecuencia no puedan adicionarse al Convenio Interadministrativo de Gerencia Integral de Proyectos suscrito con FONADE, podrán ser destinados a otros proyectos de la entidad contratante bajo un nuevo convenio de gerencia?”

“2. En caso de una respuesta negativa al interrogante anterior, se consulta si: ¿Los rendimientos financieros que no pueden adicionarse en aplicación de la restricción consagrada en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 deben ser entregados a la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional?”

III. CONSIDERACIONES

La Sala procederá a pronunciarse respecto de la consulta planteada, con fundamento en el análisis de los siguientes temas: i) De la naturaleza jurídica de FONADE, ii) Régimen jurídico aplicable al convenio Interadministrativo 040

suscrito por el Departamento para la Prosperidad Social en su condición de administrador del Fondo de Inversión para la Paz iii) del caso concreto y conclusiones.

i) De naturaleza jurídica de FONADE

Sobre la naturaleza jurídica del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade, el Consejo de Estado ha afirmado en su jurisprudencia que:

“... Fonade, institución que nació como establecimiento público del orden nacional, mediante el Decreto No. 3068 de 1968, bajo la denominación de Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo, adscrito al Departamento Nacional de Planeación.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, y en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 20 transitorio, el Presidente de la República reestructuró la entidad, mediante el Decreto 2168 de 1992, pasando a ser una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero, denominada Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y vinculada al Departamento Nacional de Planeación, así que le asignó carácter financiero. Igualmente, estableció como objeto principal ser agente en el ciclo de proyectos de desarrollo mediante la financiación y administración de estudios, y la coordinación y financiación de la fase de preparación de proyectos de desarrollo.

*Posteriormente, en el 2004, mediante el Decreto No. 288, se modificó su estructura, pero se conservó la naturaleza jurídica asignada en la anterior norma, y se añadió a la lista de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera². **En estos términos, actualmente FONADE es una empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero, vinculada al Departamento Nacional de Planeación, vigilada por la Superintendencia Financiera. Hecha esta precisión, hay que indagar si esta jurisdicción conoce el litigio planteado o se debe remitir a la justicia ordinaria.**”³(Subraya la Sala)*

De otro lado, la jurisprudencia del Consejo de Estado también afirmó sobre el objeto de la institución, así:

“corresponde con una actividad de servicios financieros, se encuentra prevista la gerencia y ejecución de proyectos de desarrollo, en la cual, con recursos de presupuestos públicos y privados, FONADE despliega una capacidad ejecutora, que

² “Artículo 1. *Nombre, Naturaleza y Domicilio.* El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, **de carácter financiero**, dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y vinculada al Departamento Nacional de Planeación y vigilada por la Superintendencia, Bancaria. Tendrá su domicilio en la Ciudad de Bogotá.” (Resaltado fuera del texto)

³ Consejo de Estado , Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Bogotá D.C., doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014), Radicado No. 25000-23-36-000-2012-00679-01 (47.083)

puede expresarse a través de la denominada contratación derivada, de la más diversa índole. Se denomina contratación derivada, en cuanto se trata de contratos que se originan en convenios interadministrativos, convenios de financiación, convenios de cooperación y cualquier otro tipo de contrato que funciona como acuerdo matriz o principal.”⁴

Asimismo, la estructura del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (FONADE), fue modificada mediante el Decreto 288 de 2004, el cual estableció respecto de su naturaleza jurídica lo siguiente:

“El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero, dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y vinculada al Departamento Nacional de Planeación y vigilada por la Superintendencia, Bancaria.”Tendrá su domicilio en la Ciudad de Bogotá”.

En el pronunciamiento realizado por esta Corporación el 26 de febrero de 2015 y que ya fue mencionado, se dijo en cuanto a la naturaleza jurídica de FONADE:

“La naturaleza jurídica de FONADE está determinada por el estatuto orgánico del sistema financiero contenido en el Decreto-ley No. 663 de 1993, dentro del cual el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE fue contemplado como una las entidades financieras con régimen especial, reguladas en la Parte X del referido estatuto, organizada bajo la estructura de empresa industrial y comercial del estado vinculada al Departamento Nacional de Planeación. En ese cuerpo legal la citada entidad financiera conservó la naturaleza de empresa industrial y comercial que se le había determinado a partir del Decreto 2168 de 1992, cuya vigencia se reiteró en el citado estatuto orgánico del sistema financiero. (...) la Sala observa que FONADE podía realizar convenios de cooperación de los referidos en el Decreto No. 393 de 1991, en la medida en que las actividades asumidas por virtud del respectivo convenio se encontrarán dentro del marco de su objeto social como agente en materia de proyectos de desarrollo mediante la financiación y administración de estudios, y la coordinación y financiación de la fase de preparación de proyectos de desarrollo, y encuentra que también existió fundamento jurídico para contratos de cooperación, por la vía de las funciones definidas a FONADE en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dentro de las cuales se destaca, para los propósitos de este análisis, la realización de contratos de fomento de actividades científicas, tecnológicas y ambientales y los demás contratos “necesarios dentro de los límites de su objeto”⁵.

De conformidad con lo expuesto en la jurisprudencia, no remite a duda que el Fonade ostenta una naturaleza jurídica especial, toda vez que es una empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero y no societaria y en tal

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Bogotá, D.C., tres (3) de agosto de dos mil diecisiete (2017), Radicación No. 68001-23-33-000-2012-00322-01(52531)

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso – Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015), Radicación 25000-23-26-000-2005-02761-01(38245).

virtud, su régimen presupuestal es de naturaleza especial. Asimismo, que el Fonade está vinculado al Fondo Nacional de Planeación y que cuenta con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa. Por último, en cuanto a su objeto hay que decir que esta entidad, es agente en materia de proyectos de desarrollo mediante la financiación y administración de estudios, coordinando y financiando la fase de preparación de proyectos de desarrollo.

ii) Régimen jurídico aplicable al convenio 040 suscrito por el Departamento para la Prosperidad Social en su condición de administrador del Fondo de Inversión para la Paz.

En desarrollo de su objeto social FONADE puede celebrar contratos con otras entidades públicas con el propósito de desarrollar los principios de cooperación, coordinación y apoyo y de esta manera dar cumplimiento a fines mutuos y a las funciones que le han sido encomendadas.

Corresponde ahora determinar si la prohibición contenida en la parte final del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, es aplicable a los convenios interadministrativos.

Al respecto la citada norma dispone:

“Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el convenio interadministrativo No. 040 de 2012, fue suscrito por el Departamento para la Prosperidad Social en su condición de administrador del Fondo de Inversión para la Paz, y en cuanto a la naturaleza de los contratos que celebren en relación con dicho Fondo el artículo 8 de la Ley 487 de 1998 los sujetó a las normas del derecho privado.

Al respecto la norma en comento establece:

“ARTÍCULO 8o. FONDO DE INVERSIÓN PARA LA PAZ. Créase el Fondo de Inversión para la Paz como principal instrumento de financiación de programas y proyectos estructurados para la obtención de la Paz.

Este Fondo será una cuenta especial sin personería jurídica, adscrita a la Presidencia de la República, administrada por un consejo directivo y sujeta a la inspección y vigilancia de una veeduría especial, sin perjuicio de las facultades a cargo de la Contraloría General de la República.

Las funciones relativas a la administración del fondo tanto del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República como del Órgano de Administración del Fondo, se ejercerán en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación.

Para el desarrollo de la finalidad del Fondo se podrán crear Fondos Fiduciarios, celebrar contratos de fiducia y encargos fiduciarios, contratos de administración y de

*mandato y la demás clases de negocios jurídicos que sean necesarios. **Para todos los efectos, los contratos que se celebren en relación con el Fondo, para arbitrar recursos o para la ejecución o inversión de los mismos se regirán por las reglas del derecho privado.***

Los recursos provenientes de los Bonos de Paz que se crean en la presente ley, estarán destinados exclusivamente al Fondo a que se refiere este artículo.

El Fondo podrá nutrirse con recursos de otras fuentes de conformidad con lo que disponga el Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO 1o. *De los recursos provenientes del Fondo de Inversión para la Paz, se asignará y apropiará un porcentaje suficiente para fortalecer el desarrollo de los proyectos de reforma agraria integral, a través de las entidades competentes y que ejecuten los programas de paz.*

PARÁGRAFO 2o. *El Gobierno Nacional deberá presentar un informe semestral al Congreso de la República sobre la aplicación de los bonos de solidaridad para la paz en el fondo de inversión creado para tal efecto.” (Negrillas y subrayas fuera de texto)*

III) Del caso concreto y Conclusiones.

Aunque la presente consulta se refiere al convenio interadministrativo No. 040 de 2012, suscrito entre el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social – Fondo de Inversión para la Paz y el Fondo Nacional de Desarrollo –FONADE- del cual no se infiere claramente el alcance de la obligación de resultado de FONADE, a que alude el concepto de esta sala del 30 de abril de 2008, mencionado en los antecedentes, se considera importante para emitir el concepto otorgar plenos efectos al principio de la autonomía de la voluntad, en cuanto a la disponibilidad de los rendimientos en los contratos de obra en los cuales FONADE realice la obra por su cuenta y riesgo.

En virtud al principio de la autonomía de la voluntad, en la cláusula séptima del Convenio No. 040 de 2012, se pactó claramente que FONADE aportará los rendimientos financieros en los proyectos objeto del presente convenio e igualmente en los adicionales que sean propuestos por el DPS, motivo por el cual se debe modificar el convenio para adicionar los rendimientos al valor inicialmente fijado. Así quedó consignada dicha estipulación:

“CLAUSULA SEPTIMA.- DESTINACIÓN DE LOS RENDIMIENTOS FINANCIEROS. *En todo caso, FONADE, aportará los rendimientos financieros en los proyectos objeto del presente convenio, así como aquellos adicionales, que con cargo al mismo, sean propuestos por el Departamento de la Prosperidad Social, a instancias de la aprobación del Comité de seguimiento, para lo cual se requiere la modificación del convenio en el sentido de adicionar estos al valor del convenio.”*

Con fundamento en lo anterior, es claro que surge una obligación a cargo de FONADE, la que debe ser cumplida y se presume legal, en cuanto ninguna autoridad la ha declarado nula.

Según lo convenido, es evidente que los rendimientos financieros que se generan como producto del pago realizado a FONADE pueden ser reintegrados para financiar los proyectos que se desarrollen como objeto del convenio, así como los adicionales que sean propuestos por el DPS, lo cual efectivamente ocurrió mediante la suscripción de los respectivos otro sí. Todo ello en virtud de lo pactado por esta entidad en ejercicio de la autonomía de la voluntad, dado que el convenio se desarrolla en ejercicio de los principios de coordinación y colaboración que orienta la actividad estatal.

Es importante aclarar que los rendimientos financieros pertenecen a FONADE en cuanto correspondan al pago de un precio, solo para aquellos contratos que impliquen una obligación de resultado, de tal manera que responda por su ejecución bajo su cuenta y riesgo, con sujeción a los límites de la ley.

Por tanto, en virtud a la fuerza obligatoria que emana de dicha relación contractual, las obligaciones pactadas en el contrato deben ser cumplidas en virtud al principio de "*pacta sunt servanda*" previsto en el artículo 1602 del Código Civil según el cual el contrato válidamente celebrado es ley para las partes.

Como se analizó en precedencia, atendiendo a la naturaleza del contrato que celebró el DPS, en su condición de administrador del Fondo de Inversión para la Paz y de acuerdo con lo previsto en el artículo 8 de la Ley 487 de 1998, se rige por las normas del derecho privado. Esta circunstancia permite colegir que no se aplica la limitación establecida en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, razón por la cual podrá adicionarse el convenio en más del cincuenta por ciento (50%) del valor inicialmente estipulado, con la suma que incluyan los rendimientos financieros, los que podrán ser destinados a financiar los proyectos objeto de ese convenio según lo pactado entre el DPS y FONADE.

Finalmente la Sala se permite exhortar a FONADE sobre la obligación que tiene de precisar claramente el objeto y alcance de sus obligaciones contractuales. En ese sentido, recomienda que en los contratos denominados "gerencia de proyectos" se establezca claramente el objeto y las obligaciones de FONADE, (clausulas primera y tercera), su responsabilidad por la ejecución de las obras por su cuenta y riesgo o simplemente de adelantar una gerencia del proyecto. Asimismo, para advertir que ni la clase ni el objeto de los contratos estatales pueden ser modificados durante su ejecución (cláusula 4 parágrafo 2º).

IV. La Sala RESPONDE:

"1. ¿Los rendimientos financieros que excedan el límite señalado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, y en consecuencia no puedan adicionarse al Convenio Interadministrativo de Gerencia Integral de Proyectos suscrito con FONADE,

podrán ser destinados a otros proyectos de la entidad contratante bajo un nuevo convenio de gerencia?"

"2. En caso de una respuesta negativa al interrogante anterior, se consulta si: ¿Los rendimientos financieros que no pueden adicionarse en aplicación de la restricción consagrada en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 deben ser entregados a la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional?"

En ejercicio de la autonomía de la voluntad, FONADE en condición de titular de los rendimientos financieros, tiene la facultad de disponer sobre el destino final de estos, en aquellos contratos que impliquen una obligación de resultado en los que responda por su ejecución, bajo su cuenta y riesgo, con sujeción a los límites de la ley.

Es importante advertir que en el presente caso no se aplica la limitación contenida en el artículo 40 de la ley 80 de 1993, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas.

Remítase al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.


OSCAR DARÍO AMAYA NAVAS

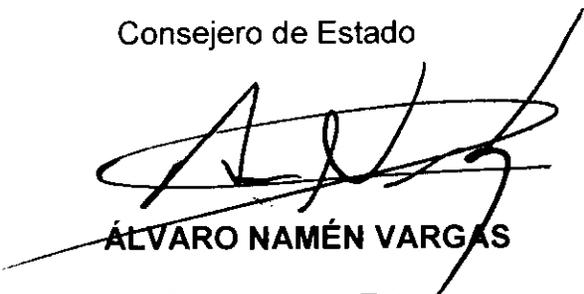
Presidente de la Sala


GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR

Consejero de Estado


EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ

Consejero de Estado


ÁLVARO NAMÉN VARGAS

Consejero de Estado


LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala

19 JUN 2018 LEVANTADA LA RESERVA LEGAL MEDIANTE AUTO DE FECHA 19 DE JUNIO DE 2018