



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de 2008

Radicación: 1881

Número Único: 11001-03-06-000-2008-00013-00

Referencia: Propiedad de los rendimientos financieros en contratos de gerencia integral de proyectos del Fonade. Interpretación de los contratos o convenios interadministrativos.

El señor Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, doctor Juan Lozano Ramírez, solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil un concepto sobre la propiedad de los “rendimientos financieros” producidos por los dineros entregados al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade, en “ejecución de convenios administrativos de Gerencia Integral de Proyectos, mediante los cuales Fonade asume, bajo su cuenta y riesgo, la ejecución de un proyecto o parte de él.”

Considera el Sr. Ministro, que es conveniente una aclaración sobre el tema en relación con los recursos que recibe Fonade de entidades públicas “en virtud de los contratos de Gerencia Integral de Proyectos, cuyo objeto no es la administración o gerencia de recursos, los cuales por su naturaleza, suponen para las entidades contratantes operaciones presupuestales de ordenación del gasto y, para Fonade, la ejecución integral de las actividades propias del proyecto contratado, que en ningún caso pueden considerarse como operaciones de inversión de carácter financiero.”

Formula al efecto la siguiente pregunta:

“¿Los rendimientos financieros generados por las inversiones que realice Fonade con recursos correspondientes al pago que efectúen sus contratantes en cumplimiento de convenios interadministrativos de Gerencia Integral de Proyectos, son de su propiedad o de la entidad pública que lo contrató?”

Con la finalidad de aclarar algunos aspectos de los contratos denominados de “gerencia integral de proyectos”, la Sala de Consulta y Servicio Civil se reunió en audiencia con el Sr. Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, doctor Juan Lozano Ramírez, y con el Dr. Luis Fernando Sanz González, Gerente General del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade, quienes expusieron la importancia de estos contratos interadministrativos, cómo a través de ellos cumplen con sus funciones legales, y por último la forma como interpretan las obligaciones y funciones de ambas partes. Adjuntaron para el estudio de la Sala varios contratos celebrados entre ellos, y otra documentación de interés para el concepto.

Para responder la Sala CONSIDERA:**1. El criterio de la Sala sobre la propiedad de los rendimientos financieros producidos por dineros públicos:**

Esta Sala ha procurado trazar algunas interpretaciones de los artículos que en el Estatuto Orgánico del Presupuesto¹ y en sus reglamentos² hacen referencia a los rendimientos financieros originados en recursos de propiedad de la Nación y en recursos propios de otras entidades públicas, que en lo que hace referencia con la consulta que se responde, se pueden sintetizar en esta forma:

- i. Por “*rendimientos financieros*” deben entenderse *los frutos civiles de los recursos (entendidos como un capital que produce intereses)*³.
- ii. Los rendimientos financieros pertenecen al dueño del capital, de manera que si éste es de la Nación, al producirse tales rendimientos acrecen al Tesoro Nacional, y si es de un establecimiento público, al de éste.
- iii. En los contratos celebrados por una entidad pública como contratante, en los que se entreguen dineros a título de pago del precio de un contrato, y a cambio se reciba un bien o servicio, como este último es el propietario del monto del pago recibido, por lo mismo lo es de los rendimientos financieros o intereses que produzca la inversión del precio recibido. En estos contratos, si hay un “*precio anticipado*”, una vez pagado pertenece al contratista y por lo mismo sus rendimientos (salvo pacto en contrario), pero si hay un “*anticipo*”, dado que se entiende como una forma de financiamiento, los rendimientos financieros pertenecen al contratante. El anticipo pasará a ser parte del precio, en la medida en que se amortice siguiendo las cláusulas del contrato.
- iv. Por el contrario, si una entidad pública como contratante entrega unos dineros en administración, *verbi gratia* para ser invertidos, éstos no ingresan al patrimonio del contratista, y por lo mismo los rendimientos que lo acrecen son de la entidad contratante que es la propietaria del capital. En este caso, el *precio* del contrato lo constituyen las comisiones, primas de resultado, una suma fija o cualquier otra forma de retribución que se pacte.

A partir de las anteriores conclusiones procede la Sala a dar respuesta a la pregunta formulada.

2. Sobre la interpretación de los contratos interadministrativos.

De acuerdo con la solicitud de consulta y las audiencias celebradas con los señores Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y Gerente General de Fonade, se ha presentado un problema de interpretación de las cláusulas de los contratos de *gerencia integral de proyectos*, pues mientras las partes las entienden y ejecutan de cierta manera, los terceros y en especial la Contraloría General de la República, les dan lecturas diferentes.

¹ Decreto 111 de 1996, (enero 15) “por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto”, con las modificaciones introducidas por las leyes 617 del 2000 y 819 del 2003; Arts. 16, 31, 34, 101 y 102.

² Específicamente el decreto 4730 de 2005, (28 de diciembre), “Por el cual se reglamentan normas orgánicas del presupuesto”.

³ Concepto del 30 de octubre de 1996, Rad. No. 906 de 1996, C. P. César Hoyos Salazar.

El tema se plantea entonces en las reglas de interpretación de los contratos y su aplicación a los convenios interadministrativos.

Esta Sala ha conceptualizado⁴ que los convenios o contratos interadministrativos, si bien están nominados en la ley 80 de 1993, han sido parcialmente regulados por el primer inciso del artículo 95 de la ley 489 de 1998 que es del siguiente tenor:

*“Art. 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.
(...)”*

Esta norma, que hace parte de la ley que regula la organización de la administración pública, organiza dos situaciones, a saber: los convenios interadministrativos y la creación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.⁵

Siguiendo la definición transcrita, procede la Sala a aplicarla al problema planteado de cómo interpretar esta clase de contratos cuando surjan dudas sobre su contenido obligacional, para lo cual es entonces necesario tener en cuenta dos elementos, a saber: que estos convenios se celebran en virtud del principio de colaboración entre entidades públicas, y que su finalidad es la de cumplir en forma conjunta con las funciones a cargo de ambas entidades, o prestar los servicios públicos que les han encomendado.

El principio de coordinación o colaboración está definido por el artículo 6° de la misma ley, como la necesidad de ejercer sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales; que aplicado a la institución de los contratos, significa que las partes se obligan a poner en ejecución todos los medios a los que se comprometen para obtener la realización del objeto del convenio. Implica que en el contrato regido por el principio de colaboración, no se da un verdadero intercambio de bienes o servicios (contrato conmutativo), sino que los contratantes realizan la finalidad propia de las entidades contratantes. El contenido obligacional se estructura en una doble perspectiva, definiendo el resultado querido por las partes, y las acciones y medios que cada una de ellas desplegará para obtener el objeto convenido.

Es de la esencia del contrato o convenio interadministrativo, que cada una de las entidades partes contratantes realice los cometidos estatales a su cargo, pues es obvio que ninguna puede buscar fines públicos diferentes de aquellos que le fueron expresamente encomendados. En desarrollo de estos convenios, cada uno de los contratantes buscará ejecutar las tareas que le fueron asignadas, sin que esto signifique que necesariamente sea la misma, pues frecuentemente se trata de fines complementarios. Por esta razón, es también posible que una de las entidades obtenga una remuneración a cargo de la otra (u otras) por los servicios o la ejecución del objeto del contrato, todo de acuerdo con las facultades que les son propias y con los estatutos que las rigen.

⁴ *Vr. gr.* Concepto de 15 de junio de 2006, Rad. No. 2006-00048-00(1746-1747), C. P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Ref. Infraestructura vial a cargo de la Nación y de las entidades territoriales. Transferencias. Inversión de recursos. Convenios Interadministrativos para el mejoramiento, mantenimiento y pavimentación de vías que comprometan varios municipios. Modalidades de asociación de estas entidades territoriales.

⁵ La Sala estima como sinónimas las palabras convenio y contrato interadministrativo. Sin embargo, encuentra que con mucha frecuencia se utiliza la expresión convenio para los interadministrativos, y contrato para los celebrados con particulares.

El título trece del libro cuarto del Código Civil, contiene un conjunto de normas que permite la interpretación de los contratos, y en cuanto al tema que se plantea, resalta la Sala las siguientes reglas que tienen especial interés:

“Art. 1618.- Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.”

“Art. 1622.- Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

“Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

“O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas las partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.”

La primera de las citadas le ordena, tanto a las partes como a los terceros que conozcan el contrato, atenerse a la intención de los contratantes antes que al tenor literal de las estipulaciones escritas, pues se presenta que el lenguaje escrito no siempre traduce íntegramente la voluntad de los contratantes. Lo que interesa de esta regla para el efecto del concepto que se emite, es la obligatoriedad de interpretar el contrato según la intención de las partes, pues los terceros, incluyendo al juez del contrato si llegare a conocerlo en un proceso, no pueden darle su propia interpretación y sacar de ella consecuencias jurídicas no queridas por los contratantes.

En relación con el artículo 1622 del Código Civil, resalta la Sala la última de las reglas, la que dice que una de las formas de conocer la intención de las partes es la ejecución práctica del contrato, y a ella han de atenerse tanto los contratantes como los terceros que deban conocer de él.

Para aplicar las normas comentadas al caso de los contratos interadministrativos, a más de la voluntad de las partes, debe tenerse en cuenta la finalidad pública que cada una de las entidades busca cumplir con el contrato que se interpreta, pues en derecho público, al lado de la voluntad, es esencial la finalidad, dado que la mera liberalidad no puede ser ni causa ni fin de los contratos de la administración.

3. El convenio de gerencia integral de proyectos

Al comenzar el anterior acápite, se decía que el problema jurídico planteado se presenta fundamentalmente con la interpretación de las cláusulas de los convenios interadministrativos denominados de *gerencia integral de proyecto*, frente a las cuales existen dos posturas, según lo expone la consulta, a saber:

La primera de ellas es la de las partes de los convenios, quienes entienden que Fonade “asume, bajo su cuenta y riesgo, la ejecución de un proyecto o parte de él”, que se trata de ejecutar un proyecto “en todos sus componentes, asumiendo la responsabilidad y el riesgo por la realización del mismo y adelantando actividades de agente principal en la obtención del resultado requerido por la entidad pública contratante”; y que “el pago que se realice a Fonade en su condición de contratista, corresponde a la contraprestación que éste recibe por la ejecución del proyecto de inversión, incluido los costos administrativos asociados al mismo”, de donde se desprende que el contrato no pacta “la administración o gerencia de recursos... que en ningún caso pueden considerarse como operaciones de inversión de carácter financiero”, según se dice en el texto de la consulta. En las audiencias que realizó el Consejo de Estado con el Sr. Ministro y con el Gerente General del Fondo, fueron claros en dos puntos: que el compromiso de Fonade es, y ha sido en el curso de los últimos años,

el desarrollo y entrega del proyecto (o proyectos) objeto del contrato a manera de “obligación de resultado”, y que los dineros que se le entregan por el Ministerio, se transfieren en forma definitiva, de suerte que desde el punto de vista presupuestal la parte contratante ejecuta la partida y los recursos se entregan a título de precio del contrato y no a manera de administración. Según informaron éste ha sido el entendimiento de los contratos y la práctica presupuestal.

En palabras del Dr. Sanz González:

“En tal sentido se concreta la segunda línea de negocios de Fonade, que a diferencia de la tradicional administración financiera de recursos, o la fiducia pública, ofrece a sus clientes la posibilidad de la gerencia integral de proyectos, modalidad diferente a la anterior no solamente por su finalidad, sino por el régimen de responsabilidad que demanda, en donde, el control y los riesgos derivados de la ejecución del proyecto contratado, se asuman directa y de forma exclusiva por el contratista Fonade, compromiso que no es otro que la entrega del bien o servicio en las condiciones y bajo los requerimientos establecidos en el contrato.

“(…)

“Con base en las anteriores consideraciones podemos concluir que, Fonade ha interpretado cuando celebra contratos de gerencia integral de proyectos, que asume bajo su responsabilidad en su calidad de agente principal la ejecución de los mismos y para tal efecto, desarrolla por su cuenta y riesgo todas las actividades inherentes y necesarias para la consecución de los fines del proyecto, y como contraprestación recibe el monto establecido como valor del contrato. Si el desembolso tiene la condición de pago anticipado, este ingresa como un recurso propio de Fonade y los rendimientos financieros provenientes de esos recursos provenientes de las operaciones de inversión de su portafolio, son de su propiedad, sin perjuicio de la destinación que pueda darles en la financiación de gastos del mismo proyecto, en virtud del principio de autonomía de la voluntad que rige la actividad contractual. En caso contrario si son recibidos en calidad de anticipos, los rendimientos financieros son reintegrados al tesoro en acatamiento de las disposiciones que regulan la materia, en razón a su naturaleza⁶.”

La segunda interpretación, según la consulta, proviene de la Contraloría General de la República, que “en el informe de julio de 2007, resultante de la auditoría gubernamental con enfoque integral, realizada al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial”, ha interpretado estos convenios interadministrativos en el sentido de que los dineros entregados por el Ministerio a Fonade continúan siendo de propiedad del primero, por lo que los rendimientos financieros que ellos produzcan “*deben reintegrarse a la Dirección General del Tesoro Público y por tanto no pueden ser reinvertidos en el Proyecto, en calidad de aportes de Fonade.*” De los documentos que se adjuntaron a la Sala para emitir el presente concepto, aparece una comunicación suscrita por el Dr. César Torrente Bayona, Director de la Oficina Jurídica de la Contraloría, en la que sostiene que “el tema debe centrarse en la calidad de los recursos que se transfieren a través del Convenio 027 que no es un contrato de administración de recursos públicos y no pierden su naturaleza al ser entregados en dicha administración a FONADE, sino que se trata de una Gerencia Integral de Proyecto cuya connotación impone la realización de todas las gestiones para la ejecución de un proyecto el cual asume el contratista, que es FONADE, en

⁶ Memorial de fecha 3 de abril de 2008.

este específico evento como una labor de resultado y no de medio.” Como se observa, parece no haber unanimidad en el seno de esta entidad de control.

El problema es entonces dilucidar si efectivamente la entrega de los dineros se hace a título de pago de un precio o de administración de recursos, y de aquí se debe dilucidar a quién acrecen los rendimientos financieros de tales dineros.

En relación con el objeto de los contratos y el desarrollo de los cometidos estatales a cargo de ambas entidades, el decreto 288 de 2004⁷ señala:

“Art. 2º. Objeto. El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade, tiene por objeto principal ser agente en cualquiera de las etapas del ciclo de proyectos de desarrollo, mediante la preparación, financiación y administración de estudios, y la preparación, financiación, administración y ejecución de proyectos de desarrollo en cualquiera de sus etapas.” (Subraya la Sala).

El mismo decreto en el artículo 3º al enlistar las funciones de la entidad la facultó para:

“Art. 3º—Funciones. En desarrollo de su objeto el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade, podrá realizar las siguientes funciones:

“3.1. Promover, estructurar, gerenciar, ejecutar y evaluar proyectos de desarrollo financiados con recursos de fuentes nacionales o internacionales.

“(…)

“3.6. Celebrar contratos para administrar recursos destinados a la ejecución de proyectos y para el desarrollo de esquemas de gerencia de proyectos.

“3.7. Realizar operaciones de financiamiento no reembolsable con recursos del presupuesto nacional o con utilidades líquidas asignadas a la entidad sin deteriorar su patrimonio en términos reales.” (Se subraya).

La primera de las reglas de interpretación expuesta en el acápite anterior, consistía en que como la finalidad de los convenios interadministrativos es la de cumplir con los cometidos estatales de las entidades contratantes, en caso de duda en la interpretación de sus estipulaciones debía primar aquella que sirviera de mejor manera a los fines públicos para los cuales se celebró el contrato. Una de las dudas generadas alrededor de los contratos de gerencia integral de proyectos, recae sobre el título mediante el cual se entregan los dineros a Fonade, pues se discute si es a manera de pago del precio del contrato o en administración de recursos, entonces tomar las cláusulas bajo la hipótesis de que es como pago del precio, aporta una mayor eficacia al convenio pues genera un mayor compromiso para Fonade porque está obligado a entregar el proyecto ejecutado, mientras que si se entiende que los dineros se aportan en administración, Fonade estaría obligado a efectuar su mejor esfuerzo para obtener el resultado, mas no para su entrega final.

Con el mismo razonamiento debe interpretarse la propiedad y la aplicación al proyecto, de los rendimientos financieros que produzca el precio del contrato recibido por Fonade, pues siendo propietario del precio también lo es de los rendimientos que produzca, y por lo mismo puede aportarlos al proyecto en virtud del artículo 3.7 transcrito, lo que nuevamente redundará más en beneficio de éste.

Además de esta interpretación general que tiene en cuenta las atribuciones y los fines de las entidades públicas, pasa la Sala a aplicar las reglas de los artículos 1620 y 1622 del Código

⁷ “Por el cual se modifica la estructura del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade, y se dictan otras disposiciones”. Enero 29 de 2004.

Civil a los contratos de gerencia integral de proyectos, con base en la información disponible, de suerte que si ambas partes los han ejecutado bajo el entendido de que Fonade “asume, bajo su cuenta y riesgo, la ejecución de un proyecto o parte de él” y que “el pago que se realice a Fonade en su condición de contratista, corresponde a la contraprestación que éste recibe por la ejecución del proyecto de inversión, incluido los costos administrativos asociados al mismo”, mal puede un tercero interpretar las cláusulas de los convenios interadministrativos contradiciendo la forma práctica con la que han interpretado sus obligaciones y les han dado cumplimiento. Como se expuso antes, prima en este caso la intención de las partes demostrada por la forma como se han ejecutado tales contratos, de acuerdo con las normas del Código Civil.

Advierte la Sala que la aplicación que ha hecho de las disposiciones contenidas en el Código Civil obedece a que el contrato llamado *de gerencia integral de proyectos*, es un contrato atípico, pues si bien el artículo 32 de la ley 80 de 1993, enlista como uno de los objetos posibles del contrato de consultoría, el de la “gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos”, la prestación a cargo del consultor está constituida fundamentalmente por servicios inmateriales, mientras que, teniendo en cuenta la descripción que se ha hecho de él y los documentos revisados, en el contrato de gerencia integral de proyectos Fonade “asume, bajo su cuenta y riesgo, la ejecución de un proyecto o parte de él”. Entonces, su atipicidad impone que sea examinado a la luz de las reglas de interpretación señaladas.

Con base en las premisas anteriores, **la Sala RESPONDE:**

“¿Los rendimientos financieros generados por las inversiones que realice Fonade con recursos correspondientes al pago que efectúen sus contratantes en cumplimiento de convenios interadministrativos de Gerencia Integral de Proyectos, son de su propiedad o de la entidad pública que lo contrató?”

En la medida en que la obligación adquirida por Fonade en un convenio de *Gerencia Integral de Proyecto*, sea la de entregar plenamente ejecutado un proyecto, y por lo mismo responda de su ejecución por su cuenta y riesgo, los rendimientos financieros producidos por los dineros recibidos en calidad de pago, salvo los del anticipo, son de su propiedad.

Transcríbase al señor Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO
Presidente de la Sala

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO

GUSTAVO E. APONTE SANTOS

LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Secretaria de la Sala