

Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 22 de noviembre de 2022

## El Consejo de Estado conceptuó sobre la forma de solucionar una controversia jurídica de carácter contractual entre el Departamento Nacional de Planeación y ENTerritorio

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en ejercicio de la función que le otorga el numeral 7.º del artículo 112 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Cpaca), emitió un concepto para ayudar a solucionar la controversia jurídica surgida entre el Departamento Nacional de Planeación (DNP) y la Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial (ENTerritorio), en relación con la ejecución y liquidación de un contrato interadministrativo celebrado entre dichas entidades.

1

### ¿Qué pasó?

El DNP y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade), ahora ENTerritorio, celebraron el contrato interadministrativo de gerencia integral de proyectos SGR-053/215050 de 2015, cuyo objeto principal consistía en apoyar a los municipios del país en la formulación, estructuración, presentación y trámite de proyectos de inversión a ser financiados, total o parcialmente, con recursos del Sistema General de Regalías (SGR).

Durante la ejecución del contrato, surgieron discrepancias entre las partes, que no habían podido ser solucionadas, sobre el cumplimiento de sus obligaciones, en relación con ciertos proyectos o subproyectos de inversión específicos, lo que les había impedido liquidar el contrato, de común acuerdo.

Ante esta situación, el Gobierno nacional, por intermedio de la directora del DNP, y con la coadyuvancia de ENTerritorio, solicitó a la Sala emitir un concepto que le permitiera a las partes solucionar sus controversias jurídicas, en relación con la ejecución y la liquidación de este contrato, con el fin de precaver el eventual litigio que podría surgir entre ellas, y liquidar bilateralmente este negocio.

Para tal fin, formularon a la Sala varias preguntas específicas.

2

### ¿Qué tuvo en cuenta la Sala de Consulta y Servicio Civil?

Para dar respuesta a los interrogantes planteados, la Sala analizó los siguientes aspectos, entre otros: i) naturaleza, alcance y régimen legal aplicable a los contratos de gerencia integral de proyectos celebrados por ENTerritorio; ii) las obligaciones de medio y de resultado, y las causales de exoneración; iii) el Sistema General de Regalías: normativa aplicable para la estructuración de proyectos de inversión; iv) el contrato interadministrativo SGR-053/215050 de 2015, y sus modificaciones; v) análisis de las controversias sostenidas por las partes, en relación con seis proyectos o subproyectos de inversión específicos; vi) los honorarios pactados en el contrato interadministrativo a favor de ENTerritorio («cuota de gerencia»), y su eventual obligación de devolución; vii) los rendimientos financieros generados por los recursos entregados por el DNP a ENTerritorio, y su eventual obligación de reintegro; viii) el gravamen a los movimientos financieros (GMF) causados en la ejecución de tales recursos, y ix) la liquidación del contrato interadministrativo y la forma de solucionar la controversia existente entre las partes.

3

### ¿Qué respondió la Sala de Consulta y Servicio Civil?

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado respondió las preguntas formuladas por el DNP y ENTerritorio, indicando, entre otras cosas, lo siguiente:

- El mecanismo más idóneo, razonable y eficaz que pueden utilizar las partes para solucionar las controversias surgidas entre ellas, en relación con la ejecución del contrato interadministrativo SGR-053/215050 de 2015, es la liquidación bilateral o de común acuerdo de dicho contrato, dentro del plazo establecido por la ley, que aún estaba vigente.

- En la etapa de liquidación, las partes pueden celebrar transacciones y otra clase de arreglos que les permitan solucionar y finiquitar satisfactoriamente las diferencias que subsistan entre ellas.

- Adicionalmente, los acuerdos a los que lleguen las partes deben tener en cuenta la necesidad de proteger y salvar los recursos públicos del Sistema General de Regalías que se han invertido hasta el momento en la estructuración de los proyectos, y satisfacer las necesidades básicas insatisfechas que se pretendían solucionar con aquellos, en las comunidades beneficiarias.

- Sobre las actividades o gestiones que dependían de un tercero (como las entidades territoriales), la Sala consideró que ENTerritorio asumió libre y voluntariamente el riesgo de inejecución o ejecución tardía de tales labores, cuando se obligó, mediante dos modificaciones al contrato, a entregar un grupo determinado de proyectos debidamente estructurados, en fase de factibilidad, en una fecha cierta, con la plena consciencia de que esa entrega dependía de las actividades que realizaran o culminaran esos terceros y que, en las fechas de suscripción de tales modificaciones, no se habían ejecutado o culminado.

- Por tales razones, a juicio de la Sala, existió un incumplimiento parcial del contrato por parte de ENTerritorio, en algunos de los proyectos mencionados, el cual está referido principalmente a su obligación de entregar determinados proyectos o subproyectos de inversión debidamente estructurados en fase de factibilidad, dentro del plazo acordado por las partes (obligación de resultado), en conjunto con otras obligaciones que tenía a su cargo dicha entidad, sin que el incumplimiento de los mencionados terceros lo exonere de responsabilidad, pues dicha situación no puede calificarse, en este caso, como el «hecho exclusivo de un tercero» u otro evento de «causa extraña».

- Con respecto a los honorarios a favor de ENTerritorio («cuota de gerencia»), la Sala entendió que esta entidad solo tenía derecho a percibir la totalidad de este rubro si hubiese cumplido cabalmente con la totalidad de sus obligaciones. En consecuencia, como se presentó un incumplimiento parcial del contrato, por parte de ENTerritorio, tal entidad tendría que devolver parte de sus honorarios, en proporción al referido incumplimiento, dentro del plazo que las partes acuerden.

- En relación con los rendimientos financieros generados por ENTerritorio, durante la ejecución del contrato interadministrativo, con los recursos que le entregó el DNP, la Sala consideró que, aun cuando en dicho contrato se pactó que tales rendimientos serían para ENTerritorio, sin ninguna excepción, estos rendimientos constituían una especie de remuneración adicional para ENTerritorio (además de la «cuota de gerencia»), por la efectiva realización de las actividades y la prestación de los servicios a su cargo. Por ende, como dicha entidad incurrió en un incumplimiento parcial, debe pagar al DNP, dentro del término que las partes acuerden, los rendimientos financieros generados por las sumas de dinero que ENTerritorio debería devolver, según lo explicado en el concepto, por haber ejecutado indebidamente algunas de sus obligaciones.

- Con respecto al gravamen a los movimientos financieros (GMF), la Sala considera que el costo del tributo pagado efectivamente por ENTerritorio no debe ser asumido por el DNP, en relación con los recursos que ENTerritorio deba reintegrarle a la liquidación del contrato interadministrativo, debido a que, si el valor de dicho impuesto fuera deducido o descontado por dicha entidad, de las sumas a devolver al DNP, este no recibiría una indemnización integral del daño o perjuicio económico sufrido por el incumplimiento parcial del contrato.

- En consecuencia, las sumas de dinero que ENTerritorio deba reintegrar, tal como se acuerde en el acta de liquidación, deberán devolverse de manera completa, es decir, sin descontar el correspondiente gravamen a los movimientos financieros (GMF) que dicha entidad haya pagado.

#### Normas asociadas:

Constitución Política, artículos 113, 332, 360 y 361; Acto Legislativo 5 de 2011; Ley 1437 de 2011, artículos 3: 112, numeral 7.º, y 164; Ley 2080 de 2021, artículo 19; Código Civil, artículos 663, 717, 718, 1519, 1602, 1603, 1604, 1740, 1741, 2224 y 2246; Ley 80 de 1993, artículos 14, 15, 16, 17, 26, 32, 40, 44 y 60; Ley 1150 de 2007, artículo 11; Ley 1474 de 2011, artículos 83 y 84; Decreto Ley 19 de 2012, artículo 217; Decreto 288 de 2004, artículos 2 y 3; Ley 1530 de 2012; Ley 1450 de 2011, artículo 51; Ley 1744 de 2014, artículo 40; Estatuto Tributario, artículos 871, 873, 876 y 879; Ley 2056 de 2020, artículo 211; Ley 1551 de 2012, artículo 48; Ley 2140 de 2021, artículo 2; Decreto 1082 de 2015; Decreto 1821 de 2020; Resolución 2300 de 2013, expedida por el Departamento Nacional de Planeación, y Acuerdos 29 de 2015 y 45 de 2017 (Acuerdo Único del Sistema General de Regalías), aprobados por la Comisión Rectora del Sistema General de Regalías, entre otras.

#### Decisiones asociadas:

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos 1453 del 6 de agosto de 2003, 1881 del 30 de abril de 2008, 1994 del 20 de mayo de 2010, 2135 del 9 de abril de 2013, 2271 del 10 de mayo de 2015, 2253 del 28 de julio de 2016, 2299 del 12 de diciembre de 2017, 00002 del 16 de diciembre de 2019, 00003 del 13 de diciembre de 2021 y 00005 del 30 de junio de 2022; y Decisión del 29 de mayo de 2015 (rad. mím. 11001-03-06-000-2015-00030-00), entre otras.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias del 24 de junio de 1998 (rad. 10530) y el 20 de mayo de 2004 (rad. 25154); Subsección A, Sentencia del 29 de mayo de 2013 (rad. 27926); Subsección C, Sentencias del 12 de julio de 2021 (rad. 51053) y el 30 de marzo de 2022 (rad. 7600123310020090115101), entre otras.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencias del 7 de diciembre de 2020 (rad. 2001-31-03-003-2001-00942-01) y el 26 de octubre de 2021 (rad. 11001-31-03-012-210-00299-01), entre otras.



Ponente:  
Ana María Charry Gaitán  
Expediente:  
110010306000202100138-00  
Fecha del concepto:  
22 de noviembre de 2022

**i** información importante

