



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejera ponente: Ana María Charry Gaitán

Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Número único: 110010306000202100138-00

Número interno: 00004

Referencia: Consulta para solucionar controversias entre entidades públicas (artículo 112, numeral 7°, del CPACA)

Consultante: Gobierno nacional

Partes: Departamento Nacional de Planeación (en adelante, DNP) y Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial (ENTerritorio)

I. ANTECEDENTES

1. El Gobierno nacional, por intermedio de la directora general del Departamento Nacional de Planeación (DNP), con la coadyuvancia de la gerente general de la Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial (ENTerritorio), solicita a la Sala emitir un concepto, en desarrollo de la función prevista en el artículo 112, numeral 7°, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), para solucionar la controversia jurídica que se ha suscitado entre esas dos entidades, en relación con la ejecución y liquidación del contrato interadministrativo n.º SGR-053 / 215050 del 7 de octubre de 2015.
2. En el escrito de la consulta, se hace referencia a los antecedentes más importantes del contrato interadministrativo; a su objeto y estructura general; a las principales obligaciones y actividades de cada una de las partes; a la terminación del contrato, por vencimiento del plazo final estipulado en dicho negocio jurídico; a las gestiones realizadas por las partes para lograr, infructuosamente, su liquidación, y a las diferencias suscitadas entre las dos entidades sobre el cumplimiento del contrato interadministrativo, en relación con la estructuración de seis (6) proyectos o subproyectos de inversión específicos.

Por razones de claridad y economía, la Sala se referirá a estos antecedentes en la parte considerativa del concepto, al abordar cada uno de los problemas jurídicos y los asuntos involucrados.

3. Luego de analizar preliminarmente el contenido de la consulta, el despacho sustanciador dictó un auto, el 6 de octubre de 2021, mediante el cual solicitó a las partes: *i)* precisar los «asuntos de puro derecho» objeto de la discrepancia, en relación con las cuales se pide el concepto, y *ii)* allegar los documentos anunciados en la consulta, que no habían sido entregados, en forma física ni electrónica.
4. En atención a dicha providencia, se recibió, en la Secretaría de la Sala, la comunicación n.º 20213241165651, suscrita por la gerente general de ENTerritorio y una asesora de la Dirección General del DNP, actuando en representación de dicho organismo, mediante la cual ambas entidades respondieron conjuntamente lo requerido por este despacho. Con respecto a los *asuntos de puro derecho* objeto de la controversia, el DNP y ENTerritorio manifestaron lo siguiente:

De manera general, el punto de derecho que se somete a su consideración, consiste en que la Honorable Sala conceptúe conforme a las obligaciones contractuales recíprocas entre ENTerritorio y el DNP la naturaleza de las mismas, el desarrollo y los compromisos adquiridos por las entidades territoriales beneficiarias de los proyectos, si se ha cumplido con el contrato y, cuál sería, conforme a los antecedentes narrados en la [...] solicitud, la solución definitiva a las diferencias surgidas entre las partes sobre el cumplimiento y la liquidación del contrato.

Implica esta consulta, las siguientes preguntas:

- 1.- Considerando la naturaleza del contrato, las partes y las obligaciones pactadas, ¿cómo solucionar las diferencias entre las partes sobre el cumplimiento de obligaciones o compromisos que dependen de la conducta de un tercero, como lo son las entidades territoriales beneficiarias de los proyectos, tales como la adquisición de predios o gestiones a su cargo ante otras autoridades?
2. Considerando las obligaciones de ENTerritorio en las fases de definición del perfil, prefactibilidad y factibilidad de un proyecto, ¿cuál es el alcance de la prestación contractual sobre definición del perfil?, ¿puede considerarse que ENTerritorio ha incumplido el contrato?, ¿la aprobación del perfil por parte del supervisor designado por el contratante, cómo incide en la responsabilidad del contratista gestor en relación con el alcance y ejecución del proyecto?, y ¿es factible, jurídicamente, que las partes acuerden modificaciones a los proyectos, cuando por alguna circunstancia el mismo no alcanza la etapa siguiente?
3. ¿Considerando las obligaciones pactadas en el contrato sería posible, jurídicamente, que el DNP proceda a recibir los proyectos en discusión, en el estado en que se encuentran, y realizar el pago, total o parcial, de la cuota de Gerencia o remuneración pactada a favor de ENTerritorio, habida cuenta de las diferencias

surgidas entre las partes en la etapa de liquidación del contrato y expuestas en los antecedentes de la solicitud de concepto?

4. Teniendo en cuenta la naturaleza del contrato, lo estipulado en el mismo, las diferencias de las partes en tomo al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales, las circunstancias atribuibles a terceros, las modificaciones aceptadas por el DNP o convenidas por las entidades públicas contratantes, ¿a quién corresponden los rendimientos financieros generados por los recursos contractuales no ejecutados?, ¿si hay lugar a la devolución de los rendimientos financieros, a partir de qué momento se causan los mismos.? y ¿que [sic] sucede con los gravámenes a los movimientos financieros - GMF- causados y pagados con cargo a los recursos contractuales no ejecutados?

5. ¿De acuerdo con los antecedentes y demás circunstancias fácticas relacionadas en el escrito inicial y con las preguntas que se hacen en este complemento, es posible, bajo las condiciones descritas, liquidar el contrato y en qué forma?

5. En todo caso, las partes advirtieron que la enunciación de estos asuntos de puro derecho «no excluye la posibilidad de que en ejercicio de su competencia, y conforme con la solicitud presentada, pueda usted hacer otro tipo de consideraciones relacionadas con el asunto, habida cuenta de la razón de ser de la atribución conferida a la Sala que busca, fundamentalmente, "prevenir un eventual litigio o poner fin a uno existente", a fin de que las entidades públicas no tengan que acudir al juez ordinario o arbitral o a otros mecanismos judiciales de composición de conflictos, por obvias razones de transparencia y de economía».
6. En relación con los documentos solicitados, las mismas autoridades informaron que «[a]nexamos además los documentos soporte de la solicitud, que involuntariamente se extraviaron, específicamente el expediente administrativo que contiene la documentación correspondiente al Contrato Interadministrativo No. 2150505 -053 de 2015 [...]», y señalaron, a continuación, las carpetas y los documentos que cada una de las partes aportaba: el DNP, mediante una memoria portátil (USB), y ENTerritorio, en un disco (DVD).
7. Al revisar el contenido de tales dispositivos y de cada una de las carpetas y los archivos electrónicos contenidos en aquellos, el despacho observó que algunas de las carpetas y los documentos enunciados no se hallaban. Asimismo, luego de hacer una revisión preliminar de los documentos remitidos, se consideró necesario solicitar otros que se mencionaban allí, pero que no habían sido enviados, para tener mayor claridad sobre los antecedentes de este asunto,

especialmente en cuanto a la forma en que fue ejecutado el contrato interadministrativo.

8. Por tal razón, la magistrada ponente dictó un segundo auto de trámite, el 2 de febrero de 2022, mediante el cual: *i)* avocó el conocimiento de la consulta, de conformidad con lo previsto en el artículo 112, numeral 7°, del CPACA, tal como fue modificado por el artículo 19 de la Ley 2080 de 2021, y *ii)* ordenó a las partes aportar los documentos referidos.
9. En respuesta a dicho auto, las partes, mediante correo electrónico y dispositivos físicos (memorias y discos), entregaron la documentación y la información solicitadas, dentro del término establecido.
10. Posteriormente, se emitieron otros dos autos de trámite, con el fin de solicitar a las partes completar la información y la documentación entregadas; volver a enviar determinados documentos que no resultaban accesibles o legibles, por razones técnicas; señalar la ubicación exacta de determinados documentos o pruebas que sustentan la posición de cada parte; precisar los argumentos de cada entidad, y responder algunos cuestionarios preparados por la Sala.
11. Asimismo, los días 12 y 23 de mayo de 2022, se hicieron reuniones exploratorias con el DNP y ENTerritorio, respectivamente, de forma separada, para aclarar determinados aspectos de la consulta y buscar mecanismos que hicieran posible o facilitaran a las partes llegar a acuerdos sobre la forma de solucionar todas o algunas de las controversias objeto de la consulta.
12. Finalmente, el día 19 de julio de 2022, se realizó la audiencia prevista en el numeral 7° del artículo 112 del CPACA, a la cual asistieron los representantes y demás funcionarios del DNP, ENTerritorio, la ANDJE y la Procuraduría General de la Nación. En dicha audiencia, la apoderada de la ANDJE hizo un resumen de las conclusiones principales del concepto presentado por esa entidad, el cual se recibió físicamente el día 21 de julio del año en curso. Por su parte, el agente del Ministerio Público solicitó plazo para entregar su concepto, el cual no se había recibido, hasta la fecha de elaboración de este dictamen.

II. CONSIDERACIONES

Al analizar cuidadosamente la consulta, su alcance y los documentos remitidos por las dos partes, la Sala observa que esta recae sobre tres problemas jurídicos principales, a saber:

- i) ¿El contrato interadministrativo SGR-053/215050 de 2015 fue incumplido por Fonade (ahora ENTerritorio), en forma parcial, como lo considera el DNP, en relación con las obligaciones asumidas por esa entidad frente a la estructuración y entrega de seis proyectos o subproyectos de inversión específicos?
- ii) ¿Cuáles son las consecuencias económicas que se derivarían del incumplimiento imputado a ENTerritorio?, especialmente, en relación con:
 - a- La eventual obligación de devolver las sumas entregadas por el DNP para la ejecución del convenio, que ENTerritorio no haya ejecutado de manera completa y adecuada.
 - b- La eventual obligación que tendría ENTerritorio de reintegrar parte de los honorarios pagados por el DNP («cuota de gerencia») como contraprestación por los servicios prestados en desarrollo del contrato interadministrativo.
 - c- La eventual obligación que le correspondería a ENTerritorio de devolver o pagar al DNP los rendimientos financieros generados sobre los recursos señalados en el literal a.
 - d- ¿Cuál de las dos partes debe asumir el valor del gravamen a los movimientos financieros (GMF) ocasionado en la disposición de los recursos entregados por el DNP a ENTerritorio, para la ejecución del contrato, que aquella entidad considera no utilizados en debida forma?
- iii) Finalmente, y teniendo en cuenta la respuesta a los problemas jurídicos anteriores, ¿de qué manera podrían las partes solucionar la controversia jurídica que ha dado lugar a esta consulta, y liquidar, de común acuerdo, el contrato interadministrativo?

Para solucionar estos problemas jurídicos, la Sala considera necesario analizar los siguientes aspectos: *i)* Advertencia preliminar: naturaleza y alcance de la función asignada a la Sala de Consulta y Servicio Civil, en el numeral 7° del artículo 112 del CPACA; *ii)* naturaleza, alcance y régimen legal aplicable a los contratos de gerencia integral de proyectos celebrados por ENTerritorio; *iii)* las obligaciones de medio y de resultado, y las causales de exoneración: hecho exclusivo de un tercero; *iv)* el Sistema General de Regalías: normativa aplicable para la estructuración, presentación, revisión y aprobación de proyectos de inversión; *v)* el contrato interadministrativo SGR-053/215050 de 2015, y sus modificaciones; *vi)* alcance de la etapa de perfil y las obligaciones asumidas por las partes en torno a dicha fase; *vii)* análisis de las controversias sostenidas por las partes, en relación con seis proyectos o subproyectos de inversión específicos; *viii)* los honorarios pactados en el contrato interadministrativo a favor de ENTerritorio («cuota de gerencia»), y su eventual obligación de devolución; *ix)* los rendimientos financieros generados por los recursos entregados por el DNP a ENTerritorio, y su eventual obligación de

reintegro; x) el gravamen a los movimientos financieros (GMF) causados en la ejecución de tales recursos, y xi) la liquidación del contrato interadministrativo y la forma de solucionar la controversia existente entre las partes.

A. Advertencia preliminar: naturaleza y alcance de la función asignada a la Sala de Consulta y Servicio Civil, en el numeral 7° del artículo 112 del CPACA

El numeral 7° del artículo 112 del CPACA, tal como fue modificado por el artículo 19 de la Ley 2080 de 2021¹, establece lo siguiente, en su primer inciso:

7. Emitir concepto, a petición del Gobierno nacional o de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en relación con las controversias jurídicas que se presenten entre entidades públicas del orden nacional, o entre estas y entidades del orden territorial, con el fin de precaver un eventual litigio o poner fin a uno existente. El concepto emitido por la Sala no está sujeto a recurso alguno.

[...]

De esta disposición, se desprenden las siguientes consecuencias, entre otras, a las cuales se ha referido la Sala, en ocasiones anteriores²:

- i) Esta atribución especial, incorporada, en su versión original, por la Ley 1437 de 2011, es una manifestación particular de la función consultiva, asignada constitucionalmente al Consejo de Estado (artículo 237, numeral 3°) y que este ejerce, de manera autónoma, por intermedio de la Sala de Consulta y Servicio Civil (artículo 112, inciso primero, del CPACA).
- ii) En consecuencia, es claro que dicha competencia no es de naturaleza judicial, por lo que tampoco tienen dicho carácter la actuación que realiza la Sala para cumplir la referida función, ni cualquier decisión (auto) o concepto que emita, en desarrollo de aquella.
- iii) En esa medida, el concepto que expida la Sala, para dar respuesta a las consultas que le formula, en estos casos, el Gobierno nacional o la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no es una sentencia ni otra providencia judicial, por lo que no genera, desde luego, los efectos que producen esta clase de decisiones.

¹ Por medio de la cual se Reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011– y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción.

² Conceptos 00002 del 16 de diciembre de 2019, 00003 del 13 de diciembre de 2021 y 00005 del 30 de junio de 2022.

- iv) Es por esta misma razón que el primer inciso del numeral 7° del artículo 112 del CPACA aclara expresamente que estos conceptos no están sujetos a recurso alguno (ni aquellos previstos para los procedimientos administrativos, ni -mucho menos- los regulados para las actuaciones judiciales).
- v) Tales conceptos, al igual que sucede con aquellos que emite la Sala en ejercicio de la atribución prevista en el numeral 1° del mismo artículo (función consultiva general u ordinaria), son, como su nombre lo indica, *dictámenes u opiniones jurídicas cualificadas*, por medio de las cuales la Sala, luego de revisar los hechos expuestos, la información y los documentos allegados, las normas, la jurisprudencia y las demás fuentes del derecho que resulten aplicables, manifiesta su parecer sobre el problema jurídico planteado y responde las preguntas específicamente formuladas.
- vi) En el caso de los conceptos mencionados en el numeral 7°, el propósito específico que se busca es el de proponer alternativas de solución a una controversia jurídica que exista entre dos entidades públicas, ya sea para precaver (evitar) un posible litigio o para poner fin a uno existente.
- vii) Con base en las consideraciones contenidas en el concepto que se emite, las partes pueden liquidar, de común acuerdo, el contrato interadministrativo, incluyendo en el acta respectiva las transacciones y demás acuerdos a los que lleguen, para solucionar la controversia jurídica planteada, tal como lo permite expresamente la ley (artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 217 del Decreto Ley 19 de 2012).

A partir de estas advertencias, debe aclararse, en relación con la consulta que se responde en esta oportunidad, que el objeto del presente concepto no es el de declarar el incumplimiento y, menos aún, establecer la responsabilidad de ninguna de las dos partes, sino resolver los problemas jurídicos planteados por ellas mismas y dar una respuesta plausible a las preguntas que las partes formularon a la Sala, de común acuerdo.

En esa medida, las referencias que la Sala haga al incumplimiento de algunas de las obligaciones de las partes, a la consiguiente responsabilidad civil que se derivaría de aquel y a las demás consecuencias jurídicas que se desprenderían de esa situación, conforme a la ley, no implican una declaración judicial de responsabilidad, sino la opinión cualificada de la Sala sobre los problemas jurídicos planteados en la consulta, con el fin de responder las preguntas formuladas.

A este respecto, debe recordarse que uno de los puntos sobre los cuales las partes piden, en conjunto, el pronunciamiento de la Sala atañe, precisamente, al presunto incumplimiento parcial del contrato interadministrativo (ver, entre otras, la pregunta n.º 2). Asimismo, las partes solicitan que se les oriente sobre la forma como podrían

liquidar el contrato, para lo cual es indispensable determinar el grado de cumplimiento o incumplimiento de cada uno de los componentes del contrato y de las obligaciones asumidas por las partes, como se explicará en el acápite correspondiente.

B. Los contratos de gerencia integral de proyectos celebrados por ENTerritorio: naturaleza jurídica, alcance y régimen legal aplicable

La Sala de Consulta se ha referido, en múltiples ocasiones, a dichos contratos, como puede observarse en los Conceptos 1881 de 2008, 1994 de 2010, 2271 de 2016, 2299 de 2017 y 00002 de 2019³.

Adicionalmente, en el Concepto 2135 de 2013⁴, la Sala analizó, en general, el régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados por Fonade (ahora, ENTerritorio) y la jurisdicción competente para conocer de las controversias surgidas de aquellos.

De las consideraciones efectuadas por la Sala en este conjunto de documentos, pueden extraerse los siguientes puntos en común, que resultan importantes para la presente consulta:

- i) Para entender la naturaleza jurídica, el objeto y el alcance de los contratos de gerencia integral de proyectos, es necesario partir del objeto de ENTerritorio y de las funciones que le asigna la ley, así como de la finalidad que motiva a otras entidades públicas para contratar sus servicios.
- ii) La gerencia integral de proyectos es una de las varias *líneas de negocio* ofrecidas por ENTerritorio para el cumplimiento de su objeto.
- iii) En esta línea de negocios, en particular, ENTerritorio se hace cargo de ejecutar integralmente un programa o proyecto de otra entidad pública, por su cuenta y riesgo, haciéndose cargo de su gestión técnica, administrativa, jurídica, financiera y ambiental, entre otros aspectos.
- iv) Este conjunto de servicios se presta mediante la celebración de un contrato, entre ENTerritorio y otra entidad pública (del orden nacional o territorial, y del sector central o descentralizado), denominado *contrato de gerencia integral de proyectos*.

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos 1881 del 30 de abril de 2008, 1994 del 20 de mayo de 2010, 2271 del 10 de mayo de 2016, 2299 del 12 de diciembre de 2017 y 00002 del 16 de diciembre de 2019.

⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2135 del 9 de abril de 2013.

- v) Dicho contrato, por lo tanto, es un *contrato interadministrativo*, que se rige por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en aquellos casos en que la entidad pública beneficiaria del servicio no esté sometida a dicha normativa⁵ (como no lo está ENTerritorio⁶).
- vi) Al tratarse de un contrato interadministrativo (y encontrarse las dos partes, por lo tanto, en igualdad de condiciones), no pueden pactarse cláusulas excepcionales o exorbitantes, como lo dispone expresamente el párrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993.
- vii) Se trata de un contrato *atípico*, pues, si bien su objeto se enmarca, en principio, dentro del contrato de consultoría, que define el artículo 32, numeral 2°, de la Ley 80 de 1993, en algunos casos ENTerritorio asume, adicionalmente, obligaciones propias de otros tipos de contratos, que pueden ser de medio o de resultado.
- viii) De lo anterior, se desprende que los recursos suministrados a ENTerritorio para la ejecución del proyecto, por parte de la entidad pública beneficiaria, se entienden pagados a título de precio o contraprestación, y no como anticipo, ni tampoco se consideran entregados para su administración. Esto implica que las sumas respectivas se transfieren efectivamente de la entidad interesada a ENTerritorio, por lo que los rendimientos financieros generados con tales dineros pertenecen, igualmente, a ENTerritorio, salvo estipulación en contrario.
- ix) En todo caso, dado que estos contratos pueden abarcar una amplia gama de actividades y obligaciones, y pueden suscribirse para el logro de diversos fines, es necesario analizar los antecedentes y las cláusulas de cada contrato, en particular, para determinar su alcance, la naturaleza de las obligaciones de

⁵ En todo caso, esta clase de entidades debe aplicar los principios generales de la función administrativa y de la gestión fiscal, previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente, y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, así como publicar la información respectiva en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop), pues tales aspectos deben ser observados por todas las entidades estatales, independientemente del régimen al que estén sometidas en materia contractual, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022.

⁶ Tal como lo explicó la Sala en el Concepto 2135 de 2013, desde la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011, que derogó expresamente (en su artículo 276) el artículo 26 de la Ley 1150 de 2007, los contratos celebrados por Fonade (ahora, ENTerritorio) se rigen por lo dispuesto en el párrafo 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, tal como fue modificado por el artículo 15 de la Ley 1150, debido a que se trata de una *entidad financiera de carácter estatal*. Por tal razón, los contratos que suscribe ENTerritorio no están sujetos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como regla general, sin perjuicio de lo ordenado por el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. La excepción a dicha regla consiste en los contratos que celebra con otras entidades públicas sujetas al citado Estatuto, pues, en dicho caso, esta normativa resulta aplicable, como se precisó en el mismo concepto.

cada uno de los contrayentes y la responsabilidad consiguiente, en el evento de ocurrir un incumplimiento.

Ahora bien, en esta ocasión, y para los fines de la presente consulta, resulta importante ahondar en un aspecto que se mencionó brevemente (pero de forma clara) en algunos de los conceptos anteriores de la Sala: la vinculación que existe entre el objeto legal de ENTerritorio, sus fines y funciones, la línea de negocio denominada *gerencia integral de proyectos* y el contrato homónimo.

Sobre este punto, es necesario recordar que, conforme al artículo 2 del Decreto 288 de 2004, Fonade (ahora, ENTerritorio) «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».

Asimismo, en desarrollo de dicho objeto, ENTerritorio tiene las siguientes funciones, entre otras, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3 del citado decreto:

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.

[...]

3.9 Prestar asesoría y asistencia técnica a entidades públicas y privadas en materias relacionadas con proyectos de desarrollo.

3.10 Prestar servicios de asesoría, estructuración y reestructuración financiera [...]

3.11 Impulsar la consultoría nacional en sectores vinculados con el desarrollo.

[...]

Para el cumplimiento de estas funciones, ENTerritorio ha desarrollado diversas *líneas de negocio*. Según la información publicada en su página web⁷, las referidas

⁷ <https://www.enterritorio.gov.co/web/portafolio/lineas-de-negocio>. Información consultada el 3 de marzo de 2022.

líneas son, en la actualidad, las siguientes: estructuración y evaluación de proyectos; gerencia de proyectos; gerencia de proyectos con recursos internacionales, y gestión de proyectos.

Con respecto a la segunda línea (**gerencia de proyectos**), esta entidad la define así:

La Gerencia de Proyectos puede canalizar recursos de diferentes fuentes, y manejar cada uno de éstos con la independencia requerida. También puede aplicarse a cualquiera de las fases del proyecto-preparatoria, de ejecución o de evaluación y liquidación o actividades específicas de alguna de ellas.

Esta línea de servicios contribuye a que las entidades dirijan sus mayores esfuerzos a la planeación y diseño de políticas propias de su función social. Mediante convenios las entidades trasladan a ENTerritorio la gestión técnica, administrativa, jurídica y financiera para el desarrollo de sus programas y proyectos, garantizando su ejecución. [Énfasis añadido].

En relación con esta misma línea de negocios (*gerencia de proyectos*), ENTerritorio manifestó lo siguiente, en la propuesta del 16 de septiembre de 2015, enviada al DNP, que sirvió de fundamento para la celebración del contrato interadministrativo SGR-053/215050 (objeto de la consulta):

2. GERENCIA DE PROYECTOS

La Gerencia de Proyectos que realiza FONADE, tiene como objetivo fundamental el de ejecutar un programa (grupo de proyectos) o un proyecto, mediante la planeación, organización, dirección y control de las etapas y actividades que lo conforman, con el fin de lograr una mayor efectividad en su ejecución, para satisfacer los requerimientos y expectativas del Cliente, estableciendo parámetros altos de ejecución y de soluciones a las comunidades beneficiadas de tal forma que la(s) entidad(es) pública(s) responsable(s) del programa o proyecto pueda(n) concentrarse en la elaboración de las políticas de su sector, confiando a FONADE la ejecución del programa o proyecto.

La Gerencia de Proyectos puede canalizar recursos de diferentes fuentes, y manejar cada uno de éstos con la independencia requerida por las fuentes de financiación. También puede aplicarse a cualquiera de las fases del proyecto: estructuración, ejecución o evaluación y liquidación, o actividades específicas de alguna de ellas.

La Gerencia de Proyectos ofrece a los sectores público y privado la garantía de la calidad en la ejecución de sus proyectos y la entrega oportuna de los resultados esperados, mediante convenios con entidades que trasladan a FONADE la gerencia técnica, administrativa, jurídica y financiera para el desarrollo de sus planes, programas y proyectos, garantizando su ejecución. [Negritas en el original; subrayas añadidas].

Sobre esta misma clase de negocios, la jefa de la Oficina Asesora Jurídica de ENTerritorio, en el memorando radicado con el n.º 20201100080423 del 2 de junio de 2020, enviado al subgerente de Desarrollo de Proyectos de la misma entidad⁸, manifestó lo siguiente sobre la naturaleza jurídica de esta clase de negocios, haciendo alusión específica al contrato interadministrativo que ha suscitado esta consulta:

Que la naturaleza del Contrato Interadministrativo No. SGR-053-2015/ENTerritorio 215050, corresponde a Gerencia de proyectos, a través del cual FONADE ahora ENTerritorio asume obligaciones de resultado⁹, en virtud de las cuales, ejecuta por su cuenta y riesgo y de forma autónoma proyectos de inversión que implican actividades jurídicas, técnicas, administrativas y financieras de manera integral, tal como se evidencia en el numeral 1¹⁰ de la Cláusula Segunda- OBLIGACIONES DE FONADE y Cláusula Décima Octava-PARTES INDEPENDIENTES¹¹, del respectivo contrato [énfasis añadido].

En el mismo sentido, se manifestó ENTerritorio, en el oficio radicado con el n.º 1-2017-045154, dirigido al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, según lo indicó el subdirector de Operaciones de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional, mediante la comunicación radicada con el n.º 2-2017-024371 del 2 de agosto de 2017¹², en la cual se afirmó:

De conformidad con lo expuesto anteriormente y en razón a la situación planteada por FONADE, la cual se transcribe así:

“.....en cumplimiento de sus funciones desarrolla la línea de negocio de Gerencia de Proyectos, en donde FONADE es contratado por sus clientes para la ejecución de un proyecto en todos sus componentes, (administrativo, técnico, financiero, jurídico, entre otros), lo cual implica asumir el riesgo asociado a toda la ejecución, toda vez que su responsabilidad es de resultado. En reciprocidad a su responsabilidad, recibe el valor total del proyecto en calidad de pago, por lo que dichos recursos se incorporan al presupuesto de la Entidad, y afectan sus Estados Financieros”. [Cursivas y comillas en el original; subrayas añadidas].

Asimismo, es relevante mencionar lo que establece, sobre esta línea de negocios y contratos, el documento intitulado *Manual de Líneas de Negocio*, código MAP051, versión 01, vigencia 2018-08-06, aprobado por la Junta Directiva de Fonade (ahora, ENTerritorio)¹³, el cual fue allegado por dicha entidad en el trámite de esta consulta

⁸ Documento cuya copia obra en el expediente.

⁹ «[2] Esta línea de negocio es definida en el No. 6.1. del MAP-051, versión 1, pág. 9 de 27».

¹⁰ «[3] El numeral señala “Ejecutar la Gerencia del Contrato bajo su exclusivo riesgo y responsabilidad”».

¹¹ «[4] La cual establece [...] [se transcribe]».

¹² Incorporada, igualmente, al expediente.

¹³ El 6 de agosto de 2018, mediante el Acuerdo n.º 270.

y al cual se remite expresamente ENTerritorio¹⁴, en el memorando 20201100080423 del 2 de junio de 2020, antes citado, y en otras comunicaciones¹⁵, así como en las respuestas al cuestionario que le fue enviado por el despacho ponente. El numeral 6.1 de este manual establece:

6.1 LÍNEA DE GERENCIA DE PROYECTOS

En esta modalidad de negocio se desarrollan actividades jurídicas, técnicas, administrativas y financieras de manera integral, en virtud de las cuales FONADE ejecuta por su cuenta y riesgo y de forma autónoma proyectos de inversión de infraestructura, asumiendo en consecuencia obligaciones de resultado.

6.1.1 ASPECTOS JURÍDICOS Y CONTRACTUALES

[...]

Ahora bien, las obligaciones que surgen con la suscripción de un contrato en desarrollo de la gerencia de proyectos como línea de negocio de FONADE, deberán estar definidas por la especialidad de la necesidad del proyecto a ejecutar. Los compromisos que acepta la Entidad como contratista están enmarcados desde el punto de vista jurídico en obligaciones de resultado. Quiere decir lo anterior que FONADE asume contractualmente el riesgo de la ejecución del proyecto, y el riesgo de incumplimiento solo podrá ser justificado por una causa extraña de naturaleza contractual (fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo de un tercero o hecho exclusivo de la víctima).

[...]

6.1.2.1 ALCANCE, CARACTERÍSTICAS O BENEFICIOS DEL SERVICIO

El alcance del servicio comprende todas las actividades necesarias para la ejecución de un proyecto de inversión de infraestructura para el cumplimiento del objeto contratado, de acuerdo con la normatividad interna aplicable, en cualquiera de sus etapas, diagnóstico, pre factibilidad, factibilidad, incluyendo la dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos [...]

[...]

[Se subraya].

¹⁴ Vale la pena aclarar que, si bien el documento remitido por ENTerritorio tiene una leyenda, en todas sus páginas, que dice «OBSOLETO», esto obedece, según lo explicado por la misma entidad al despacho ponente, a que dicho documento no se encuentra vigente en la actualidad.

¹⁵ Por ejemplo, en el oficio radicado con el n.º 20202300143341 del 17 de julio de 2020, enviado por el subgerente de Desarrollo de Proyectos de ENTerritorio al director del Sistema General de Regalías y a la supervisora del contrato interadministrativo, para el componente de asistencia técnica aplicada en la estructuración de proyectos, ambos funcionarios del DNP.

Asimismo, sobre la responsabilidad que asume ENTerritorio, en este tipo de contratos, se explica lo siguiente, en el numeral 6.1.4 del citado documento:

6.1.4 RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD

FONADE al asumir la ejecución de un proyecto de manera integral y de acuerdo al alcance pactado mediante la celebración del contrato de gerencia de proyectos, asume la responsabilidad de su resultado, por lo que ante la existencia de un incumplimiento suyo o de los agentes que contrate para la ejecución de sus compromisos, responderá con sus propios recursos y medios por los costos de las acciones que sean necesarias impulsar para evitar, mitigar o reparar el daño.. [sic]

Para efectos de determinar la responsabilidad para FONADE, será necesario que se presenten de manera clara y debidamente probada, por lo menos cuatro elementos básicos: i) un hecho que genere un incumplimiento; ii) un daño debidamente identificado; iii) la existencia de un vínculo entre el hecho generador y el daño y; iv) la inexistencia de una causa atribuible al contratante que motiva el hecho generador del daño, o el daño mismo.

FONADE determinará expresamente en cada acuerdo celebrado, el alcance de su responsabilidad frente a la ejecución de sus obligaciones, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones que se adopten en materia de responsabilidad en su régimen contractual.

[...] [Subrayas añadidas].

Como puede concluirse de la información transcrita, la *gerencia de proyectos* es y ha sido una línea específica de negocios que ofrece ENTerritorio (antes, Fonade), y que se distingue de las otras líneas propuestas por la misma entidad, en los siguientes aspectos: *i)* permite canalizar recursos de diferentes fuentes, para la ejecución de un determinado proyecto o programa (conjunto de proyectos) de una entidad pública, en cualquiera de los ciclos o etapas en que tales proyectos o programas pueden encontrarse (incluyendo la *preinversión*); *ii)* implica, previa suscripción de un contrato con la entidad beneficiaria (denominado, comúnmente, «de gerencia» o «de gerencia integral» de proyectos), trasladar a ENTerritorio, de manera integral, la gestión técnica, administrativa, jurídica y financiera para el desarrollo del respectivo programa o proyecto; *iii)* supone que ENTerritorio garantice la ejecución del referido programa o proyecto, frente a su cliente; *iv)* en consecuencia, ENTerritorio asume la ejecución del proyecto «por su cuenta y riesgo», adquiriendo obligaciones de resultado, además de algunas obligaciones de medio, sin perjuicio de lo pactado expresamente en cada contrato específico, y *v)* con esta línea de negocios se busca, también, contribuir a que las entidades públicas beneficiarias dirijan sus esfuerzos a la planeación y diseño de las políticas propias de su función social.

Ahora bien, conforme a lo anterior, la Sala observa que existe una contradicción entre, por una parte, la denominación utilizada por ENTerritorio para esta línea de negocios y contratos: **gerencia de proyectos**, así como ciertas cláusulas de dichos acuerdos, y, por otra parte, el objeto, el alcance y algunos de los efectos jurídicos que se les atribuyen, en muchas ocasiones (como esta).

Lo anterior obedece a que el título de estos contratos y algunas de sus estipulaciones (como la referente a los honorarios o «cuota de gerencia», a la sujeción estricta de la ejecución del contrato a los recursos previamente desembolsados por el cliente, o a la obligación de reintegrar los recursos no utilizados a la terminación del contrato, entre otras) permiten suponer que el gerente, a cambio de unos honorarios, se obliga a realizar unas actividades y gestiones, por cuenta, a riesgo y en interés de quien lo contrata, mediante la asunción de obligaciones de medio o simple diligencia, en forma similar a como ocurre en el contrato de mandato o en aquellos celebrados bajo la modalidad de «administración delegada», mientras que otras cláusulas de los contratos que se analizan, como las que estipulan obligaciones de resultado, a cargo de ENTerritorio; las que determinan que este asume, por su cuenta y riesgo, la ejecución de un programa o proyecto, o la relativa a la propiedad de los rendimientos financieros, parecen propias de otro tipo de contratos.

A este respecto, vale la pena citar, a título ilustrativo, lo que ha explicado la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁶ sobre las diferencias que existen entre el contrato de gerencia de obra, como modalidad del contrato de consultoría (que serían aplicables, *mutatis mutandis*, al de gerencia de proyectos), y el contrato de obra, propiamente dicho:

Ahora bien, tratándose específicamente del **contrato de gerencia de obra**, se tiene que el Gerente toma bajo su responsabilidad la dirección técnica de la obra, pero por cuenta y riesgo de la entidad pública contratante que es la que debe suministrar al contratista los fondos necesarios para realizar la obra y autorizarlo para la ocupación temporal de los bienes públicos. En este sentido, la gerencia de obra que ahora la Ley 80 incluye como una de las modalidades del contrato de consultoría anteriormente se encontraba tipificado como parte del contrato de obra en la modalidad de administración delegada, según regulaba el Decreto-ley 222 de 1983¹⁷, en cuanto se contrata a un gerente o administrador para que dirija la ejecución de la

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 29 de mayo de 2013, rad. núm. 76001-23-31-000-1997-25178-01(27926).

¹⁷ «[31] Decreto-ley 222 de 1983: “Artículo 90. De la definición del contrato de administración delegada.- Contratos de administración delegada son aquellos en que el contratista, por cuenta y riesgo del contratante, se encarga de la ejecución del objeto del convenio. El contratista es el único responsable de los subcontratos que celebre.”».

obra, cobrando un porcentaje fijo o variable como honorarios de gestión¹⁸ y actuando como mandatario del dueño de la obra.

Sin embargo, en el contexto normativo actualmente vigente [...] resulta claro que la Gerencia de Obra en cuanto modalidad del contrato de consultoría, registra diferencias sustanciales frente al contrato de obra, tanto por razón del procedimiento administrativo que según la propia ley debe observarse para la selección del respectivo contratista, como por su objeto, así como por las prerrogativas y las responsabilidades de las partes, a saber:

[...]

iii) En el caso del **contrato de obra** el contratista debe desarrollar directamente un trabajo material sobre un inmueble para su construcción, mantenimiento, instalación e incluso su demolición, mientras que en el contrato de gerencia de obra el contratista debe actuar como mandatario de la entidad pública y asume la obligación de poner toda su capacidad técnica y administrativa para realizar la obra, pero no le corresponde ejecutar directamente el trabajo material constitutivo del objeto del contrato.

iv) En el **contrato de obra** la ejecución de la actividad material contratada constituye responsabilidad directa del contratista hasta su terminación, mientras que en la gerencia de obra la ejecución se efectúa por cuenta y riesgo de la entidad contratante.

[...] [Negritas en el original; subrayas añadidas].

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala advierte, desde ya, que, en el contrato interadministrativo de gerencia integral de proyectos que dio origen a esta controversia, ENTerritorio asumió obligaciones de resultado, especialmente, en cuanto al componente de asistencia técnica aplicada para la estructuración de proyectos, tal como se explicará más adelante.

Lo anterior no significa que el incumplimiento de tales obligaciones sea imputable siempre a ENTerritorio y comprometa necesariamente su responsabilidad, pues para ello debe analizarse, en cada caso concreto, la eventual existencia de una situación de caso fortuito o fuerza mayor, o de otra causa extraña; el nivel de diligencia de la parte contraria en la ejecución del contrato, y la distribución de los riesgos que las partes hayan estipulado¹⁹, entre otros factores, como se explicará detalladamente en los acápites siguientes.

¹⁸ «[32] El valor del contrato se establecía mediante la suma del valor de las obras y el de los honorarios del contratista de aproximadamente el 10% del valor de la obra según el Decreto 2090 de 1989».

¹⁹ Conforme a lo previsto en el artículo 4.º de la Ley 1150 de 2007.

C. Las obligaciones de medio y de resultado: concepto y efectos jurídicos

1) Concepto de las obligaciones de medio y de resultado

Aunque esta clasificación de las obligaciones no se encuentra definida ni prevista expresamente en la ley, la jurisprudencia y la doctrina, de vieja data, la han adoptado y desarrollado, a partir de la observación y el análisis de las obligaciones pactadas por las partes, o las establecidas por la ley, en diferentes tipos de contratos y otros actos jurídicos.

Como se explicará más adelante, esta clasificación resulta especialmente útil para determinar el contenido y el alcance de la prestación que una parte asume, así como la responsabilidad civil (patrimonial) derivada de su incumplimiento, y la carga probatoria que le corresponde a las dos partes (deudor y acreedor).

Es importante mencionar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido expresamente la existencia de estos tipos de obligaciones en los contratos estatales, y ha señalado los efectos sustanciales y procesales que están llamados a generar. Así, por ejemplo, en reciente sentencia²⁰, la corporación explicó:

6.3. Ahora bien, se presenta un incumplimiento cuando las prestaciones derivadas de un contrato no son atendidas oportunamente o son atendidas de forma defectuosa²¹⁻²², conforme al postulado de la buena fe²³. El incumplimiento le es imputable a título de culpa al deudor moroso, como el que no ha cumplido la obligación dentro del tiempo estipulado, quien puede eximirse de la imputación con la demostración del caso fortuito, sin perjuicio de lo pactado, conforme a los artículos 1604, 1608 y 1610 y 1733 del Código Civil²⁴, aplicables de acuerdo con el artículo 13 de la Ley 80 de 1993²⁵.

La imputación del incumplimiento pende, a su vez, del tipo de obligaciones pactadas. De un contrato pueden desprenderse **obligaciones de medio o de resultado**, dependiendo de si su obtención se entiende comprendida, o no, en el objeto contractual. En este orden de ideas, al deudor de las obligaciones de medio le

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 12 de julio de 2021, expediente 54001-23-33-000-2012-00148-01 (51053).

²¹ «[147] CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencias del 24 de agosto de 2000, exp. 12082; del 1º de marzo de 2006, exp. 15898; del 25 de febrero de 2009, exp. 16103; del 15 de mayo de 2011, exp. 18553; y del 22 de mayo de 2013, exp. 22090, entre otras».

²² « [148] CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1613. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.» | Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente” (subrayado añadido) ».

²³ « [149] CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1603. [...] »

²⁴ «[150] “Artículo 1604. [...]»

²⁵ «[151] “Artículo 13. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. [...]».

corresponde desplegar todos sus esfuerzos y diligencia posibles para procurar obtener el resultado determinado por su actividad, mientras el deudor de las obligaciones de resultado debe conseguir lo estipulado²⁶. No consiste así la prestación, en las obligaciones de resultado, en actuar diligentemente, sino en producir un fin determinado²⁷. En otras palabras, “[c]uando la obligación es de medio el deudor se exonera de responsabilidad probando diligencia y cuidado, en tanto que cuando la obligación es de resultado, éste deberá probar una causa extraña”²⁸. [Negrillas en el original; subrayas añadidas].

Asimismo, en la Sentencia del 24 de junio de 1998, citada en la providencia anterior, el Consejo de Estado explicó, con más detalle, el origen, el concepto y los efectos de esta clasificación de las obligaciones:

La distinción entre obligaciones de medio y de resultado fue propuesta por René Demogue, en 1925, con el objeto de solucionar el problema que suscitaba la aplicación de los artículos 1137 y 1147 del código napoleónico. Estas obligaciones son definidas por Philippe Le Tourneau²⁹ en estos términos:

En cuanto a las obligaciones de **medio** dice el autor citado: “en ciertos contratos el deudor sólo se obliga a poner al servicio del acreedor los medios de los cuales dispone; de hacer toda diligencia para ejecutar el contrato. Se le llama a veces obligación de prudencia o diligencia. El contenido de la obligación de medios no es exactamente un hecho; es el esfuerzo del hombre, un esfuerzo constante, perseverante, tendente a la adopción de una actitud frente a sus propias cualidades para aproximarse a una finalidad deseada. Si el deudor no se compromete a alcanzar una meta determinada, se compromete por lo menos a tratar de alcanzarla. Si un evento de fuerza mayor impide al deudor alcanzar la finalidad prevista, habrá ejecutado su obligación, puesto que por hipótesis su obligación es un comportamiento”.

Y en relación con las obligaciones de **resultado** precisa: “en algunos contratos el deudor se compromete a procurar al acreedor un resultado determinado y preciso. La obligación de resultado es a veces denominada obligación determinada. El deudor de una obligación de resultado es condenado a indemnizar, si el hecho prometido no se produce. El contenido de la obligación parece ser el resultado mismo. Una carga de esta naturaleza supone evidentemente, que el deudor pone en movimiento todos los medios para obtener el resultado, pero estos por sí solos no se toman en consideración”.

Esta distinción implica que cuando la obligación es de medio el deudor se exonera de responsabilidad probando diligencia y cuidado, en tanto que cuando la obligación es

²⁶ «[152] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencias del 31 de mayo de 1938, Gaceta Judicial, tomo XLVI, núm. 1936, pp. 566 – 574».

²⁷ «[153] CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de marzo de 2015, exp. 34426».

²⁸ «[154] CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 24 de junio de 1998, exp. 10530».

²⁹ «[8] Citado por JAVIER TAMAYO JARAMILLO. *Culpa Contractual*. Bogotá, Ed. Temis. 1990, págs. 27 y 29».

de resultado, éste deberá probar una causa extraña. O visto desde otro ángulo, cuando la responsabilidad se fundamenta en la culpa la obligación que se contrajo es de medio y cuando se responde a título objetivo la obligación incumplida es de resultado. Por ello, aunque en la legislación colombiana no figura dicha clasificación, a ella se puede acudir a partir del régimen de responsabilidad que se aplique frente a determinadas obligaciones, bien por virtud de la ley o del desarrollo jurisprudencial. [Negrillas en el original; se subraya].

Vale la pena recordar que la distinción entre las obligaciones de medio y de resultado fue introducida, en la jurisprudencia patria por la Corte Suprema de Justicia, que se ha referido a ella en numerosas ocasiones, desde la primera mitad del siglo pasado. Así, por ejemplo, en providencia del 31 de mayo de 1938, citada por la misma Corte, en sentencia del 7 de diciembre de 2020³⁰, se afirmó:

*El contenido de cualquiera obligación consiste en la prestación que el acreedor puede reclamar al deudor y que éste debe suministrar. La prestación, pues, o bien es una conducta del deudor en provecho del acreedor, o bien es un resultado externo que con su actividad debe producir el deudor a favor del acreedor. Dicho con otras palabras. **La obligación puede tener por objeto un hecho o un resultado determinado y entonces obliga al deudor a realizar ese hecho o a obtener ese resultado deseado por el acreedor.** El hecho prometido por el deudor o la abstención a que él se ha comprometido tienen las características de ser claros, precisos y de contornos definidos. Es deber del deudor obtener con su actividad ese hecho, tal resultado. **En cambio, en las obligaciones de medios, el deudor únicamente consiente en aportar toda la diligencia posible a fin de procurar obtener el resultado que pretende el acreedor.** El deudor sólo promete consagrar al logro de un resultado determinado su actividad, sus esfuerzos y su diligencia, pero no a que éste se alcance... (negrilla fuera de texto, GJ n.º XLVI, p. 572). [Negrillas y cursivas, en la sentencia citada].*

Y, para mencionar solo un pronunciamiento reciente de la Corte Suprema (sentencia del 7 de diciembre de 2020³¹), dicha corporación explica lo siguiente, sobre los efectos sustanciales y probatorios de esta clasificación, en punto a la culpa del deudor, como elemento esencial de la responsabilidad civil:

La Corporación tiene por asentido que: «*en nuestra tradición jurídica solo es responsable de un daño la persona que lo causa con culpa o dolo, **es decir con infracción a un deber de cuidado**; lo cual supone siempre una valoración de la acción del demandado por **no haber observado los estándares de conducta debida que de él pueden esperarse según las circunstancias en que se encontraba** (CSJ SC Sent. Dic 18 de 2012, radicación n. 2006-00094)*» (negrilla fuera de texto, SC12994, 15 sep. 2016, rad. n.º 2010-00111-01).

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 7 de diciembre de 2020, rad. n.º 2001-31-03-003-2001-00942-01.

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 26 de octubre de 2021, rad. n.º 11001-31-03-012-210-00299-01.

Claro está, la anterior directriz debe ser armonizada con las reglas sobre carga de la prueba, pues estas últimas determinan a quién corresponde la demostración de la conducta dañosa y su contrariedad con el derecho; ya que, si bien normalmente concurren en cabeza del demandante, hay eventos en que al último le basta con demostrar la primera, siendo carga del convocado desvirtuar su existencia o desvelar su armonía con la conducta que le era exigible.

En este punto cobra especial relevancia la distinción entre obligaciones de medios y resultado, de hondas raíces en la jurisprudencia, por cuanto permite «atribuir las cargas probatorias de los supuestos de hecho controvertidos y establecer las consecuencias de su incumplimiento. Así, tratándose de obligaciones de medio, es al demandante a quien le incumbe acreditar la negligencia o impericia..., mientras que en las de resultado, ese elemento subjetivo se presume.... (SC7110, 24 may. 2017, rad. n.º 2006-00234-01)» (SC4786, 7 dic. 2020, rad. n.º 2001-00942-01). [Negrillas, cursivas y comillas en el original; subrayas añadidas].

La doctrina ha estudiado, igualmente, estos tipos de obligaciones y sus efectos. Así, por ejemplo, el tratadista Ospina Fernández³² sostiene:

De introducción reciente en la doctrina, esta clasificación se endereza a determinar cuándo hay o no inejecución de obligaciones y el papel que desempeña el caso fortuito, cuestiones estas que son fundamentales para valorar la responsabilidad que compete al deudor por la referida inejecución. Dícese que la obligación es de medios cuando el deudor solamente ha de poner estos con la diligencia requerida para el logro de un resultado cuya realización él no garantiza. Tal es la del médico que debe cuidar a su paciente sin que tenga que responder de la curación de este [...] La obligación es de resultado cuando la obtención de este queda incluida en el objeto de aquella. Así, pertenece a esta categoría la que tiene el arrendatario de restituir la cosa arrendada al vencimiento del término del contrato. [Cursivas en el original; subrayas añadidas].

2) Las causales de exoneración en las obligaciones de resultado: la causa extraña y, particularmente, el hecho exclusivo de un tercero

Como puede inferirse de lo explicado en el numeral anterior, para la mayor parte de la jurisprudencia y la doctrina, en nuestro medio, el deudor de una obligación de resultado solamente puede exonerarse de su responsabilidad, ante el incumplimiento, mediante la demostración de una *causa extraña*, concepto que, para un sector de la doctrina, equivale sustancialmente al *caso fortuito o fuerza mayor*, que define el Código Civil, mientras que, para otro sector, abarca otro tipo de situaciones que tienen, como denominador común, que el hecho dañoso (en este caso, la inejecución de la obligación) se produzca por razones completamente externas o ajenas al deudor y fuera de su control.

³² OSPINA Fernández, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones, cuarta ed., Bogotá, 1984, Editorial Temis, p. 27.

En relación con el concepto de «causa extraña», como motivo genérico de exoneración en las obligaciones de resultado, el Consejo de Estado señaló lo siguiente, en la Sentencia del 24 de junio de 1998, antes citada:

2.3. En las obligaciones de resultado el deudor sólo se exonera si prueba la existencia de una causa extraña.

Frente a las obligaciones de resultado el deudor responde de manera objetiva y por tanto, sólo se exonera si acredita una causa extraña, esto es, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero. [Negrillas en el original; subrayas añadidas].

Lo anterior obedece a que, para la mayoría de la jurisprudencia y la doctrina, en las obligaciones de resultado existe una presunción de culpa del deudor, en caso de incumplimiento, que implica una inversión de la carga de la prueba. Así, contrario a lo que sucede con las obligaciones de medio, en las de resultado el acreedor no está obligado a demostrar la culpa del deudor, pues esta se presume. Por su parte, al deudor le corresponde desvirtuar dicha presunción, con la demostración de que la inejecución de la obligación obedeció a una circunstancia de caso fortuito o fuerza mayor o, de forma más general, a una causa extraña, es decir a un evento completamente imprevisible, externo y fuera de su control.

Por lo tanto, en esta clase de obligaciones, el acreedor no solo está exonerado de la carga de probar la culpa del deudor (negligencia, impericia o imprudencia, entre otras), sino que este no puede exonerarse de su responsabilidad con la mera demostración de su diligencia y cuidado.

Esta presunción, y la inversión de la carga de la prueba que entraña, han sido inferidas, en particular, de lo dispuesto por el artículo 1604 del Código Civil, en su inciso tercero, que dispone:

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega [énfasis añadido].

A este respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 26 de octubre de 2021, sostuvo:

En este punto cobra especial relevancia la distinción entre obligaciones de medios y resultado [...] por cuanto permite «*atribuir las cargas probatorias de los supuestos de hecho controvertidos y establecer las consecuencias de su incumplimiento. Así, tratándose de obligaciones de medio, es al demandante a quien le incumbe acreditar la negligencia o impericia..., mientras que en las de resultado, ese elemento subjetivo se presume....* (SC7110, 24 may. 2017, rad. n.º 2006-00234-01)» (SC4786, 7 dic. 2020, rad. n.º 2001-00942-01). [Subraya de la Sala; cursivas en el original].

Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia han clasificado la causa extraña, como motivo genérico de exoneración, en tres tipos de circunstancias distintas: *i)* el caso fortuito o fuerza mayor, propiamente dicho; *ii)* el hecho exclusivo de un tercero, y *iii)* la culpa exclusiva de la víctima.

Para los fines del caso concreto, resulta importante referirse, en particular, al *hecho exclusivo de un tercero*, ya que, en el escrito con el cual se formuló la consulta, se pregunta a la Sala sobre los efectos jurídicos que podría tener, en relación con el cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de ENTerritorio, las acciones y omisiones de terceros, tales como municipios, departamentos o ministerios, entre otros.

A este respecto, el tratadista Fernando Hinestrosa³³ comenta:

638. INTERVENCIÓN DE TERCERO

Para comenzar, la presencia de la norma del art. 2344 c.c.: “Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa...”, le ha permitido -o exigido- a la jurisprudencia nacional excluir toda posibilidad de atenuación de la responsabilidad del deudor cuando su comportamiento (al margen de su descalificación moral) fue concausa del estrago, sin que importe en qué medida³⁴. [...]

Así, para que la intervención del tercero tenga relevancia exoneradora de la responsabilidad del deudor es menester que se haya constituido en obstáculo insalvable para la ejecución de la prestación por parte de este, es decir, que la inejecución no sea imputable al deudor, directa ni indirectamente, y que, además, haya sido imprevisible e irresistible, dentro de una práctica asimilación de la figura al fenómeno del *casus*³⁵ o, quizá más propiamente, desarrollando aquello de que “el caso no haya sobrevenido por su culpa” (art. 1604 c.c.).

A propósito de la intervención de tercero, vengan estas anotaciones: de plano el art. 1738 c.c. prevé la responsabilidad directa del deudor “por el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable”, o sea que descarta cualquier posibilidad de descargo suyo por el hecho de sus empleados, asistentes, dependientes, auxiliares, prepósitos, subcontratistas, etc. (arts. 2347 a 2349 c.c.), tema de especial interés dentro del empleo extenso actual de la figura del *out sourcing* [sic]. [...]. [Subrayas ajenas al texto].

³³ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones, Tomo I, tercera ed., 2007, Universidad Externa de Colombia, Bogotá, p. 794 y 795.

³⁴ «[60] Cas. De 6 de agosto de 1985, CLXXX, 279 y s.: no es necesario que las varias personas actúen simultáneamente, su intervención puede ser sucesiva, lo importante es que todas hayan actuado con culpa y concurrido al daño, un daño único».

³⁵ «[62] Cfr. cas. de 10 de junio de 1962, XCIX, 118 a 125».

La jurisprudencia se ha referido, igualmente, a esta causal de exoneración. Sobre los requisitos sustanciales para que se presente, el Consejo de Estado, en reciente sentencia³⁶, afirmó:

6.4. Hecho exclusivo de un tercero

El hecho de un tercero supone la actuación exclusiva y determinante de una persona ajena al juicio de responsabilidad en la realización del injusto³⁷. Esta Sección³⁸ ha señalado que el hecho exclusivo y determinante del tercero se configura siempre y cuando se demuestre que la circunstancia extraña es completamente ajena al servicio y que éste último no se encuentra vinculado en manera alguna con aquél.

Asimismo, esta Corporación³⁹ ha determinado que para la prosperidad de esta causal exonerativa de responsabilidad deben reunirse tres requisitos, a saber: i) que el hecho del tercero sea la causa exclusiva y adecuada del daño, motivo por el cual la entidad tiene que probar que no hay ningún vínculo causal entre la conducta del demandado y el daño producido; ii) que el hecho del tercero sea ajeno al servicio, es decir, que el tercero no esté vinculado a la persona de derecho público demandada ni realice actividades vinculadas al servicio público; y iii) que el hecho del tercero sea imprevisible e irresistible para la entidad.

Adicionalmente, sobre la revisión del actuar del tercero en la producción del daño, esta Sección ha precisado que no se requiere que el tercero haya actuado con culpa, porque la relación causal es un aspecto de carácter objetivo. Empero, para que excluya la responsabilidad de las entidades demandadas, deba haber constituido la causa determinante⁴⁰. [Subrayas añadidas].

Vale la pena aclarar que, aun cuando la sentencia citada corresponde a un evento de responsabilidad extracontractual del Estado, las consideraciones que allí se hacen sobre los requisitos para la configuración del hecho exclusivo del tercero, como causal de exoneración de responsabilidad, son igualmente aplicables en el campo de la responsabilidad contractual.

Ahora bien, como puede concluirse, tanto la jurisprudencia como la doctrina exigen que, para que el hecho de un tercero constituya una causa de exoneración de la responsabilidad, debe probarse que tal hecho (culposo o no) haya sido la causa exclusiva y determinante del perjuicio irrogado, lo que implica, de suyo, demostrar que el tercero era una persona natural o jurídica completamente ajena al

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 30 de marzo de 2022, expediente 76001233100020090115101.

³⁷ «[60] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 23 de mayo de 1973, Rad.: 978».

³⁸ «[61] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de febrero de 2010, Rad.: 17179».

³⁹ «[63] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 8 de mayo de 2019, Rad.: 46858; Subsección C. Sentencia del 11 de marzo de 2019, Rad.: 43512; Subsección B. Sentencia del 21 de noviembre de 2018, Rad.: 40350; Subsección C. Sentencia del 28 de enero de 2015, Rad.: 32912^a; Subsección A. Sentencia de 13 de febrero de 2013, Rad.: 18148».

⁴⁰ «[64] Ibídem».

demandado o al agente presunto del daño (en este caso, el deudor); que tal persona (el deudor) no concurrió, en parte alguna, a la causación del perjuicio, con su propia conducta o culpa, y que el daño ocasionado le era, por completo, imprevisible e irresistible (pues si el agente podía preverlo o evitarlo, el hecho del tercero no le era completamente ajeno).

Asimismo, debe recordarse, también, que, conforme al artículo 1604 del Código Civil, el deudor es responsable aún del caso fortuito o la fuerza mayor que sobrevenga cuando dicha persona ya se encontraba en mora de cumplir la respectiva obligación, a menos que se trate de aquellas circunstancias que hubiesen destruido la cosa debida (o hecho imposible la ejecución de la obligación) para todas las personas. Al respecto, el inciso segundo de la norma citada dispone:

[...]

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa [énfasis añadido].

[...]

Con base en dicha regla, es claro que el hecho exclusivo de un tercero (que constituye, para buena parte de la jurisprudencia y la doctrina, una modalidad de caso fortuito o fuerza mayor) no puede servir para exonerar de responsabilidad al deudor que ya se encontraba en mora de cumplir, excepto cuando el hecho hubiese afectado, por igual, al acreedor o a cualquier otra persona (como una guerra, una revuelta popular, una crisis económica global, entre otros ejemplos).

D. El Sistema General de Regalías (SGR). Normas aplicables a la estructuración y presentación de proyectos, por parte de las entidades territoriales, para ser financiados o cofinanciados con estos recursos

La normativa que regula la naturaleza jurídica, la titularidad, los derechos de participación de las entidades beneficiarias, las funciones de las autoridades competentes, el manejo presupuestal, las inversiones y gastos que pueden efectuarse y los requisitos de los proyectos que pueden financiarse o cofinanciarse con los recursos que integran el SGR, entre otros asuntos, estaban contenidas, principalmente, en la época en que se celebró y ejecutó el contrato interadministrativo (octubre de 2015 a junio de 2019), en la Constitución Política; en las Leyes 1530 de 2012, 1450 de 2011 y 1744 de 2014; el Decreto 1082 de 2015; la Resolución 2300 de 2013, expedida por el DNP, y los acuerdos dictados por la Comisión Rectora del Sistema General de Regalías.

A continuación, se hará un breve resumen sobre los principales aspectos contenidos en las normas citadas:

1. La Constitución Política

Debe recordarse, en primer lugar, que, según el artículo 332 de la Carta, «[e]l Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes» [se subraya].

En armonía con esta norma, el artículo 360 *ibidem*, modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 5 de 2011, dispone que «la explotación de un recurso natural no renovable causará, a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o contraprestación que se pacte» [énfasis añadido].

El segundo inciso de esta norma dispone que la ley regulará la distribución, los objetivos, la administración, la ejecución, el control, el uso y la destinación de esos ingresos, así como las condiciones de participación de sus beneficiarios. Y precisa que este conjunto de ingresos, asignaciones, órganos, procedimientos y regulaciones constituye el Sistema General de Regalías (en adelante, SGR).

Sobre la naturaleza de las regalías, la Corte Constitucional ha dicho que son «una contraprestación económica que percibe el Estado de las personas a quienes se les concede el derecho a explotar los recursos naturales no renovables en determinado porcentaje sobre el producto bruto explotado»⁴¹.

En forma complementaria, el artículo 361 superior, modificado por los Actos Legislativos 5 de 2011, 4 de 2017 y 5 de 2019, establece que los «ingresos corrientes» del SGR deben destinarse a financiar proyectos de inversión que contribuyan al desarrollo económico, social y ambiental de las entidades territoriales, que estén en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo y los planes de desarrollo de esas entidades.

El mismo precepto dispone que la ley referida en el inciso segundo del artículo 360 debe señalar, entre otras cosas, la forma de priorizar los proyectos para ciertos fines (agua potable, saneamiento básico, infraestructura educativa, etc.), así como «los procesos e instancias de decisión que participan en los proyectos de inversión».

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencias C-075 de 1993, T-141 de 1994, C-567 de 1995, C-691 de 1996 y C-221 de 1997, citadas en la Sentencia C-427 del 29 de mayo de 2002, expediente D-3822.

Igualmente, establece la manera en que deben distribuirse los recursos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables (regalías y compensaciones), entre las entidades territoriales, los fondos y los demás organismos públicos beneficiarios, así como entre los sectores y objetivos priorizados, incluyendo un porcentaje de hasta el 2% para financiar el funcionamiento, la operación y la administración del sistema.

Finalmente, el artículo 361 de la Carta preceptúa que el SGR tendrá un presupuesto propio, para periodos de dos años, que no formará parte del Presupuesto General de la Nación y se regirá por las normas orgánicas que el Congreso de la República expida, con fundamento en el artículo 151 de la Constitución⁴².

2. La Ley 1530 de 2012

En desarrollo de estos mandatos superiores, el Congreso expidió la Ley 1530 de 2012, «[p]or la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías».

Es importante advertir, de forma preliminar, que esta normativa fue derogada expresamente por la Ley 2056 de 2020 (artículo 211), a partir del 1 de enero de 2021, con excepción de sus artículos 106 a 126 y 128. Sin embargo, en este concepto, la Sala se referirá a las disposiciones de la Ley 1530, y no a las de la Ley 2056, pues el contrato interadministrativo SGR-053/215050 de 2015 fue celebrado y ejecutado durante la vigencia de la Ley 1530 de 2012.

Ahora bien, la Ley 1530 estableció los fines que se buscan con el Sistema General de Regalías; los órganos y las autoridades que lo componen, incluyendo la Comisión Rectora y los órganos colegiados de administración y decisión (OCAD), así como sus funciones; las reglas para la administración de estos recursos, desde el punto de vista presupuestal, contable y financiero; los criterios para priorizar los proyectos que pueden financiarse o cofinanciarse con estos ingresos públicos; el trámite, las competencias y los requisitos generales de viabilidad que deben aplicarse a esos proyectos, y la organización y funcionamiento del Banco de Programas y Proyectos de Inversión del SGR, entre otros temas.

⁴² **Artículo 151.** El Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecerán [...] las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. [...] [Subraya añadida].

Vale la pena resaltar, sobre la Comisión Rectora, que, según lo dispuesto en el artículo 4 *ibidem*, era «el órgano encargado de definir la política general del Sistema General de Regalías, evaluar su ejecución general y dictar, mediante acuerdos, las regulaciones de carácter administrativo orientadas a asegurar el adecuado funcionamiento del Sistema» [énfasis añadido]. Asimismo, el artículo 5 establecía sus funciones específicas, entre las cuales se incluía: «Definir las directrices generales, procesos, lineamientos, metodologías y criterios para el funcionamiento del Sistema General de Regalías» [se subraya].

En lo que respecta a los órganos colegiados de administración y decisión (en adelante, OCAD), el artículo 6 disponía que estos tenían a su cargo definir los proyectos de inversión sometidos a su consideración, para ser financiados con recursos del SGR, lo que implicaba evaluarlos, determinar su viabilidad, priorizarlos, aprobarlos y determinar su ejecutor.

En cuanto a los recursos para el funcionamiento del SGR, el artículo 11 asignó hasta el 2% anual, según lo permitido por el artículo 361 de la Carta, los cuales debían ser administrados por la Comisión Rectora. Igualmente, disponía que, con cargo a ese porcentaje, el DNP debía robustecer las secretarías de planeación de los municipios más pobres del país, con el objeto de mejorar su desempeño y capacidad de respuesta. Este mandato fue reiterado en el artículo 34 *eiusdem*.

Con respecto a los requisitos que debían cumplir los proyectos de inversión que pretendieran financiarse total o parcialmente con los recursos del SGR, el artículo 25 estatuyó que todo proyecto de inversión debía formularse de acuerdo con las metodologías y lineamientos que definiera el DNP, en su condición de entidad nacional de planeación, y con base en las directrices que estableciera la Comisión Rectora.

Finalmente, el artículo 73 dispuso que todo proyecto de inversión que se presentara para ser financiado con recursos del SGR debía estar debidamente viabilizado e inscrito en el Banco (nacional) de Programas y Proyectos de Inversión, o en los bancos de programas y proyectos de las entidades territoriales.

3. El artículo 51 de la Ley 1450 de 2011⁴³

El artículo 51 de esta ley, modificado por el artículo 141 de la Ley 1753 de 2015⁴⁴, estableció la posibilidad de destinar recursos de la Nación o de sus entidades

⁴³ Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014.

⁴⁴ Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”.

descentralizadas a financiar estudios de identificación, *preinversión* y estructuración de proyectos de carácter estratégico, incluso del orden territorial, que sean necesarios para cumplir el Plan Nacional de Desarrollo, y precisó que tales sumas podían canalizarse a través de entidades públicas de carácter financiero y de reconocida capacidad técnica, administrativa y operativa, que definiera el DNP.

4. La Ley 1744 de 2014

Mediante esta ley, se expidió el presupuesto bienal del Sistema General de Regalías, para el periodo 2015 – 2016.

El artículo 40 estatuyó que, para mejorar el proceso de selección, evaluación, viabilidad, priorización y aprobación de los proyectos, en los OCAD, la Comisión Rectora implementaría un sistema de evaluación basado en puntajes, con fundamento en los criterios de relevancia, objetividad, pertinencia, sostenibilidad, impacto social y consistencia con las prioridades fijadas por las entidades territoriales en sus planes de desarrollo.

El mismo precepto disponía que el DNP debía diseñar y proponer este sistema a la Comisión Rectora, basado en las características y criterios establecidos en los artículos 23 y 27 de la Ley 1530 de 2012 (además de los previstos en la misma norma que se comenta), y sería el responsable de administrarlo.

5. El Decreto 1082 de 2015 y sus modificaciones

El título 4 del Decreto 1082 de 2015⁴⁵ reglamentaba las normas del Sistema General de Regalías. Este título fue derogado expresamente por el artículo 3.1.1 del Decreto 1821 de 2020⁴⁶ (31 de diciembre), con excepción de su capítulo 2, de las disposiciones concernientes al Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación, y de aquellas contenidas en el Decreto 1426 de 2019⁴⁷.

Sin embargo, tal como sucede con la Ley 1530 de 2012, la Sala se referirá a las disposiciones del Decreto 1082 de 2015, y no a las del 1821 de 2020, porque el primero es el que estaba vigente cuando se celebró y ejecutó el contrato interadministrativo SGR-053/215050 de 2015.

⁴⁵ Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de Planeación Nacional.

⁴⁶ Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sistema General de Regalías.

⁴⁷ Por el cual se reglamentan los artículos 31, 119 y 281 de la Ley 1955 de 2019, se adiciona un párrafo al artículo 2.2.4.3.2.2. del Decreto 1082 de 2015, y se adiciona una subsección a la Sección 1 del Capítulo 1 del Título 4 de la Parte 2 del Libro 2 de ese mismo Decreto.

Este decreto definía lo que debe entenderse por *proyecto de inversión pública*, para efectos del SGR; desarrollaba las condiciones generales que deben cumplir tales proyectos para su formulación, viabilidad, aprobación y ejecución; señalaba el ciclo y las fases en las que pueden encontrarse dichos proyectos, y reglamentaba el trámite y las competencias aplicables para su formulación, verificación de los requisitos de viabilidad, inscripción en el Banco de Programas y Proyectos de Inversión, aprobación, contratación y ejecución.

Merece la pena destacar el artículo 2.2.4.1.1.3.1, que disponía que tales proyectos «se formularán con observancia de los lineamientos y las metodologías definidas por el Departamento Nacional de Planeación; y el cumplimiento de los lineamientos para las etapas de viabilización, aprobación y ejecución definidos por la Comisión Rectora del Sistema General de Regalías» [énfasis agregado].

Asimismo, resulta importante citar, para efectos de esta consulta, el artículo 2.2.4.1.1.3.2, que definía las fases en las que podían presentarse los proyectos de inversión:

Artículo 2.2.4.1.1.3.2. Fases de los proyectos de inversión. Atendiendo lo dispuesto por la Ley 1530 de 2012, los proyectos susceptibles de financiamiento con cargo a los recursos del Sistema General de Regalías, se identificarán por fases, así:

Fase 1 – Perfil: En este nivel debe recopilarse la información de origen secundario que aporte datos útiles para el proyecto, como documentos acerca de proyectos similares, mercados y beneficiarios. Esta información es fundamental para preparar y evaluar las alternativas del proyecto y calcular sus costos y beneficios de manera preliminar. Aquí también se analiza la viabilidad legal e institucional del proyecto. Con esta información, se eligen las alternativas que ameritan estudios más detallados o se toma la decisión de aplazar o descartar el proyecto.

Fase 2 – Prefactibilidad: En este nivel se evalúan las alternativas que fueron seleccionadas en la fase precedente. Se realizan estudios técnicos especializados de manera que al mejorar la calidad de la información reduzcan la incertidumbre para poder comparar las alternativas y decidir cuáles se descartan y cuál se selecciona. Estos estudios deben incluir al menos los efectos producidos por cambios en las variables relevantes del proyecto sobre el Valor Presente Neto (VPN) sobre cambios en los gastos de inversión y de operación del proyecto, y las estimaciones de la demanda y de la oferta.

Fase 3 – Factibilidad: Este nivel se orienta a definir detalladamente los aspectos técnicos de la solución planteada con el proyecto. Para ello se analiza minuciosamente la alternativa recomendada en la etapa anterior, prestándole

particular atención al tamaño óptimo del proyecto, su momento de implementación o puesta en marcha, su estructura de financiamiento, su organización administrativa, su cronograma y su plan de monitoreo.

Parágrafo. Toda iniciativa que busque ser financiada con cargo a los recursos del Sistema General de Regalías deberá disponer como mínimo de la información que permita su identificación a nivel de perfil. Igualmente, cuando sea presentada en Fase 1 o Fase 2 deberá contener la estimación de los costos del proyecto en cada una de sus fases subsiguientes con el fin de que sean financiadas con cargo al citado proyecto. Los proyectos de inversión que cumplan con el nivel mínimo previamente definido, serán verificados, conceptuados, viabilizados, registrados, priorizados y aprobados según las normas dispuestas en el presente capítulo y los lineamientos que defina la Comisión Rectora. [Se subraya].

Sobre la formulación de los proyectos, el artículo 2.2.4.1.1.4.2 disponía que «[c]ualquier persona [...] podrá siguiendo la metodología y lineamientos definidos por el Departamento Nacional de Planeación, al igual que los lineamientos y requisitos definidos por la Comisión Rectora del Sistema General de Regalías, formular ante las secretarías de planeación de las entidades territoriales, iniciativas que se enmarquen dentro de la definición de proyecto contenida en el presente capítulo, a ser financiadas con cargo a los recursos del Sistema General de Regalías» [se destaca].

Finalmente, el artículo 2.2.4.1.1.4.4 señalaba que la verificación del cumplimiento de los requisitos que debían cumplir los proyectos, una vez presentados ante los OCAD, consistía en «definir el adecuado diligenciamiento de la metodología de formulación de proyectos fijada por el Departamento Nacional de Planeación y el cumplimiento de los lineamientos y requisitos definidos por la Comisión Rectora» [subrayas añadidas].

6. La Resolución 2300 de 2013, del Departamento Nacional de Planeación

En virtud de este acto administrativo, el DNP creó el Grupo de Coordinación del Sistema General de Regalías, dentro de la Subdirección Territorial y de Inversión Pública, y le asignó sus funciones, entre las cuales se destacan las siguientes (artículo 2, numerales 6 y 7):

[...]

6. Brindar capacitación y asistencia técnica dirigida a los Órganos Colegiados de Administración y Decisión, sus secretarías técnicas, las entidades territoriales y demás actores del Sistema, para el cumplimiento de sus respectivas competencias en el Sistema General de Regalías.

7. Apoyar la implementación de las estrategias, mecanismos, metodologías y herramientas para promover la formulación, priorización y estructuración de proyectos estratégicos para el desarrollo regional, susceptibles de ser financiados total o parcialmente con recursos del Sistema General de Regalías.

7. Los acuerdos de la Comisión Rectora. El Acuerdo Único del SGR

En ejercicio de las competencias que le otorgó la Ley 1530 de 2012, la Comisión Rectora del SGR ha emitido diversos acuerdos. Para los fines de esta consulta, es importante referirse al Acuerdo 29 de 2015 y al Acuerdo Único del Sistema General de Regalías (contenido en el Acuerdo 45 de 2017).

7.1. Acuerdo 29 del 14 de mayo de 2015

Mediante este acuerdo, la Comisión Rectora asignó recursos de funcionamiento del SGR para el «Programa Fortalecimiento de Capacidades en Estructuración de Proyectos a los Entes Territoriales», y designó como ejecutor de tales sumas al DNP (artículo 2).

En el artículo 3, se estableció que el objeto de dicho programa consiste en fortalecer las secretarías de planeación de los municipios, dotándolas de las destrezas, habilidades, herramientas y competencias que requieran para generar *capacidades institucionales* en la estructuración de proyectos.

El artículo 4 señaló que este programa debe ejecutarse con dos estrategias principales, denominadas «Marco metodológico integral y estandarización para la estructuración de proyectos» y «Asistencia técnica aplicada en estructuración de proyectos». Sobre esta última, el numeral 2.º de la norma citada estableció:

[...]

2. Asistencia técnica aplicada en estructuración de proyectos. El Departamento Nacional de Planeación realizará un acompañamiento a los municipios que sean seleccionados dentro del programa, para fortalecer sus capacidades en la estructuración de proyectos de inversión, a través de la asistencia técnica aplicada y generación de capacidad instalada para estructurar futuros proyectos. Lo anterior, a través del cumplimiento de cualquiera de las siguientes etapas, ajustándose a la necesidad territorial específica:

- a) Análisis de la necesidad.
- b) Planteamiento de alternativas efectivas de solución.
- e) Selección de la mejor alternativa.

- d) Generación de estudios y diseños.
- e) Estructuración financiera y legal. [Negritas en el original; subrayas añadidas].

Por último, el artículo 6 dispuso que los proyectos que fueran a ser estructurados, en desarrollo de este programa, serían escogidos mediante el Sistema de Evaluación por Puntajes implementado por la Comisión Rectora.

7.2. Acuerdo Único del Sistema General de Regalías (Acuerdo 45 de 2017)

Mediante el Acuerdo 45 del 14 de noviembre de 2017, la Comisión Rectora condensó, en un solo instrumento jurídico, varios acuerdos que había expedido previamente sobre el SGR, y dictó nuevas disposiciones, que recogió en un solo cuerpo, denominado Acuerdo Único del Sistema General de Regalías (en adelante, Acuerdo Único).

Es importante aclarar que los requisitos generales y sectoriales para la viabilidad de los proyectos de inversión financiados con recursos del SGR, que el Acuerdo Único compiló y actualizó, estaban previstos ya en el Acuerdo 038 del 7 de junio de 2016⁴⁸ y, antes, en los Acuerdos 17 de 2013 y 27 de 2015 (este último, para los programas y proyectos de inversión de ciencia, tecnología e innovación), todos expedidos por la Comisión Rectora del SGR.

Asimismo, es necesario señalar que, aun cuando el Acuerdo 45 de 2017 fue derogado, en forma expresa, por el Acuerdo 3 del 8 de abril de 2021, la Sala no se referirá a lo dispuesto en este último, pues dicho acuerdo no se encontraba vigente cuando fue ejecutado el contrato interadministrativo. Por tal razón, aludirá a lo que establecía el Acuerdo 45 de 2017, toda vez que dicho acto administrativo estuvo vigente durante buena parte de la ejecución del contrato interadministrativo (de noviembre de 2017 a junio de 2019), e incorporó lo dispuesto en los acuerdos citados en el párrafo anterior, que regían al momento de la celebración del contrato y durante el periodo inicial de su ejecución.

Ahora bien, el Acuerdo Único establecía y regulaba, entre otros temas, la política general del SGR; los componentes de los gastos de funcionamiento del Sistema, entre ellos, los destinados al programa de fortalecimiento a las capacidades institucionales de las secretarías técnicas de los OCAD y las secretarías de planeación de las entidades territoriales; los criterios de selección de los proyectos

⁴⁸ Vale la pena precisar que este acuerdo, que contenía, en general, los mismos requisitos genéricos y sectoriales previstos en el Acuerdo 045 de 2017 para la viabilidad de los proyectos, en el ciclo de preinversión, ya se encontraba vigente cuando se inició la estructuración de algunos de los proyectos involucrados en la controversia objeto de esta consulta. En otros casos, dicho acuerdo no estaba vigente cuando empezó la estructuración, pero sí cuando se ejecutó la fase de prefactibilidad.

a ser estructurados bajo este programa; los requisitos generales y sectoriales que debían cumplir los proyectos de inversión, según el ciclo y la fase en que se encontraran, y las autoridades competentes para verificar los requisitos de viabilidad de tales proyectos.

Vale la pena mencionar que el artículo 2.2.1 de este acuerdo ratificó que la ejecución de los recursos involucrados en el programa de capacitación a las secretarías técnicas de los OCAD y las secretarías de planeación de las entidades territoriales estaría a cargo del DNP, y el artículo 2.2.2 definió su objeto, en los siguientes términos:

Artículo 2.2.2. Objeto del programa. El “Programa Fortalecimiento de Capacidades en Estructuración de Proyectos a los Entes Territoriales” tiene por objeto fortalecer a las secretarías de planeación de los municipios, dotándolas de destrezas, habilidades, herramientas y competencias necesarias para generar capacidades institucionales en estructuración de proyectos.

En cuanto a los criterios para la selección de los proyectos que pueden ser estructurados, en desarrollo de este programa, el artículo 2.2.5 disponía que debía utilizarse el Sistema de Evaluación de Puntajes creado por la Comisión Rectora, el cual se encontraba descrito en los Anexos 3 y 4 del mismo acuerdo.

Ahora bien, el título 4 del Acuerdo Único tenía por objeto establecer los requisitos y condiciones aplicables a los proyectos de inversión que pretendieran financiarse total o parcialmente con recursos del SGR. En dicho título, se establecían los requisitos generales que debían cumplir todos los proyectos, según la fase en la que se presenten, y se advertía que tales proyectos debían cumplir, adicionalmente, los requisitos sectoriales que aparecen descritos en los anexos del Acuerdo Único, es decir, los especiales para cada sector (agua, vivienda, salud, etc.)⁴⁹.

A su vez, algunos de estos requisitos deben cumplirse para darle viabilidad a los proyectos de inversión, en su etapa de estructuración, formulación y presentación ante los OCAD, y otros deben observarse para iniciar, posteriormente, su ejecución.

En todo caso, debe resaltarse que, según el artículo 4.1.1.1, este conjunto de requisitos debe cumplirse por parte de todos los «proyectos de inversión susceptibles de ser financiados o cofinanciados con recursos del SGR» [énfasis añadido].

⁴⁹ A este respecto, el artículo 4.1.1.2 del Acuerdo Único señala que los proyectos de inversión deben clasificarse, de acuerdo con su objetivo general, en uno de los sectores señalados en el *Manual de Clasificación de Inversión Pública*, expedido por el Departamento Nacional de Planeación.

Asimismo, el párrafo primero de esta norma estatúa que dichos proyectos deben presentarse en las fases previstas en el artículo 2.2.4.1.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015.

Al respecto, el artículo 4.1.1.3 disponía que tanto los requisitos generales como los sectoriales se aplican para la fase III de los proyectos (factibilidad), definida en el artículo 2.2.4.1.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015, salvo que se especifiquen requisitos para una fase distinta.

Los requisitos generales que deben cumplir todos los proyectos de inversión que pretendan financiarse con recursos del SGR estaban previstos en el artículo 4.1.2.1.1 del Acuerdo Único.

Por su parte, el 4.1.2.1.2 establecía los requisitos generales que deben cumplir los proyectos que se presenten en fase II (prefactibilidad), además de los señalados en el artículo anterior; el artículo 4.1.2.1.3 señalaba los requisitos generales adicionales que deben tener los proyectos que se formulen en fase III (factibilidad); el artículo 4.1.2.1.4 contenía los requisitos generales adicionales para los proyectos que incluyan, como uno de sus componentes, la compra de predios; el 4.1.2.1.5, los requisitos generales adicionales que deben observar los proyectos que incorporen el trámite de licencias o permisos; el artículo 4.1.2.1.12, los requisitos generales adicionales para los proyectos en que se solicite el reconocimiento de gastos de estructuración, y el artículo 4.1.1.1.15 determinaba los requisitos generales adicionales para proyectos cofinanciados con recursos del Presupuesto General de la Nación.

En todo caso, el artículo 4.1.2.2.1 reiteraba que, para su viabilidad, los proyectos de inversión que se financien con recursos del SGR deben cumplir, además de los requisitos generales mencionados en las normas citadas (y en otras, de la misma subsección), los requisitos especiales señalados en los respectivos anexos sectoriales⁵⁰.

⁵⁰ Para los efectos de esta consulta, vale la pena mencionar algunos de dichos anexos, indicando el sector al que se refieren:

- Anexo 5: Sector de agricultura y desarrollo rural;
- Anexo 11: Sector de deporte y recreación;
- Anexo 12: Sector de educación;
- Anexo 17: Sector de salud y protección social;
- Anexo 19: Sector de transporte, y
- Anexo 20: Sector de vivienda, ciudad y territorio (incluye la construcción, ampliación y mejoramiento de acueductos y alcantarillados).

Al contenido de algunos de dichos anexos nos referiremos más adelante, cuando se analice la forma en que ha debido ser ejecutado el contrato interadministrativo SGR-053/215050, con respecto a ciertos proyectos o subproyectos específicos que debían ser estructurados con la asistencia técnica de ENTerritorio.

Finalmente, el artículo 7.2. estableció la vigencia y las derogatorias del Acuerdo Único. Al respecto, la norma señaló que dicho acuerdo regula íntegramente las materias contenidas en él, y derogó todas las disposiciones expedidas por la Comisión Rectora que versaban sobre las mismas materias, en especial, los Acuerdos 3 y 5 de 2012; 16 y 19 de 2013; 21, 23 y 26 de 2014; 28, 29, 31, 32, 33 y 34 de 2015; 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42 y 43 de 2016, y 44 de 2017.

3. Conclusiones generales sobre este capítulo

De la normativa citada en este acápite, se pueden extraer las siguientes conclusiones generales:

- i) La explotación de los recursos naturales no renovables genera, a favor del Estado, un ingreso, denominado regalía, sin perjuicio de las demás compensaciones que se acuerden. Las entidades territoriales tienen un derecho a participar en tales recursos, ya sea directamente o bien de forma indirecta (a través de ciertos fondos, entidades y mecanismos), de la forma en que lo regula la Constitución y la ley.
- ii) Mediante el Acto Legislativo 5 de 2011, se creó el Sistema General de Regalías (SGR), como un conjunto de recursos, asignaciones, órganos, procedimientos y regulaciones que tienen por objeto determinar la distribución, los objetivos, la administración, la ejecución, el control, el uso y la destinación de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, así como las condiciones de participación de sus beneficiarios.
- iii) Los ingresos provenientes de las regalías y compensaciones deben usarse principalmente para efectuar inversión social en sectores prioritarios (salud, educación, medio ambiente, transporte, etc.), que contribuyan efectivamente a mejorar la calidad de vida de los habitantes; a generar desarrollo económico y social en las entidades territoriales; a disminuir la inequidad entre las diferentes regiones y grupos sociales del país; a conservar y recuperar el medio ambiente; a promover la actividad minero-energética, en condiciones de eficiencia y sostenibilidad, y a generar ahorros para épocas de escasez o

bajos precios en los productos mineros y petroleros (equidad intergeneracional).

- iv) Lo anterior implica que los proyectos de inversión que presenten las entidades territoriales, para ser financiados total o parcialmente (cofinanciados) con esta clase de recursos, están sujetos a especiales procedimientos, controles, instancias, condiciones y requisitos establecidos en la ley, en las normas reglamentarias dictadas por el Gobierno y en los acuerdos expedidos por la Comisión Rectora del SGR, para velar porque tales dineros se utilicen exclusivamente en los fines señalados, y se inviertan en condiciones de eficiencia, viabilidad, transparencia, eficacia, impacto regional, pertinencia, sostenibilidad y armonía con el Plan Nacional de Desarrollo y los planes de desarrollo de las entidades territoriales.
- v) Los citados proyectos tienen un ciclo, que determina los requisitos que deben cumplir, el trámite que debe seguirse y las competencias de las autoridades respectivas. Este ciclo abarca tres etapas principales, a saber: *i)* la formulación, la estructuración, la presentación, la revisión y el análisis sobre su viabilidad; *ii)* la priorización y aprobación, y *iii)* la ejecución o realización material del proyecto, que incluye la celebración y el cumplimiento de los contratos que sean necesarios, así como el monitoreo, seguimiento, control y evaluación de la inversión.
- vi) En cuanto al nivel de desarrollo y precisión que puede tener un proyecto, para efectos de su estructuración, presentación y revisión o verificación, en forma previa a su aprobación, las normas reglamentarias señalan que aquel puede encontrarse en cualquiera de estas etapas: *a)* fase 1: perfil, *b)* fase 2: prefactibilidad y *c)* fase 3: factibilidad.
- vii) Para cada una de estas etapas, las mismas disposiciones y, especialmente, el Acuerdo Único del SGR, establecen condiciones y requisitos, tanto generales como especiales, teniendo en cuenta el tipo de proyecto de que se trate, la fuente de recursos que pretenda utilizarse en su financiación (si es solo con recursos del SGR, o también con otros ingresos) y el sector en el cual se propone efectuar la inversión.
- viii) El presupuesto bienal del SGR incluye un rubro para su funcionamiento (de hasta el 2% del total de sus recursos), que es administrado por la Comisión Rectora. Dentro de esta asignación, dicho órgano destinó una partida para financiar el programa «Fortalecimiento de Capacidades en Estructuración de Proyectos a los Entes Territoriales», del cual forma parte el subprograma

denominado «Asistencia técnica aplicada en estructuración de proyectos». Tales sumas deben ser ejecutadas por el DNP, con el propósito de fortalecer la capacidad de las secretarías de planeación municipales y departamentales para la formulación, estructuración y presentación de proyectos de inversión a ser financiados o cofinanciados con recursos del SGR.

E. El contrato interadministrativo SGR-053/215050 de 2015 y sus modificaciones

1. Antecedentes inmediatos del contrato

Con el memorando 20154100091443 del 30 de junio de 2015, el subdirector Territorial y de Inversión Pública del DNP le solicitó al secretario general del mismo organismo iniciar los trámites necesarios para suscribir un contrato interadministrativo con Fonade (hoy, ENTerritorio), en virtud del cual dicha entidad se encargara de realizar la gerencia integral del programa de fortalecimiento de la capacidad de las entidades territoriales para la estructuración de proyectos en el ciclo de preinversión, y prestar apoyo operativo y logístico al Grupo de Coordinación del SGR.

Para tales efectos, el solicitante anexó el documento que contiene los respectivos estudios previos, en los cuales se explica el rol que debía cumplir cada uno de los participantes en este programa, el objeto del contrato a celebrar, sus componentes, las fuentes de los recursos que se pretendían destinar a su financiamiento, la distribución y el manejo de los riesgos⁵¹, y los «productos» que ENTerritorio debía entregar, en relación con cada uno de los componentes, entre otros asuntos.

El Comité de Contratos del DNP, en sesión del 13 de agosto de 2015, autorizó a los funcionarios de dicho organismo para iniciar el trámite requerido para celebrar este contrato interadministrativo, con plazo hasta el 31 de diciembre de 2016 y por un

⁵¹ A este respecto, vale la pena destacar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, en este documento se incluyeron unos cuadros (p. 28 y 29) que contenían la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en el contrato interadministrativo a celebrar. Dentro de tales riesgos, se identificó el de «Entrega de productos diferentes a los ofrecidos» (riesgo n.º 3), en relación con el cual se afirmó que la probabilidad de que ocurriera era «probable»; que las consecuencias de su materialización consistirían en tener «necesidades insatisfechas de las entidades territoriales y del DNP»; que su impacto sería «mayor», y su prioridad, «alta». Asimismo, se asignó dicho riesgo al DNP; se indicó que se controlaría mediante la «solicitud de ajuste, por parte de FONADE, según las obligaciones acordadas en el convenio», y se precisó que, para ello, debería efectuarse un monitoreo permanente [por parte del DNP], en desarrollo del cual se verificara que los productos entregados por ENTerritorio cumplieran con las condiciones pactadas en el contrato.

valor total de \$73.518.000.000, incluyendo los *costos de gerencia e impuestos*, de los cuales el DNP aportaría \$65.518.000.000, con recursos de funcionamiento del Sistema General de Regalías, y Fonade (ahora, ENTerritorio) \$8.000.000.000, con sumas provenientes de sus utilidades del año 2013.

En la misma acta, se dejó constancia de que los recursos que entregaría el DNP se distribuirían de la siguiente manera:

- \$6.551.800.000, para cubrir las cuotas de gerencia de ENTerritorio;
- \$38.616.200.000, para la estructuración de proyectos y la elaboración de un marco metodológico, y
- \$20.350.000.000, para el apoyo logístico y operativo al Grupo de Coordinación del SGR.

Con base en dicha solicitud y en los estudios respectivos, el DNP, mediante comunicación radicada con el n.º 20154100534281 del 8 de septiembre de 2015, le pidió a Fonade (ENTerritorio) presentar una propuesta para la celebración de este contrato.

En respuesta, ENTerritorio envió al DNP la oferta solicitada, mediante la comunicación 20152300268821 del 16 de septiembre de 2015, suscrita por el subgerente Técnico de esa entidad. En dicho oficio, el funcionario mencionado informó que el Comité de Negocios de ENTerritorio, en sesión del 15 de septiembre del mismo año, había autorizado la celebración de este contrato.

La propuesta presentada por ENTerritorio incluye una descripción de los servicios ofrecidos por dicha entidad, en general, así como de los aspectos y elementos principales que debían incorporarse en el contrato interadministrativo. Entre muchos otros temas mencionados, vale la pena resaltar que, según lo identificado en las «mesas de trabajo» realizadas por funcionarios de las dos entidades, el objeto del contrato a suscribir incluiría los siguientes componentes o «macro actividades»: *i)* fortalecimiento de la capacidad de las entidades territoriales para la formulación y estructuración de proyectos, en el ciclo de preinversión; *ii)* fortalecimiento institucional, mediante un marco metodológico y otras herramientas para transferir conocimientos, y *iii)* apoyo operativo y logístico al Grupo de Coordinación del SGR.

Dado que la controversia suscitada entre las partes, en torno al cumplimiento o incumplimiento de sus obligaciones contractuales, guarda relación exclusivamente con el primer componente mencionado (estructuración de proyectos), la Sala enfocará el análisis del contrato, de sus anexos y de sus otrosíes a las obligaciones asumidas por las partes respecto de este componente.

Ahora bien, vale la pena mencionar que, en el interregno entre la solicitud de la oferta, por parte del DNP, y la presentación de esta, por ENTerritorio, las mismas partes suscribieron un «Convenio de Asociación», el 14 de septiembre de 2015, con el objeto de «aunar esfuerzos interinstitucionales para el logro de fines comunes», «a través del establecimiento de condiciones generales para la contratación derivada de líneas de negocio y el desarrollo de proyectos que se celebre entre las dos entidades» [se subraya] (cláusula primera).

Este convenio no es el que ha suscitado directamente la controversia que nos ocupa, pero sí constituye uno de los antecedentes del contrato interadministrativo SGR-053/215050, objeto de la disputa, y fue celebrado entre Fonade (ENTerritorio) y el DNP como un «acuerdo marco» para la suscripción de otros contratos entre las mismas partes (cláusula sexta), que se llegaran a celebrar durante su vigencia (hasta el 31 de diciembre de 2018), por lo que debe ser considerado para la correcta interpretación, integración (en caso de vacíos) y aplicación del contrato objeto de esta consulta.

En la cláusula segunda (*critérios*) del convenio interadministrativo marco se estipularon las condiciones generales, administrativas, legales, financieras y técnicas bajo las cuales se debían llevar a cabo los contratos *derivados* a celebrarse entre el DNP y ENTerritorio, para el fortalecimiento y desarrollo territorial. Entre tales condiciones, se previó la posibilidad de utilizar cualquiera de las cuatro líneas de negocio establecidas por ENTerritorio, entre ellas, la *gerencia de proyectos*, según lo que las partes acordaran, en cada caso.

Es importante mencionar también que, en dicha cláusula, se pactó que, si el DNP contrataba los servicios de ENTerritorio en la modalidad de *gerencia de proyectos*, la tarifa máxima que debía pagarle, por concepto de honorarios (cuota de gerencia), sería el equivalente al 10% del valor del respectivo contrato interadministrativo *derivado*. Esta tarifa era más alta que la prevista para otras líneas de negocio⁵².

Ahora bien, con base en estos antecedentes, el 7 de octubre de 2015, el DNP y Fonade (hoy, ENTerritorio) suscribieron el contrato interadministrativo de gerencia integral de proyectos número SGR-053 (en la numeración del DNP) o 215050 (en la numeración de ENTerritorio). De este contrato, se hará mención a sus cláusulas más relevantes, para efectos de la controversia que ha dado origen a esta consulta.

2. Las consideraciones y las cláusulas del contrato interadministrativo SGR-053/215050 de 2015

⁵² Cláusula segunda (CRITERIOS).

En primer lugar, es pertinente mencionar que, en las consideraciones del contrato interadministrativo, se dejó constancia de los antecedentes que dieron lugar a la suscripción de dicho negocio jurídico (previamente reseñadas), así como de los objetivos que las partes buscaban con su celebración.

Asimismo, en los numerales XXXIII y XXXIV, se explicó, de manera general, el rol que estaba llamada a cumplir cada parte, en la ejecución del contrato:

- XXXIII. Que en el marco de este contrato, el DNP estará encargado de definir los lineamientos y directrices para el desarrollo del mismo, contar con presencia en territorio de apoyo a las entidades territoriales para el desarrollo de los OCADs [sic] y, la definición de los programas y proyectos que requieren estructuración.
- XXXIV. Que por su parte, el *Vehículo Estructurador (FONADE)*, brindará su capacidad administrativa y logística a los requerimientos del Grupo de Coordinación del Sistema General de Regalías y aportará su conocimiento, experiencia, capacidad operativa y técnica en la estructuración de proyectos al servicio de los municipios. El vehículo estructurador será FONADE como un agente especializado técnicamente, a través del cual se buscará apoyar y fortalecer la estructuración de proyectos de las entidades territoriales, y adelantar las actividades operativas, realizar recomendaciones para apoyar la estructuración las [sic] actividades contractuales y llevar a cabo las operaciones logísticas que demande el Programa. [La Sala resalta].

Como se aprecia, para efectos de esta consulta, es importante destacar que el DNP escogió a ENTerritorio como el *vehículo estructurador* para la realización del programa de fortalecimiento a la capacidad de planeación de las entidades territoriales, no solamente porque así se lo permitía su régimen legal y reglamentario, o por ser parte, también, del sector de Planeación Nacional, sino, sobre todo, por su carácter de **entidad especializada y experta** en la estructuración de proyectos de inversión.

Ahora bien, las principales cláusulas del contrato pueden resumirse así:

a. Objeto: Aparece descrito en la cláusula primera, así:

PRIMERA- OBJETO: FONADE se compromete con el DNP a ejecutar la Gerencia para el programa de fortalecimiento de capacidades a Entidades Territoriales en el ciclo de pre inversión de la estructuración de proyectos y al apoyo operativo y logístico del grupo de coordinación del SGR.

b. Obligaciones de las partes:

b.1. Obligaciones de ENTerritorio: Están contenidas, principalmente, en la cláusula segunda del contrato, de las cuales transcribimos las más relevantes, para los fines de esta consulta:

1. Ejecutar la Gerencia del Contrato bajo su exclusivo riesgo y responsabilidad.
2. Aportar su conocimiento, capacidad técnica, operativa, administrativa y logística y su experiencia [...] en proyectos de desarrollo [...] así como adelantar todas las actividades, trámites y gestiones que sean necesarias para dar cumplimiento al objeto, alcance, componentes y productos del presente contrato.
3. Adelantar las gestiones y aportar las herramientas gerenciales y administrativas requeridas para el buen desarrollo de las etapas de planificación y monitoreo y control del programa, así como la puesta en marcha de los mecanismos de gestión de riesgos y gestión de calidad para asegurar el cumplimiento de los objetivos del mismo.
4. Garantizar que las actividades desarrolladas en el marco del presente contrato, cumplan con las condiciones de calidad técnica, económica razonable y de seguridad jurídica.

[...]

6. Brindar todas las herramientas logísticas necesarias para la realización de las actividades a desarrollar para el presente contrato.
7. Diseñar y presentar para aprobación del comité directivo el Plan y Manual Operativo del presente contrato.

[...]

9. Aportar recursos no reembolsables por valor de OCHO MIL MILLONES DE PESOS (\$8.000.000.000) destinados por la Junta Directiva de FONADE, para apoyar al DNP en el desarrollo del Programa de apoyo de estructuración de proyectos a entidades territoriales.

[...]

11. Realizar las actividades, elaborar, presentar y entregar los informes según lo establecido en su propuesta.
12. Asistir técnicamente a los municipios priorizados por el DNP, apoyándolos en la formulación de iniciativas o estructuración de proyectos, de acuerdo con sus capacidades y necesidades e implementando el esquema "aprender estructurando proyectos". En tal sentido, FONADE se obliga a realizar un trabajo mancomunado, constante y permanente con las entidades territoriales definidas por el DNP.

13. Desarrollar el perfil del proyecto, que deberá tener en cuenta la documentación e información prevista en los requisitos del sector correspondiente y los primeros planteamientos de sostenibilidad.
14. Adelantar los procesos de selección y contratación de las personas naturales o jurídicas que se requieran para el desarrollo de las actividades del contrato, de conformidad con los procedimientos de selección contractual aplicables a FONADE.
15. Celebrar los contratos o convenios derivados que resulten necesarios para la ejecución del objeto del presente contrato.
16. Suscribir los acuerdos de estructuración con las entidades territoriales que participan en la asistencia técnica aplicada del fortalecimiento de capacidades territoriales, de acuerdo a modelo aprobado por comité técnico operativo.
17. Presentar todos los productos definidos en el marco de este contrato [...] con la calidad y oportunidad acordada.
[...]
21. Integrar un equipo mínimo de trabajo permanente para atender la oportuna y correcta ejecución del contrato.
[...]
23. Conformar y asistir a las instancias de seguimiento del contrato: i) El Comité Directivo, ii) Comité Técnico - Operativo.
[...]
27. Tener como insumo los documentos técnicos y demás lineamientos suministrados por el DNP para la ejecución del contrato.
28. Adelantar las gestiones pertinentes y entregar al DNP los productos incluidos en la sección 5.2 de la propuesta y en los términos definidos en la misma.
29. Realizar seguimiento y control a los productos de los contratistas, a través de visitas y otros mecanismos definidos en su manual de contratación y en el manual operativo que se defina para el presente contrato.
30. Presentar al DNP informes de gestión por mes vencido sobre el avance de ejecución del contrato. [...]
31. La obligación que asume FONADE en el presente contrato se limita al objeto contractual conforme con los lineamientos trazados por el DNP y, en todo caso, con sujeción al monto de los recursos entregados para la ejecución del objeto del contrato.
[...]

34. Suscribir las actas de recibo de productos objeto del contrato dentro de los cinco (5) días siguientes a la entrega por parte del contratista.
35. Realizar la liquidación de los contratos derivados según los procedimientos establecidos por FONADE para tal fin.
36. Suscribir junto con el DNP el acta de Liquidación del Contrato.

[...]

40. Adelantar todos los trámites necesarios para entregar los productos del contrato al DNP.

[...]

42. Reintegrar a la terminación del convenio, si aplica, los recursos no ejecutados que hayan sido transferidos por el DNP en la cuenta que para el efecto le suministre [...] dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la suscripción del Acta de Liquidación del contrato.

43. Desarrollar los productos enumerados en el anexo técnico del presente contrato, teniendo en cuenta que el detalle de los mismos es definido en el Manual Operativo.

[...]

45. Gestionar el apoyo operativo y logístico para las actividades de asistencia técnica y acompañamiento a las entidades territoriales y demás actores del Sistema General de Regalías.

[...] [Subrayas añadidas].

b.2. Obligaciones del DNP: Están previstas, principalmente, en la cláusula segunda del contrato, de las cuales transcribimos las más importantes, para los propósitos de esta consulta:

1. Entregar a FONADE, los recursos para la ejecución del presente Contrato hasta por la suma de \$65.518.000.000 de pesos [...] los cuales estarán directamente destinados para la ejecución del contrato.
2. Definir los lineamientos generales para la implementación y puesta en marcha del objeto contractual.
3. Pagar la cuota de Gerencia establecida en la propuesta por FONADE.

[...]

7. Adelantar la articulación con las autoridades territoriales y otras instituciones que se requieran para el desarrollo del presente contrato.

8. Definir e informar a FONADE los proyectos priorizados de conformidad con el Sistema de Evaluación por puntajes de que trata el artículo 40 de la Ley 1744 de 2015. Y entregar la información correspondiente para inicio [sic] del componente de asistencia técnica aplicada.
9. Definir e informar a FONADE sobre los municipios priorizados para el componente de transferencia de conocimiento. [...]
10. Aprobar el Plan Operativo propuesto por FONADE, en el que se especifiquen las tareas, actividades, productos y metas del Contrato el cual será aprobado por el comité Técnico Operativo.
11. Conformar el Comité Directivo y el Comité Técnico Operativo del contrato.

[...] [Se destaca].

Para el adecuado entendimiento de la naturaleza y el alcance de las obligaciones contractuales, especialmente, de aquellas asumidas por ENTerritorio, es importante hacer mención, en este punto, a lo pactado en las cláusulas décima octava y vigésima primera, así:

DECIMA OCTAVA- PARTES INDEPENDIENTES: En cuanto hace referencia a la relación de las partes entre sí, se entiende que ésta será de plena autonomía técnica, administrativa y directiva en el Desarrollo [sic] y ejecución del presente contrato y que su actividad se desarrolla en ejercicio de los principios de coordinación y subsidiaridad entre la administración pública y que la responsabilidad de la gerencia, ejecución y desarrollo de los proyectos de inversión objeto del presente contrato será exclusiva de FONADE

[...]

VIGESIMA PRIMERA- INDEMNIDAD: Será obligación de **FONADE** mantener indemne al DNP de cualquier reclamación proveniente de terceros que tenga como causa sus propias actuaciones o de sus subcontratistas o dependientes. [Negritas en el original; subrayas añadidas, salvo en los títulos].

c. Plazo

El plazo inicial del contrato, pactado en la cláusula undécima, era el 31 de diciembre de 2016. Sin embargo, este término fue prorrogado, mediante varios otrosíes (que se mencionan más adelante), hasta el 30 de junio de 2019 (plazo final).

Adicionalmente, en el párrafo primero de esta cláusula, se pactó que *la vigencia* del contrato comprendería el plazo de ejecución allí previsto y el término para la liquidación del contrato (indicado en la cláusula vigésima cuarta).

d. Órganos o instancias del contrato

En las cláusulas cuarta y quinta, se estableció la conformación de dos órganos de dirección, coordinación y control: el Comité Directivo y el Comité Técnico Operativo.

El primero estaba conformado así: *i)* Por parte del DNP: un delegado de la Dirección General y un delegado del subdirector Territorial y de Inversiones Públicas, y *ii)* por parte de ENTerritorio: un delegado de la Gerencia General.

Dicho comité tenía a su cargo la dirección de la ejecución del contrato, en desarrollo de lo cual contaba con las siguientes atribuciones:

- Velar por el cumplimiento del propósito del “Programa de Fortalecimiento de Capacidades en Estructuración de Proyectos a Entidades territoriales”.
- Promover [...] la incorporación de buenas prácticas para el desarrollo del objeto del contrato.
- Aprobar de manera conjunta, el Plan Operativo y el Manual Operativo que regirán la ejecución del contrato presentados por la Gerencia del Contrato.
- Evaluar el avance del Plan Operativo, y orientar las acciones de mejoramiento a que hubiere lugar.
- Revisar y conceptuar la pertinencia de las novedades al contrato a que hubiere lugar.

[...]

El párrafo tercero de la cláusula cuarta estableció que el Comité Directivo no podía *rebasar* las obligaciones y derechos [de cada parte] previstos en el contrato, por lo que cada entidad actuaría con autonomía en el cumplimiento de sus obligaciones.

Por su parte, el Comité Técnico Operativo era el responsable de la coordinación y el seguimiento a la ejecución del contrato, y estaba conformado así: *i)* Por parte del DNP: un delegado de la Dirección General y el coordinador del Grupo de Coordinación del Sistema General de Regalías, y *ii)* por parte de ENTerritorio: un delegado.

Las funciones principales de este órgano se pactaron así:

- Definir los requerimientos técnicos para que FONADE adelante los Procesos de Contratación de consultorías para la estructuración de proyectos, a que haya lugar.

[...]

- Evaluar la razonabilidad de los resultados de los productos generados en cada fase del ciclo de pre inversión de proyectos.
- Evaluar y aprobar los instrumentos para la transferencia de conocimiento definidas [sic] en el alcance del contrato
- Evaluar y aprobar los instrumentos de gestión del contrato como informes de gestión, informes financieros, matriz de seguimiento.

[...]

- Realizar seguimiento a la matriz de avance en la gestión de proyectos, y proponer las acciones correctivas.
- Realizar seguimiento periódico al plan operativo y proponer las acciones preventivas y correctivas a que hubiere lugar.

De forma análoga a lo estipulado en relación con el Comité Directivo, en el parágrafo quinto de la cláusula quinta se acordó que el Comité Técnico Operativo no podía *rebasar* los derechos y obligaciones de las partes, previstos en el contrato, y que cada entidad actuaría con autonomía en el cumplimiento de sus obligaciones.

e. Valor del contrato, discriminación y forma de pago

Estos asuntos se regularon en las cláusulas sexta y séptima, así:

En la cláusula sexta, se estipuló que el valor total (inicial) del contrato sería hasta la suma de setenta y tres mil quinientos dieciocho millones de pesos (\$73.518.000,000), incluidos todos los costos directos e indirectos y los impuestos a que hubiera lugar.

En la cláusula séptima se acordó que dicho valor estaría discriminado así:

- i) **Recursos que entrega el DNP:** Hasta la cantidad de sesenta y cinco mil quinientos dieciocho millones de pesos (\$65.518.000,000), incluidos todos los costos directos e indirectos e impuestos a que hubiese lugar. Esta suma corresponde a los siguientes componentes: *a-* cuota de gerencia, *b-* estructuración de proyectos, *c-* marco metodológico y *e-* apoyo operativo y logístico al Grupo de Coordinación del SGR, y se distribuyó así:
- Para el pago de la cuota de gerencia: \$6.551.800.000
 - Para la estructuración de proyectos y el marco metodológico: \$38.616.200.000.
 - Para el apoyo operativo y logístico al Grupo de Coordinación del Sistema General de Regalías: \$20.350.000.000.

ii) **Recursos que aporta ENTerritorio:** La suma de ocho mil millones de pesos (\$8.000.000.000), diseminados así:

- Para cubrir costos administrativos y operativos: \$800.000.000
- Para la estructuración de proyectos: \$7.200.000.000.

En cuanto a la forma y la periodicidad de pago de los recursos que se obligaba a entregar el DNP, en el párrafo primero de la cláusula sexta, se estipuló que ENTerritorio debía presentar al DNP las cuentas de cobro correspondientes, en concordancia con la ejecución del proyecto, y que todos los pagos se harían dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha de presentación de la respectiva cuenta y la constancia de recibo a satisfacción, por parte del supervisor del contrato.

Asimismo, en relación con el pago de la *cuota de gerencia* (\$6.551.800.000), se acordó, en la cláusula séptima, literal A, numeral 1°, que esta sería descontada directamente por ENTerritorio, de los pagos que hiciera el DNP, con la siguiente periodicidad y requisitos:

- Un primer pago equivalente al 20% de la cuota de gerencia del contrato, previo cumplimiento de los requisitos de ejecución del presente contrato, entrega y aprobación de la primera versión del Plan Operativo del contrato al DNP.
- Un segundo pago equivalente al 30% de la cuota de gerencia del contrato, previa presentación y aprobación del cuarto Informe de gestión, por el supervisor.
- Un tercer pago equivalente al 30%, de la cuota de gerencia del contrato, previa presentación y aprobación del noveno informe de gestión por el supervisor.
- Un último pago por el 20% de la cuota de gerencia del contrato, previa presentación y aprobación del décimo cuarto informe de gestión, por el supervisor. [Subrayas en el original].

Con respecto a los recursos que el DNP se obligaba a pagar para los componentes de asistencia técnica en la estructuración de proyectos y de marco metodológico (\$38.616,200.000), las partes acordaron, en el numeral 2° de este mismo literal, la siguiente distribución y los siguientes requisitos:

- Un primer pago correspondiente al 5% con la entrega y aprobación del cronograma y la estrategia de trabajo del componente.
- Un segundo pago correspondiente al 25%, para ejecutar el programa de fortalecimiento de capacidades de entidades territoriales en estructuración de proyectos, previa la presentación y aprobación del Plan de adquisiciones del contrato al DNP.
- Un tercer pago correspondiente al 30%, para ejecutar el programa de fortalecimiento de capacidades de entidades territoriales [...], previo, [sic] compromiso del 70% del primer y segundo pago e informe presentado al supervisor del contrato y aprobado por este.

- Un cuarto pago correspondiente al 30%, para ejecutar el programa de fortalecimiento [...], previo, [sic] compromiso del 100% del primer y segundo pago y el 70% del tercer pago e informe presentado al supervisor del contrato y aprobado por este.
- Un quinto pago correspondiente al 10%, para ejecutar el programa de fortalecimiento [...], previo, [sic] compromiso del 100% del tercer pago y el 70% del cuarto pago e informe presentado al supervisor del contrato y aprobado por este. [Subrayas en el original].

Por otra parte, en la cláusula séptima, se pactó que ENTerritorio debía administrar, en cuentas separadas, por fuente y destinación, los recursos entregados por el DNP y aquellos aportados por ENTerritorio (que este ejecutaría directamente), garantizando su separación y uso exclusivo para los fines del contrato, así:

- Una cuenta para la administración de los recursos aportados por el DNP para los componentes de marco metodológico y de estructuración de proyectos;
- Una cuenta para la administración de los recursos entregados por el DNP para el componente de apoyo operativo y logístico al Grupo de Coordinación del SGR.
- Una cuenta para la administración de los recursos aportados por ENTerritorio para los componentes de estructuración de proyectos y de marco metodológico.

Finalmente, en el párrafo tercero de esta cláusula, se estipuló que «[l]os recursos transferidos por el DNP a FONADE, no ejecutados serán reintegrados por FONADE al DNP al término y liquidación del presente contrato, de acuerdo a lo convenido por la partes [sic]» [se destaca].

A este respecto, vale la pena citar lo que se pactó en la cláusula octava del contrato, sobre el uso y la imputación de estos recursos:

OCTAVA- USO RECURSOS GIRADOS: De los recursos girados a **FONADE** para el desarrollo del presente contrato solo se podrán imputar los gastos necesarios para el desarrollo y cumplimiento de éste [negritas en el original; subrayas añadidas, salvo en el título].

f) Rendimientos financieros

En relación con este asunto, las partes estipularon lo siguiente:

DÉCIMA- RENDIMIENTOS FINANCIEROS: Los rendimientos financieros generados en virtud del presente contrato, son de FONADE

Como se aprecia, en dicha cláusula se acordó, clara y expresamente, que los rendimientos financieros generados en virtud de la ejecución del contrato administrativo serían de propiedad de ENTerritorio.

g) Supervisión contractual

En la cláusula vigésima tercera, se estipuló que la supervisión del contrato sería realizada por el DNP, por conducto del subdirector Territorial y de Inversión Pública, o la persona que este designe, por escrito. Asimismo, se precisó que el supervisor estaría sujeto a lo dispuesto en los artículos 4, numeral 1°, y 26, numeral 1°, de la Ley 80 de 1993, en las Leyes 1150 de 2007⁵³, 734 de 2002⁵⁴ y 1474 de 2011⁵⁵, y en la Resolución Interna 2830 de 2014, con la cual se adoptó el Manual de Contratación del DNP, y las demás normas sobre la materia.

En el párrafo primero de esta cláusula, se estipuló que el supervisor debería hacer, por escrito, todas las observaciones y sugerencias que estimara necesarias para el cumplimiento del objeto del contrato y de las obligaciones de las partes.

h) Liquidación del contrato interadministrativo

Sobre este punto, se estipuló lo siguiente:

VIGÉSIMA CUARTA- LIQUIDACIÓN: A la terminación del Contrato y dentro de los seis (6) meses siguientes se levantará un acta de liquidación suscrita por las partes en la cual se deberán declarar la [sic] sumas recibidas y se liquidarán los valores correspondientes a su ejecución, la cual debe venir soportada con el informe final y la certificación de cumplimiento del objeto suscrita por el supervisor del contrato. En el evento de que en el mismo resultaren remanentes con relación al valor total del Contrato, FONADE se compromete a reintegrarlos dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la firma del acta

Para la liquidación del contrato **FONADE** presenta un informe de término, el cual se elabora con base en los alcances y lineamientos diseñados por **FONADE** para tal fin dentro de su sistema de gestión de calidad. [Subrayas añadidas, excepto en el título].

3. Los anexos del contrato

Tal como se mencionó previamente, al referirse a las principales obligaciones de ENTerritorio, dicha entidad se obligó a «[d]esarrollar los productos enumerados en el anexo técnico del presente contrato, teniendo en cuenta que el detalle de los mismos es definido en el Manual Operativo» (cláusula segunda, numeral 43).

⁵³ Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

⁵⁴ Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

⁵⁵ 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.

Asimismo, la aprobación del Manual Operativo era una de las funciones asignadas al Comité Directivo del contrato (cláusula cuarta).

Como se puede inferir, tanto el Anexo Técnico como el Manual Operativo son documentos adjuntos al contrato, que formaban parte de él y determinaban, junto con la propuesta presentada por ENTerritorio y los estudios previos, el alcance de algunas de las obligaciones de las partes, en sus detalles técnicos, operativos, legales, administrativos y de otra índole.

Por tal motivo, es importante hacer mención al contenido de los dos primeros documentos, en cuanto aluden directamente a los aspectos objeto de la presente controversia. Vale la pena aclarar que, por razones de economía, no se analizará lo previsto, sobre este asunto, en la propuesta, pues los anexos referidos incorporan y desarrollan, en términos similares, los aspectos más importantes incluidos en aquella.

3.1. El Anexo Técnico (componentes del contrato)

Por su importancia para solucionar la controversia expuesta por las partes, transcribimos, *in extenso*, lo señalado en dicho documento sobre el cumplimiento de las obligaciones de las partes, en relación con el componente de asistencia técnica aplicada para la estructuración de proyectos:

i. Asistencia técnica aplicada en la estructuración de proyectos:

En este componente se adelantará la estructuración de proyectos técnica, legal y financiera y estará liderado por un coordinador técnico, con el apoyo de un equipo de supervisión y especialistas sectoriales que serán vinculados de acuerdo con la demanda de proyectos y el avance en la pre inversión.

A continuación se describen [...] las acciones que se realizarán por parte de FONADE en cada fase de pre inversión.

[...]

a) Solicitud de estructuración

El DNP solicita a FONADE, a partir de un inventario de proyectos de iniciativa territorial y de acuerdo a un proceso de priorización basado en el sistema de evaluación por puntajes de que trata el artículo 40 de la Ley 1744 de 2014, iniciar la asistencia técnica a la Entidad Territorial mediante el ciclo de pre inversión de estructuración de un proyecto, que a continuación se especifica.

b) Fase I. Perfil.

Se realiza primera jornada de trabajo en campo por parte de FONADE (visión técnica y sostenibilidad) con el Ente Territorial para realizar aproximación y análisis del entorno respectivo de la idea presentada, se determina el nivel de maduración de la misma, y a partir de información de origen para preparar y evaluar posibles alternativas, con análisis costo - beneficio y análisis legales e institucionales, análisis de la gestión predial según sea el caso, análisis de restricciones sociales, ambientales, legales, financieras entre otras, la situación actual y la esperada con las alternativas y su definición de costeos preliminares de estudios y diseños.

Como resultado de esta fase, se obtiene la información necesaria para determinar la viabilidad de continuar o no con la pre inversión del proyecto. Se realiza por ende, un balance de la acciones a emprender que contextualicen las condiciones para desarrollar la pre inversión en términos de su alcance y esfuerzo. En dado caso de resultar positiva su continuidad, se suscribe por parte de FONADE, el contrato de la consultoría de estudios y diseños a entregar en fase de Factibilidad y con el Ente Territorial se suscribe el acuerdo de estructuración.

Nota: Los proyectos que vayan a ser financiados con recursos aportados por FONADE, que de acuerdo al diagnóstico realizado sean susceptibles de pre inversión, deberán cumplir los criterios aprobados por la Junta Directiva de FONADE.

c) Fase 11. Pre factibilidad.

Se realiza segunda jornada en campo con el ente territorial por parte de FONADE, el consultor e interventor contratados, para evaluar a mayor detalle las alternativas seleccionadas con estudios y diseños preliminares a fin de reducir la incertidumbre, determinando los efectos de la solución y estimación de demanda y oferta considerando las alternativas de operación y sostenibilidad.

Resultado de esta fase pueden existir ajustes en el alcance, tiempo y costo que se presentarán justificados para ser analizados por el comité técnico operativo de igual manera el avance de gestión predial por el Ente Territorial y autorizaciones de Entidades por afectación o intervención del proyecto, según sea el caso, para autorizar a interventoría y consultoría continuar [sic] con la siguiente fase de estructuración.

En caso de no ser viable la continuidad del proyecto se entregará en fase prefectibilidad [sic] al DNP.

d) Fase III. Factibilidad.

Se realiza tercera jornada de trabajo en campo con el Ente Territorial por parte de FONADE, para definir detalladamente aspectos técnicos de la alternativa seleccionada que incluye, los requisitos generales y sectoriales, el tamaño óptimo del proyecto, momento para su implementación o puesta en marcha, estructura de financiamiento, organización administrativa y plan de monitoreo y sostenibilidad.

Adicionalmente [...] FONADE adelantará el diseño y ajuste de los diseños de proyectos tipo que el DNP requiera [...]

Nota: De la cuota de gerencia se contratará el equipo que apoyará la realización de la asistencia técnica aplicada y la supervisión.

Nota: De acuerdo con la complejidad técnica del proyecto FONADE, solicitará al DNP con cargo a recursos de administración para el componente de estructuración, la autorización para la contratación derivada [de] especialistas o expertos que soportarán conceptos, revisiones y definiciones.

e) Entrega del proyecto.

FONADE entregará al DNP el proyecto formulado en la fase de factibilidad, con las recomendaciones de procesos participativos de las comunidades beneficiarias para promover su apropiación y retroalimentación al territorio de las lecciones aprendidas.

Nota: Cada proyecto estructurado no podrá representar una inversión menor a \$1,000 millones y se localizará en todos los sectores, excluyendo ciencia, tecnología e innovación y el sector productivo. Al finalizar el contrato se adelantará una evaluación del mismo y se identificará el impacto generado en las regiones por cuenta de la estructuración de proyectos.

Los proyectos que se estructurarán a través de este contrato podrán tener diferentes fuentes de financiación para la inversión del mismo, sin embargo en todos los casos deberá tener como fuente obligatoria recursos del SGR.

Los productos asociados a este componente se encuentran en la siguiente Tabla (Producto 7 - al Producto 12), los cuales serán recibidos por parte del DNP de cada proyecto que inicie proceso de estructuración: [Subrayas añadidas]

Asistencia técnica aplicada en la estructuración de proyectos		
Productos		
Producto 7	Informe de selección de alternativa	<p>Se realiza segunda jornada de trabajo de campo, se profundiza el análisis de alternativas, operación y sostenibilidad con el Ente Territorial, consultores e interventores, según el marco legal vigente del Sistema General de Regalías.</p> <p>El informe deberá ser soportado mediante la entrega de una carpeta de consulta en línea, que contenga las fuentes y los estudios preliminares y fuentes de soporte. Debe incluir el costo estimado de la inversión del proyecto y cronograma y la definición del esquema idóneo de operación y sostenibilidad.</p> <p>Se realiza una tercera jornada de trabajo en campo, con el fin de socializar las alternativas formuladas y la justificación de selección de la alternativa para llevarla a factibilidad.</p>

Producto 8	<p>Documentos requeridos en Pre Factibilidad</p> <p>Plazo de entrega: Para proyectos locales entre 1,5 a 2,5 meses.</p> <p>Para proyectos regionales entre 2 a 3 meses.</p> <p>FONADE informará al supervisor los mayores tiempos necesarios de acuerdo con la complejidad y tamaño</p>	<p>Según sea el caso, se desarrollarán los primeros diseños preliminares y estudios técnicos especializados, evaluaciones socioeconómicas y financieras preliminares que analicen el impacto en el Valor Presente Neto sobre los cambios en los gastos de inversión y de los mecanismo [sic] de operación y sostenibilidad de las alternativas analizadas, así como las estimaciones de demanda y oferta, fuentes alternas de ingresos, entre otros.</p> <p>Debe contar con un estudio preliminar en los aspectos técnico (Tamaño del proyecto, capacidad, localización, proceso constructivo), ambiental, de riesgo, financiero (costos de inversión), socioeconómico, de sostenibilidad y de impacto, identificación de proyectos simultáneos, paralelos o complementarios que puedan afectar al proyecto a desarrollar (Proyectos de construcción, expansión, etc., de otros sectores).</p> <p>En cuanto al mecanismo de operación más idóneo para la sostenibilidad del proyecto, deben presentarse alternativas que incluyan: i) líneas de financiación posibles (APP's, recursos municipales, recursos departamentales, entre otros, ii) alianzas sectoriales, iii) estrategias de implementación para la apropiación del proyecto y iv) métodos adecuados de monitoreo y seguimiento.</p>
	<p>Etapas 3: Factibilidad</p>	<p>Los tiempos de los productos de pre inversión, son referencia para cada proyecto que participa en la estructuración según su complejidad</p>
	<p>Estudios y diseños en Factibilidad</p> <p>Plazo de entrega De 2.5 a 4 meses.</p>	<p>Comprende estudios, diseños, especificaciones técnicas, tamaño óptimo del proyecto, presupuesto, cronograma de ejecución, y evaluación socioeconómica y ambiental definitiva del proyecto, esquema de organización administrativa y plan de monitoreo.</p> <p>Los diseños definitivos del Proyecto, deberán incluir, entre otros aspectos, los siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Diseños de detalle (Diseño definitivo), según el modelo tecnológico para la alternativa seleccionada, con planos de localización, planos constructivos, memorias de cálculo, especificaciones técnicas generales y particulares (si se requieren), procesos constructivos, identificación y análisis de fuentes de materiales o insumos, análisis de precios unitarios (si aplica), detalle de AIU propuesto y de factores multiplicadores, diseños específicos de cada sector.

Producto 9	FONADE informará al supervisor los mayores tiempos necesarios de acuerdo con la complejidad y tamaño	<ul style="list-style-type: none"> - Presupuesto y Cronograma del proyecto (Obra e Interventoría), con revisión de momento u oportunidad en su implementación, relacionado con factores externos. - Definición de la Interventoría del proyecto para el momento de su implementación, de acuerdo con la complejidad del mismo. Deben presentarse profesionales, perfiles y costos estimados. <p>En cuanto a los planes de operación y sostenibilidad del proyecto, debe contemplar lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Análisis socio cultural que determine la interrelación del proyecto con el entorno, y de los procesos participativos para la población beneficiada, encaminados a garantizar la apropiación del proyecto. - Identificar el personal técnico, administrativo y de apoyo requerido para la operación, contemplando actividades, componentes de trabajo, perfiles y costos. - Indicar los elementos o insumos requeridos para el mantenimiento y la dotación necesaria (si aplica), que garanticen la operatividad del proyecto. - Identificar la relación entre las líneas programáticas de los planes de desarrollo nacional, municipal y departamental y la finalidad del proyecto, con el fin de identificar estrategias acordes que puedan financiar la operación de los proyectos.
Producto 10	Informe de factibilidad	<p>Análisis financiero, legal y de riesgos del proyecto basados en los resultados de los componentes ambiental, social y técnicos tales como los planes de ejecución, operación, mantenimiento, monitoreo y sostenibilidad de cada proyecto.</p> <p>En caso de requerirse, se realizará una cuarta jornada de trabajo en campo para socializar el proyecto con los actores locales, recoger observaciones e incorporarlas en el proyecto a entregar al Ente Territorial.</p> <p>El informe deberá ser soportado mediante la entrega de una carpeta de consulta en línea, que contenga las fuentes y los estudios primarios y secundarios, así como los diseños definitivos que soportan el documento.</p>
		Presentación detallada y ejecutiva en formato PPT del proyecto en Factibilidad, que brevemente exponga los

Producto 11	<p>Presentación final del proyecto estructurado</p> <p>Plazo de entrega 15 días, una vez aprobado proyecto por interventoría</p>	<p>aspectos relevantes del mismo y permita la socialización ante los actores interesados.</p> <p>Formulación del proyecto: Con base en los estudios de factibilidad se presentará la formulación del proyecto para presentar a las fuentes de financiación que corresponda y bajo la normatividad aplicable a cada una de ellas. Esta formulación incluirá el uso de la Metodología General Ajustada garantizando que de ser viables y factibles puedan ser ingresados en la plataforma de inversión pública de acuerdo con los lineamientos y manuales vigentes del Departamento Nacional de Planeación.</p> <p>Los proyectos que se estructurarán a través de este contrato podrán tener diferentes fuentes de financiación para la inversión [...], sin embargo en todos los casos tendrá como fuente obligatoria recursos del SGR.</p> <p>Una vez se adelante la presentación ejecutiva del proyecto en factibilidad, y una vez el DNP apruebe el informe de factibilidad del proyecto, se adelantará la entrega oficial del proyecto al DNP y al ente territorial mediante la suscripción de un acta</p>
Producto 12	<p>Documentos modelos requeridos en la etapa precontractual</p> <p>Plazo de entrega</p> <p>15 días a un mes, dependiendo de la complejidad del proyecto, una vez aprobado [...] por interventoría</p>	<p>Incluyen los documentos definitivos generados en la maduración del proyecto, recomendación del modelo de pliegos de condiciones y modelo de minuta del contrato para la ejecución del proyecto madurado.</p> <p>Con base en los diseños definitivos del proyecto, debe iniciarse el proceso de elaboración de Documentos Técnicos requeridos en la Etapa Pre Contractual (Estudios Previos que soportan el proceso de Contratación de la Inversión). Se brindará asesoramiento a las Entidades territoriales en la elaboración de la documentación necesaria para la realización de Procesos de Contratación, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 1082 de 2015, con el fin de [...] agilizar la contratación de las obras y el inicio de la fase de Inversión.</p> <p>Debe contener, como mínimo los siguientes requerimientos de acuerdo con los estándares DNP:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Descripción de la necesidad identificada - Descripción del objeto a contratar - Detalle de las obligaciones de las partes

		<ul style="list-style-type: none"> - Identificación de la tipología de contrato a celebrar y modelo de contrato - Fundamentos jurídicos que soportan la contratación - Perfil del contratista - Valor estimado del contrato, flujo de caja y forma de pago - Análisis de riesgos y formas de mitigación - Valoración de la pertinencia en materia de exigencia de Garantías - Relación estratégica del objeto del contrato con la planeación Institucional - Plazo - Definición de supervisión - Definición de un comité técnico - Lista de Documentos Anexos (Cuando aplique)
--	--	---

3.2. El Manual Operativo

Según lo establecido en el contrato, el Manual Operativo «constituye la guía general de operación para la ejecución del contrato interadministrativo», y define, «en detalle, los procesos, procedimientos, etapas, actividades, productos, recursos requeridos, tiempos estimados, gestión del riesgo, gestión de calidad, responsables y toma de decisiones, mecanismos de seguimiento y control de los componentes para la ejecución del contrato».

En relación con el alcance del componente de asistencia técnica para la estructuración de proyectos, y con las respectivas actividades y obligaciones de cada una de las partes, este documento explica:

3.2. ASISTENCIA TÉCNICA APLICADA EN LA ESTRUCTURACIÓN DE PROYECTOS

En este componente se adelantará la estructuración de proyectos técnica, legal y financiera y estará liderado por un coordinador técnico, con el apoyo de un equipo de supervisión y especialistas sectoriales que serán vinculados de acuerdo con la demanda de proyectos y el avance en la pre inversión.

FONADE lidera la maduración de los proyectos con la guía del DNP y la gestión de la Entidad Territorial, desarrollando las siguientes actividades:

- Desarrollo del perfil de proyecto.
- Contratación del consultor estructurador.
- Articulación de la información y el equipo de proyecto, entre la Entidad Territorial, el consultor estructurador, grupo de Fortalecimiento y Metodología y el DNP.

La asistencia técnica que podrán obtener los municipios a partir de la clasificación de su solicitud se puede enfocar en dos líneas:

Estructuración aplicada del proyecto: En este caso, FONADE realizará la primera visita de campo para verificar condiciones y de ser favorable dará inicio a la fase de perfil de la estructuración del proyecto.

Acompañamiento en la estructuración del proyecto: En este caso el FONADE y su aliado estratégico acompañarán a la entidad territorial en la estructuración del proyecto, dando lineamientos, aportando guías metodológicas y recomendaciones para el proceso.

De esta forma, la estrategia de “aprender estructurando proyectos”, permite que el conocimiento técnico sectorial y específico en estructuración de proyectos, sea transmitido en forma directa a las entidades territoriales mediante la práctica y la retroalimentación permanente, de forma tal que se logre, tanto materializar proyectos de alto impacto, con base en un análisis detallado de las situaciones particulares de cada territorio, como fortalecer las capacidades de las entidades territoriales - a través de las respectivas secretarías de planeación, encargadas de participar en el proceso de estructuración de proyectos de inversión- en la definición del alcance de los estudios a desarrollar, en la revisión de los productos recibidos y en el recibo a satisfacción de los mismos.

Adicionalmente, las dimensiones financieras y legales que son parte fundamental en la exitosa estructuración de un proyecto de inversión, serán desarrolladas en forma conjunta de forma que se cuente con una estructuración integral del mismo, es decir, comprenderá las dimensiones técnica, legal y financiera de cualquier proyecto. [Subrayas extratextuales].

3.2.1. Actividades y Responsabilidades:

RESPONSABLE	ACTIVIDAD O RESPONSABILIDAD	TIEMPOS	OBSERVACIÓN
DNP	Entrega de proyectos para estructurar a FONADE, presentados por [...] las entidades territoriales receptoras de fortalecimiento	Sin perjuicio de poder recibir proyectos a estructurar adicionales, estos serán evaluados para su estructuración, en función de los tiempos requeridos, la duración del contrato y los recursos disponibles, entre otras variables.	
DNP	Listado de colaboradores (SGR) a ser capacitados en gestión de proyectos [...]	Según lo estipulado en el contrato, durante la vigencia de 2016	

DNP	Identificación de entidades territoriales para realizar el acompañamiento en la estructuración de proyectos	Según lo estipulado en el contrato, durante la vigencia de 2016	
FONADE	Evaluación preliminar del proyecto a estructurar con el objetivo de definir el cronograma general inicial propuesto y la completitud de la información y claridad de la misma	Una vez se reciban, por parte de DNP los proyectos a estructurar, FONADE contará con máximo 10 días calendario [para] presentar al supervisor del contrato, los cronogramas propuestos para la estructuración de cada proyecto. En caso de que los tiempos propuestos superen los plazos establecidos en el contrato, se anexará la respectiva sustentación técnica.	El tiempo estipulado se plantea para paquetes de entre 5 y 10 proyectos. Para los casos de solicitud de un único proyecto, los tiempos establecidos serán hasta de 3 días hábiles.
DNP	El supervisor de DNP emite su concepto de "no objeción" o solicita a FONADE ajustes a los cronogramas propuestos, para dar inicio formal a la etapa de perfil	A la anterior comunicación, el supervisor contará con máximo 10 días calendario para emitir su concepto o solicitar ajustes al cronograma	Los cambios en los tiempos de los cronogramas no implicarán realizar un otrosí al contrato interadministrativo 215050. En caso de que algún cronograma de proyecto sobrepase el tiempo de ejecución del contrato [...], se tendrán que revisar las siguientes alternativas: 1. Disminuir el alcance del proyecto 2. Modificar el plazo del contrato interadministrativo 3. Retirar el proyecto
FONADE	Se hará la entrega del producto "perfil" de cada uno de los proyectos recibidos por parte de DNP	De acuerdo con el cronograma de cada proyecto	Se incorpora como información disponible para los consultores de estructuración
FONADE-DNP	Definir los requerimientos técnicos para que FONADE adelante los Procesos de Contratación de consultorías para la estructuración de proyectos, a que haya lugar	En comités técnicos operativos, previo al inicio de los procesos de contratación	
FONADE	Realiza la primera jornada de trabajo con la Entidad Territorial para analizar la idea del proyecto presentado, determinar [su] nivel de maduración y evaluar posibles alternativas	Antes del proceso de contratación de la consultoría para estructuración	
FONADE	Suscribir los acuerdos de estructuración con las entidades territoriales que participan en la asistencia técnica aplicada [...] de acuerdo a modelo aprobado por comité técnico operativo	[Idem]	
FONADE	Realiza la segunda y tercera jornada de trabajo, junto con el consultor e interventor para ampliar la evaluación de las	De acuerdo con el cronograma de cada proyecto	

	alternativas seleccionadas para presentar informes de Pre Factibilidad y de Factibilidad a DNP, soportados mediante la entrega de una carpeta de consulta en línea		
FONADE-INTERVENTORÍA	Aprobación del producto 7: "Informe de Selección de Alternativa"	De acuerdo con el cronograma de cada proyecto	Con la aprobación de este producto se está dando continuidad o no a la fase de [...] Factibilidad, según el informe recibido
FONADE-INTERVENTORÍA	Aprobación del producto 10 "Informe de Factibilidad"	De acuerdo con el cronograma de cada proyecto	
DNP- ENTIDAD TERRITORIAL	Revisa el producto 7 "Informe de Selección de Alternativa"	Tendrán 10 días hábiles después de la entrega de cada informe para presentar las observaciones a que haya lugar	
DNP- ENTIDAD TERRITORIAL	Revisa y aprueba el producto 10 "Informe de Factibilidad"	Tendrán 10 días hábiles después de la entrega de este producto para aprobar el informe o presentar las observaciones a que haya lugar	Una vez aprobado este producto, la Entidad Territorial, tendrá máximo 3 meses para presentar el proyecto al OCAD. De no cumplirse este plazo, DNP podrá presentarlo.
FONADE	Presentación y Entrega del proyecto formulado a DNP y a la Entidad Territorial, bajo la Metodología General Ajustada (MGA)	De acuerdo con el cronograma de cada proyecto	Una vez aprobado el informe, se procede a realizar la presentación formal del proyecto a todos los interesados.

Asimismo, en relación con las principales obligaciones que asumía el DNP y ENTerritorio, en lo que atañe a este componente del contrato, el Manual Operativo estableció:

4.1.2. Responsabilidades de FONADE dentro del Proyecto 1⁵⁶:

1. Convocar, seleccionar, contratar y conformar el equipo responsable de Gerencia del contrato (a cargo de FONADE).
2. Realizar la etapa precontractual y contractual de la contratación derivada (Asesorías, Consultorías, Interventorías) (a cargo de FONADE).
3. Creación de Marco metodológico para la estructuración y gestión de proyectos (a cargo del EQUIPO MARCO METODOLÓGICO & FONADE).
4. Ejecutar la Asistencia Técnica Aplicada a Entidades Territoriales en la estructuración de proyectos en la etapa de pre inversión (a cargo de FONADE).

⁵⁶ **Nota de la Sala:** En este documento, cuando se utiliza la expresión *Proyecto 1*, se hace referencia a los componentes de fortalecimiento de la capacidad de planeación de las entidades territoriales, mediante: *i*) la estructuración de proyectos, y *ii*) la elaboración de un marco metodológico y la transferencia de conocimientos.

5. Ejecutar el Fortalecimiento de capacidades territoriales en gestión de proyectos mediante marco metodológico y transferencia de conocimiento [...]
6. Realizar el cierre y evaluación del alcance del contrato interadministrativo (evidencias de fortalecimiento, lecciones aprendidas y buenas prácticas, y socialización de resultados) (a cargo del EQUIPO MARCO METODOLÓGICO & FONADE).

4.1.3. Responsabilidades de DNP dentro del Proyecto 1:

1. Adelantar la articulación con las autoridades territoriales y otras instituciones que se requieran para el desarrollo del presente contrato.
2. Definir e informar a FONADE los proyectos priorizados de conformidad con el Sistema de Evaluación por puntajes [...] Y entregar la información correspondiente para inicio del componente de asistencia técnica aplicada.
3. Definir e informar a FONADE sobre los municipios priorizados para el componente de transferencia de conocimiento. [...]
4. El DNP realizará la selección de los beneficiarios de formación virtual y entregará a FONADE el listado de los mismos con el fin de que este disponga la plataforma de formación y coordine la realización de los exámenes [...]

Y, con respecto a los productos que debían ser entregados por ENTerritorio, en el componente de asistencia técnica para la estructuración de proyectos, y los plazos respectivos, este documento los resume así:

COMPONENTE	PRODUCTOS	PLAZOS DE ENTREGA PACTADOS
	Informe pre-factibilidad (producto # 8)	Después de finalizar con la etapa de perfil de los proyectos. Los plazos para este producto se establecieron así: Para proyectos locales entre 1,5 a 2,5 meses. Para proyectos regionales entre 2 a 3 meses. FONADE informará al supervisor los mayores tiempos necesarios de acuerdo con la complejidad y tamaño del proyecto.
	Informe de Selección de Alternativa (producto # 7)	Será igual a la fecha de entrega del informe de pre-factibilidad, para cada proyecto
ASISTENCIA TÉCNICA APLICADA EN LA ESTRUCTURACIÓN DE PROYECTOS ⁵⁷	Estudios y Diseños Factibilidad - Plan de Sostenibilidad final (producto # 9)	De 2,5 a 4 meses. FONADE informará al supervisor los mayores tiempos necesarios de acuerdo con la complejidad y tamaño

⁵⁷ «[4] Una vez inicie el proceso de acompañamiento en el componente de Asistencia Técnica en Estructuración de Proyectos, se debe construir un cronograma de actividades y productos para cada proyecto, donde se establezcan las fechas particulares para el cumplimiento de la entrega de los productos asociados a cada uno».

	Informe Factibilidad (producto # 10)	Será igual a la fecha de entrega de los Estudios y Diseños de Factibilidad y el Plan de Sostenibilidad final, para cada proyecto.
	Presentación final de proyecto estructurado (producto # 11)	15 días posteriores a la aprobación del proyecto por la interventoría
	Documentos Modelos Etapa Pre-Contractual (producto # 12)	

4. Las modificaciones al contrato

Las partes celebraron, en total, siete modificaciones al contrato, de las cuales interesan especialmente, para los fines de este concepto, las contenidas en los otrosíes números 4, 5, 6 y 7, a los cuales nos referimos, en seguida:

a) Otrosí 4, suscrito el 11 de enero de 2018

Con este documento, se modificaron las siguientes estipulaciones del contrato:

- Cláusula segunda (obligaciones de ENTerritorio), en el sentido de añadir dos nuevas obligaciones a dicha entidad, que quedaron consignadas en los numerales 47 y 48, en los siguientes términos:

47. Entregar al DNP a más tardar el 30 de abril 2018, por lo menos dieciséis (16) proyectos estructurados integralmente en fase de factibilidad y correspondiente [sic] a los identificados en el parágrafo Tercero de la Cláusula Décima Primera.

48. Entregar dentro de la semana siguiente a la suscripción de la cuarta modificación del presente convenio para aprobación del DNP, un cronograma detallado sobre las actividades relacionadas con la estructuración de los proyectos respecto de los cuales esté brindando asistencia técnica aplicada. [Subraya la Sala].

- Cláusula tercera (obligaciones del DNP), en el sentido de modificar la obligación prevista en el numeral 1° y adicionar una nueva obligación, a cargo de este organismo (numeral 13), así:

1. Entregar a FONADE, los recursos para la ejecución del presente Contrato hasta por la suma de **OCHENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA MIL SEISCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS M/CTE. (\$86.547.680.633)**, los cuales estarán directamente destinados para la ejecución del contrato."

13. Revisar los proyectos entregados por FONADE, en un plazo máximo de dos (2) meses desde la entrega, para garantizar que se realicen los ajustes a las

observaciones dentro del plazo de ejecución del contrato. [Negrillas y mayúsculas en el original; subrayas añadidas].

- Cláusula sexta (valor del contrato), en el sentido de adicionar el monto total del contrato en la suma de \$8.181.755.111 (entregados por el DNP), para la ejecución del componente de apoyo administrativo y logístico al Grupo de Coordinación del SGR y la respectiva cuota de gerencia de ENTerritorio. Con esta adición, el valor total del contrato ascendía a la suma de \$94.547.680.633⁵⁸.
- Cláusula séptima (discriminación del valor de los recursos del contrato), para establecer la forma en que se distribuían los aportes efectuados por las dos partes al contrato interadministrativo, incluyendo las sumas adicionadas en esta ocasión.
- Cláusula undécima (*plazo de ejecución*), en el sentido de prorrogar, de nuevo⁵⁹, el plazo de ejecución del contrato, hasta el 30 de junio de 2018, y adicionar un párrafo tercero, en el que se estableció, a cargo de ENTerritorio, la obligación de entregar dieciséis proyectos determinados, estructurados integralmente en fase de factibilidad, a más tardar, el 30 de abril de 2018.

Por la importancia que esta enmienda tiene para la presente consulta, en la medida en que la controversia suscitada entre las partes sobre el cumplimiento o incumplimiento de sus obligaciones se refiere, principalmente, a seis de los dieciséis proyectos señalados en este otrosí, se transcribe, a continuación, la cláusula respectiva:

QUINTA - PRÓRROGA Y MODIFICACIÓN: Prorrogar el plazo de ejecución contenido en la cláusula décima primera del Contrato Interadministrativo No. 053-2015 (FONADE 215050), e incluir el PARÁGRAFO TERCERO, la cual quedará de la siguiente manera:

DÉCIMA PRIMERA. - PLAZO DE EJECUCIÓN: *El plazo total de ejecución del contrato será hasta el 30 de junio de 2018, contado a partir del cumplimiento de los requisitos de ejecución del contrato. El plazo de duración del contrato podrá ser prorrogado y/o modificado de mutuo acuerdo entre las partes.*

(...)

PARÁGRAFO TERCERO: *FONADE deberá entregar al DNP a más tardar el 30 de abril 2018, por los [sic] menos dieciséis (16) proyectos estructurados integralmente en fase de factibilidad. El DNP no recibirá proyectos por fuera del*

⁵⁸ Es necesario aclarar que el valor total del contrato ya había sido adicionado, mediante el otrosí n.º 2, en la suma de \$3.416.184.953, para alcanzar una cuantía de \$76.934.184.953, y con el otrosí n.º 3, en la cantidad de \$9.431.740.569, hasta llegar a un valor total de \$86.365.925.522, antes de la suscripción del otrosí n.º 4.

⁵⁹ Se aclara que el plazo de ejecución del contrato ya había sido prorrogado, con los otrosíes núm. 1, 2 y 3.

plazo establecido en el presente párrafo. Los proyectos que deberá entregar serán los siguientes:

1	Pavimentación vía Vijes - Restrepo
2	Mejoramiento vía Troncal del carbón
3	Mejoramiento vía Valencia-San Pedro de Urabá
4	Puente Vehicular Río San Jorge
5	Recuperación espacio público de Maicao
6	Mejoramiento Plaza Mercado Montería
7	Acueducto y Alcantarillado Belén de Bajirá
8	Optimización Sistemas de acueducto y alcantarillado Catatumbo
9	Saneamiento básico Jambaló, Guachené, Toribío y abastecimiento Caloto
10	Vía Tuluá - La Marina
11	Cicloinfraestructura San José del Guaviare
12	Pavimentación Salitral-Los Números-Jobo
13	Pavimentación Macayepo - El Limón - El Floral
14	Vía terciaria Cabuyaro-Puente el Humea-Puerto López
15	Infraestructura educativa provincia de Ocaña y sur del Cesar
16	Hospital Inírida

Para efectos de seguimiento a la ejecución de sus actividades, dentro de la semana siguiente a la suscripción de la cuarta modificación del presente convenio FONADE entregará para aprobación del DNP, un cronograma detallado sobre las actividades relacionadas con la estructuración de los proyectos respecto de los cuales esté brindando asistencia técnica aplicada.

PARÁGRAFO CUARTO: El Cierre Financiero en fase de factibilidad, deberá ser gestionado y garantizado por las entidades territoriales postulantes, no por FONADE. [La Sala subraya].

- Cláusula duodécima (*mecanismos de cobertura del riesgo*), en el sentido de ajustar el porcentaje y la vigencia de las coberturas incluidas en la garantía que ENTerritorio debía constituir y mantener vigente a favor del DNP.

Ahora bien, para la correcta interpretación de las modificaciones acordadas en este otrosí, especialmente en lo relacionado con la obligación de entregar determinados proyectos estructurados en forma integral, es pertinente citar algunos de los antecedentes de esta reforma, que se incluyeron en sus consideraciones:

7. Que mediante oficio n.º 20176630680762 de fecha 19 de diciembre de 2017 suscrito por el Gerente del contrato n.º SGR-053-2015 (FONADE 215050) por parte de FONADE, solicitó prorrogar y adicionar el contrato en los términos aprobados por el comité del proyecto y comité de negocios de FONADE.
8. Que mediante memorando n.º GCSGR 20174120192063 del 26 de diciembre de 2017, el cual hace parte integral del presente Otrosí, [...], Coordinador del Grupo

de Coordinación del Sistema General de Regalías (SGR), en calidad de supervisor del Contrato Interadministrativo [...] solicita la adición y prórroga del contrato [...], manifestando que realizó un análisis sobre la viabilidad jurídica y el beneficio de realizar la prórroga así:

"(...)

El contrato No. SGR- 053 de 2015 fue suscrito precisamente para cumplir con el mandato contenido en el acuerdo No. 29 de la Comisión Rectora del SGR, subrogado por el actual acuerdo único, con la continuación de la ejecución del contrato el DNP podría entregar mayor número de proyectos estructurados integralmente a las entidades territoriales, cumpliendo con las expectativas de la Comisión Rectora y con los mandatos contenidos en los artículos 11 y parágrafo 2° del artículo 34 de la Ley 1530 de 2012, de apoyar el fortalecimiento de las secretarías de planeación municipales, con el fin de incrementar su capacidad institucional para la formulación de proyectos al SGR. No debe perderse de vista que ese es uno de los principales objetivos perseguidos por el contrato, ya que no solo se trata de administrar los recursos de funcionamiento del GCSGR, sino de brindar asistencia técnica a las entidades territoriales en estructuración de proyectos a través de la metodología "aprender haciendo".

De manera adicional, si bien DNP ya entregó el noventa por ciento (90%) de su aporte, de conformidad con el parágrafo 3° de la cláusula tercera del contrato, los recursos no ejecutados por FONADE deben ser devueltos en su totalidad, de manera que en caso de continuar ejecutando el contrato en comento, se asegura mayor inversión de los recursos de funcionamiento para el cumplimiento de los prescritos mencionados [sic] de la ley 1530 de 2012'.

De esta manera, recibir el servicio de gerencia integral de proyectos durante el primer semestre del año 2018, permitiría culminar adecuadamente con la ejecución del programa que el DNP puso en marcha desde el año 2015 y que tiene por objeto fortalecer las capacidades instaladas de las entidades territoriales para estructurar proyectos de inversión, formulando técnica, legal y financieramente proyectos [...] en conjunto con estas, a través de un vehículo especializado como FONADE. [...][Se subraya].

Como se observa, uno de los propósitos con el que se efectuó esta modificación al contrato fue el de poder entregar a las entidades territoriales una mayor cantidad de proyectos de inversión estructurados integralmente (para su posterior presentación ante el OCAD competente), utilizando los recursos que aún se encontraban disponibles del contrato, con el fin de avanzar en la ejecución del programa de fortalecimiento a las capacidades de planeación de las entidades territoriales, asignado por la Comisión Rectora del SGR al DNP.

Asimismo, es importante aclarar que los antecedentes de este otrosí, especialmente, las actas del Comité Técnico Operativo⁶⁰, del Comité Directivo⁶¹ y del Comité de Negocios de Fonade (ENTerritorio)⁶², correspondientes a las reuniones en las que se discutió, acordó y aprobó esta modificación al contrato interadministrativo, permiten establecer que, de un conjunto de 28 proyectos, frente a los cuales ENTerritorio se comprometió a entregar un cronograma al DNP, en la semana siguiente a la firma del otrosí, para su aprobación por este organismo, estaban incluidos los dieciséis proyectos específicamente mencionados en dicho documento.

Esta obligación fue cumplida por ENTerritorio, con el oficio 20182300011281 del 18 de enero de 2018, enviada por la gerente de unidad del área de Desarrollo Económico y Social de esta entidad al coordinador del Grupo de Coordinación del SGR del DNP y supervisor del contrato interadministrativo, en el cual se incluyó el referido cronograma. En este, ENTerritorio indicó las siguientes fechas para la entrega, en fase de factibilidad, de los seis proyectos objeto de esta consulta:

1. Plaza de mercado de Montería: **28 de febrero de 2018**
2. Infraestructura educativa provincia de Ocaña: **30 de abril de 2018**
3. Hospital de Inírida: **15 de marzo de 2018**
4. *Cicloinfraestructura* de San José del Guaviare: **30 de abril de 2018**
5. Acueductos y alcantarillados del Catatumbo: **15 de abril de 2018**
6. Vía Cabuyaro – puente El Humea (Puerto López): **30 de abril de 2018**

En las actas antes mencionadas del Comité Técnico Operativo y del Comité Directivo, se dejó constancia sobre las razones por las cuales la entrega de varios proyectos, en fase de factibilidad, no había podido realizarse dentro del plazo acordado en el otrosí n.º 3, y por las que se solicitaba una nueva prórroga del plazo del contrato. En general, se indicó que algunos proyectos presentaban atrasos por la demora en la entrega de información o conceptos técnicos por parte de terceros (nueve proyectos)⁶³; otros se habían retrasado por incumplimientos atribuibles al consultor y/o a la interventoría contratados por ENTerritorio (trece proyectos)⁶⁴;

⁶⁰ Actas números 19, 20 y 21, del 15, el 22 y el 28 de noviembre de 2017, respectivamente.

⁶¹ Actas números 15, 16, 17 y 18, del 15 de noviembre, el 22 de noviembre, el 28 de noviembre y el 11 de diciembre de 2017, respectivamente.

⁶² Acta número 51, del 6 de diciembre de 2017.

⁶³ En esta situación se encontraban, entre otros, los proyectos del hospital de Inírida, de la vía Cabuyaro – puente El Humea (municipio de Puerto López) y de la *cicloinfraestructura* de San José del Guaviare.

⁶⁴ Entre estos, los proyectos de mejoramiento de los acueductos y alcantarillados de la región del Catatumbo, de infraestructura educativa de la provincia de Ocaña, de la vía Cabuyaro – puente El Humea (Puerto López) y del Hospital de Inírida.

otros se encontraban demorados por retrasos y dificultades en la selección del contratista estructurador (dos proyectos); un proyecto necesitaba más tiempo para que se subsanaran y aprobaran los productos entregados⁶⁵, y, finalmente, en tres casos, los proyectos no podían ser entregados en la etapa de factibilidad, porque se había llegado a la conclusión de que no eran viables, durante la etapa de prefactibilidad⁶⁶.

Por otro lado, es relevante mencionar que el 15 de enero de 2018, es decir, cuatro días después de la suscripción de este otrosí, ENTerritorio y la sociedad ING Ingeniería S.A.S. suscribieron un documento que contiene la prórroga n.º 2 y la modificación n.º 6 al contrato de interventoría 2170750, suscrito entre las mismas partes.

En virtud de la cláusula primera de dicho acuerdo modificatorio, se prorrogó el plazo del contrato de interventoría, hasta el 15 de abril de 2018, y se incluyó el siguiente párrafo, en esa cláusula:

PARÁGRAFO: La presente prórroga se firma por parte del CONTRATISTA INTERVENTOR con pleno conocimiento de los compromisos contractuales asumidos por FONADE dentro del Otrosí Nro. 4 del Contrato Interadministrativo de Gerencia de Proyectos No. 215050 [...] En consecuencia, el CONTRATISTA INTERVENTOR se obliga con la suscripción de la presente prórroga a realizar todas las actividades de seguimiento, control, revisión y aprobación de los productos derivados de cada uno de los proyectos [...] de conformidad con los plazos de los contratos de los contratos de consultoría y los cronogramas aprobados por la interventoría.

En consecuencia, el CONTRATISTA INTERVENTOR acepta y asume con la suscripción de la presente prórroga los riesgos operativos, administrativos, financieros y jurídicos derivados del presente párrafo, y de acuerdo con los cronogramas analizados y avalados con la solicitud de prórroga de cada una de las consultorías objeto de interventoría [...] [Se subraya].

A pesar de lo anterior, al suscribir este documento, la representante legal de la firma interventora dejó la siguiente nota manuscrita:

No obstante, el compromiso adquirido por Fonade mediante el Otrosí n.º 4 del convenio interadministrativo suscrito con DNP, manifestamos que esta Interventoría no acepta la asunción de un riesgo que está en cabeza de un tercero, como sería en este caso un Consultor, Fonade o cualquier otro actor. [sic] del proyecto y por tanto no renunciamos a nuestro derecho a cobrar la remuneración pactada como retribución a nuestros servicios de acompañamiento, revisión y aprobación de los proyectos [o productos].

⁶⁵ El de la plaza de mercado de Montería.

⁶⁶ En esta situación, no se encontraba ninguno de los proyectos objeto de esta consulta.

De llegar el plazo límite y no tener los productos aprobados por causas no imputables a nosotros, nos reservamos el derecho de acudir a la Jurisdicción para reclamar las acreencias que se nos adeuden. [Énfasis añadido].

Como se infiere de este documento, tanto ENTerritorio como la interventoría y, probablemente, los consultores, eran plenamente conscientes de las implicaciones jurídicas que traía la suscripción del otrosí n.º 4 al contrato interadministrativo, por parte del DNP y ENTerritorio, especialmente en cuanto al alcance de las obligaciones asumidas por este último y a la responsabilidad consiguiente. Esto obedecía, principalmente, al compromiso de entregar un paquete de proyectos estructurados integralmente, en fase de factibilidad, dentro de un plazo fijo y breve, y a los riesgos derivados de las gestiones que debían realizar terceros para hacer posible la entrega de los productos, debidamente terminados, en la fecha acordada.

d) Otrosí n.º 5, suscrito el 30 de abril de 2018⁶⁷

Con este documento, se modificó la cláusula undécima (*plazo de ejecución*), en el sentido de modificar el parágrafo tercero, para sustituir el proyecto n.º 15 (*Infraestructura educativa provincia de Ocaña y sur del Cesar*), por el proyecto denominado *Mejoramiento de la cadena de comercialización de los productos cárnicos aptos para el consumo humano Fundación – Magdalena*, en la lista de los dieciséis proyectos que Fonade se obligó a entregar, estructurados integralmente, a más tardar, el 30 de abril de 2018.

Es importante resaltar que, aun cuando dicho otrosí se suscribió, al parecer, el 30 de abril de 2018, según lo que se deduce de algunos documentos posteriores, el plazo del 30 de abril, para la entrega de los proyectos mencionados, estipulado en el parágrafo tercero de la cláusula décima primera (adicionado en el otrosí n.º 4), no fue modificado por las partes.

En las consideraciones del otrosí n.º 5, se indica que ENTerritorio, mediante comunicación radicada con el n.º 2018630125422 del 7 de marzo de 2018, informó al DNP sobre el incumplimiento en que incurrió el consultor que había contratado para la estructuración del proyecto número 15 original (*Infraestructura educativa provincia de Ocaña y sur del Cesar*), quien solamente entregó los productos estipulados para la fase de prefactibilidad, pero no hizo entrega de los estudios y diseños pactados para la fase de factibilidad. Por la misma razón, ENTerritorio se vio obligada a declarar el siniestro amparado con la respectiva garantía de cumplimiento.

En esa medida, ENTerritorio planteó las siguientes alternativas, para solucionar este inconveniente: *i)* prorrogar de nuevo el plazo del contrato interadministrativo, con el

⁶⁷ La fecha de este otrosí se tomó de los datos que figuran en las consideraciones del Otrosí n.º 6, pues, en el documento que contiene el Otrosí n.º 5, no aparece.

fin de contratar una nueva firma consultora que terminara de estructurar el proyecto, en la fase de factibilidad y entrega final, o *ii*) sustituir el proyecto afectado con el incumplimiento, por otro proyecto de inversión que también hubiese sido priorizado por el DNP y entregado a ENTerritorio para su estructuración, en desarrollo de este componente del contrato.

Luego de solicitar explicaciones e información adicional a ENTerritorio sobre este asunto, el DNP decidió aceptar la segunda alternativa planteada por esa entidad, en el sentido de sustituir el proyecto n.º 15, previsto en el otrosí n.º 4, por otro, bajo el entendido de que, con este cambio, se mantenía el mismo número de proyectos que debían ser entregados por ENTerritorio, estructurados de manera integral, hasta el 30 de abril de 2018, y que no se afectaban los propósitos buscados con el contrato interadministrativo, en relación con este componente.

Así se puede leer en el memorando DSGR 20184120056443 del 26 de abril de 2018, que forma parte integral de este otrosí (cláusula cuarta) y fue transcrito parcialmente, en sus consideraciones:

[...] frente a la solicitud realizada por FONADE es necesario tener presente el objetivo específico que persigue el DNP con la ejecución del contrato en comento y las consideraciones contenidas textualmente en dicho documento y en el objeto contractual pactado por las partes:

[...]

De los textos citados, se concluye que el DNP persigue brindar asistencia técnica aplicada en estructuración de proyectos a las entidades territoriales, de manera que con la modificación solicitada por FONADE siempre que se obtenga la meta a través de los productos contractuales, no se afecta la finalidad del programa de fortalecimiento de capacidades a entidades territoriales.

[...] para la selección de municipios a ser beneficiados con el fortalecimiento a través de la estructuración de proyectos, el DNP realizó una priorización con base en criterios establecidos en el Sistema de Evaluación por Puntajes [...] en el cual se evalúa el impacto regional, concurrencia de fuentes y cierre de brechas. Así las cosas, se seleccionaron 61 proyectos [...] [que] fueron remitidos a Fonade para elaboración de perfil y definición de su continuidad en las otras fases de estructuración.

De esta manera, el proyecto "Mejoramiento de la cadena de comercialización de los productos cárnicos aptos para el consumo humano Fundación - Magdalena" fue priorizado por el DNP de acuerdo con el análisis de información suministrada por la Entidad Territorial en el cual se evidencia que el proyecto beneficia a 8 municipios del Magdalena, contribuye al cierre de brechas de la región y al enmarcarse en el Plan Departamental de Desarrollo del Magdalena, su realización contribuye en la "... construcción de una economía diversificada, innovadora e incluyente...". [...] Es así que después del análisis realizado por Fonade en la fase de perfil, se inició la estructuración del proyecto [...]

De los 61 proyectos priorizados por DNP, FONADE inició la estructuración de 28 [...] de los cuales en el otrosí No. 4, se estableció que FONADE debía entregar al DNP a más tardar el 30 de abril 2018, por lo menos dieciséis (16) proyectos estructurados integralmente en fase de factibilidad. No obstante, FONADE adicional a los proyectos comprometidos en el otrosí ya venía adelantando otros proyectos en fase de factibilidad previstos a ser entregados al 30 de abril, entre los que se encuentra el denominado "Mejoramiento de la cadena de comercialización de los productos cárnicos [...]", el cual fue propuesto por FONADE para reemplazar el proyecto de educación Catatumbo considerando que representa una gran oportunidad para lograr el desarrollo productivo del sector cárnico de la región [...]

Por último, es importante precisar que la modificación del proyecto denominado "Construcción y mejoramiento de infraestructura educativa en corregimientos de la provincia de Ocaña y sur del Cesar" por el proyecto "Mejoramiento de la cadena de comercialización de los productos cárnicos [...]" no afecta los **indicadores de seguimiento del Contrato Interadministrativo No.215050** establecidos en el Anexo Técnico, en especial los correspondientes a la inversión de proyectos estructurados y municipios con componente de fortalecimiento. [...]

Con base en todo lo anterior, y en procura de contar con el mismo número de proyectos entregados en fase de factibilidad (por lo menos 16 proyectos pactados en el Otrosí[sic] No. 4) dentro de la vigencia actual del convenio y teniendo en cuenta la decisión en sesión del Comité Directivo No. 21 del 25 abril de 2018, se recomienda y se solicita sustituir el proyecto No. 15 "Construcción y mejoramiento de infraestructura educativa en corregimientos de la provincia de Ocaña y sur del Cesar" por el proyecto "Mejoramiento de la cadena de comercialización de los productos cárnicos aptos para el consumo humano Fundación - Magdalena". [Negrillas en el original; subrayas añadidas].

Igualmente, en el oficio 20182300060311 del 7 de marzo de 2018, mediante el cual ENTerritorio le informó al DNP la situación que se había presentado con la estructuración del proyecto *Construcción y mejoramiento de infraestructura educativa en corregimientos de la provincia de Ocaña y sur del Cesar*, y le planteó dos alternativas para solucionar la demora ocasionada por el incumplimiento del contratista consultor, el gerente del contrato Interadministrativo (para este componente) manifestó lo siguiente:

Es decir, esta gerencia se permite concluir, muy respetuosamente, que la alternativa Nro. 2⁶⁸, propende de mejor manera por el cumplimiento de los objetivos del Contrato Interadministrativo [...], sin poner en riesgo las obligaciones contractuales de las partes de acuerdo con el Otrosí Nro. 4 del pasado 11 de enero de 2018 [negrillas en el original].

⁶⁸ Esta alternativa consistía en sustituir el proyecto n.º 15, mencionado en el otrosí 4, por otro proyecto que podía ser entregado por ENTerritorio, a más tardar, el 30 de abril de 2018, estructurado integralmente en fase de factibilidad.

Como se observa, en esta comunicación, ENTerritorio ratificó que, con la sustitución del proyecto número 15, indicado en el otrosí n.º 4, por otro proyecto que dicha entidad había estructurado y podía entregar, en fase de factibilidad, el 30 de abril de 2018, era posible cumplir las obligaciones contractuales asumidas por las partes en el citado otrosí 4, que implicaban, por parte de ENTerritorio, entregar al DNP dieciséis proyectos de inversión estructurados integralmente en la fase de factibilidad, dentro del plazo mencionado.

e) Otrosí n.º 6, suscrito el 29 de junio de 2018

Con este documento, se reformaron las siguientes cláusulas:

- Cláusula segunda (obligaciones de ENTerritorio), en el sentido de incorporar las siguientes obligaciones adicionales, a cargo de dicha entidad:

48. Entregar dentro de la semana siguiente a la suscripción de la sexta modificación del presente convenio para aprobación del DNP, un cronograma detallado sobre las actividades relacionadas con la estructuración de los proyectos para alcanzar la entrega a conformidad del DNP.

(...)

50. Tramitar y efectuar los pagos a los contratistas de la contratación derivada dentro de los 5 días hábiles siguientes a la radicación de las cuentas de cobro o documentos que hagan sus veces junto con los soportes requeridos.

51. Verificar que la contratación derivada del componente de apoyo operativo y logístico cumpla con los estándares definidos por el DNP, en materia de lucha anticorrupción y lo relacionado con el Sistema Integrado de Gestión (SIG).

52. Almacenar de manera segura la información, documentos y archivos físicos y digitales que se generen dentro de la ejecución del contrato definidos como confidenciales por el DNP [...]

53. Garantizar que FONADE contará con el siguiente equipo mínimo de gerencia, con dedicación exclusiva para la ejecución del presente contrato. Para surtir cualquier novedad respecto del equipo citado se deberá contar con el visto bueno por escrito del DNP.

a. Equipo técnico de marco metodológico y estructuración de Proyectos:

Equipo Básico: 1 Gerente, 3 supervisores, 1 abogado contractual, 1 abogado predial, 2 especialistas en sostenibilidad, 1 profesional de seguimiento.

Equipo Adicional: 4 profesionales

[...]

54. No comprometer los recursos aportados por el DNP, del componente de asistencia técnica aplicada y marco metodológico con posterioridad a la suscripción de la sexta modificación al presente contrato.

[...][Negrillas en el original; se subraya].

- Cláusula tercera (*obligaciones del DNP*), en el sentido de modificar la obligación relacionada con las sumas de dinero que el DNP debía entregar a ENTerritorio para la ejecución del contrato interadministrativo y la cuota de gerencia, en concordancia con la adición acordada en este otrosí.
- Cláusula quinta (Comité Técnico Operativo), en el sentido de adicionar las siguientes funciones a dicho Comité:
 - *Aprobar las necesidades de la contratación derivada del personal requerido para el cumplimiento de las actividades y objeto de la presente contratación de conformidad con los lineamientos, perfiles y criterios definidos por el DNP.*
 - *Aprobar la recomposición de los gastos internos de conformidad con el Manual Operativo del contrato.*
- Cláusula sexta (*valor total del contrato*), en el sentido de adicionar el valor del contrato interadministrativo, para el componente de apoyo operativo y logístico al Grupo de Coordinación del SGR, y la respectiva cuota de gerencia, en la suma de \$6.291.549.324, para un nuevo valor total del contrato de \$100.839.229.957.
- Cláusula séptima (*discriminación del valor de los recursos del contrato*), para señalar la distribución de los recursos adicionados, entre los diferentes componentes del contrato.
- Cláusula décima primera (*plazo de ejecución*), en el sentido de prorrogar dicho plazo hasta el 31 de diciembre de 2018, y estipular que ENTerritorio debía entregar un cronograma detallado sobre las actividades pendientes relacionadas con la estructuración de proyectos, dentro de la semana siguiente a la suscripción de este otrosí.
- Cláusula décima segunda (*mecanismos de cobertura del riesgo*), para modificar el monto y la vigencia de las coberturas incluidas en la garantía de cumplimiento.
- Adicionalmente, se modificó el producto n.º 11 del Anexo Técnico, en los siguientes términos:

	Etapa Factibilidad	3: Los tiempos de los productos de pre inversión, son referencia para cada proyecto que participa en la estructuración según su complejidad.
--	---------------------------	---

<p>Producto 11</p>	<p>Presentación final del proyecto estructurado</p> <p>Plazo de entrega 15 días, una vez aprobado por interventoría</p>	<p><i>Presentación detallada y ejecutiva en formato PPT del proyecto en factibilidad, que brevemente exponga los aspectos relevantes del mismo y permita la socialización ante los actores interesados.</i></p> <p>Formulación del proyecto: <i>con base en los estudios de factibilidad se presentará la formulación del proyecto para presentar a las fuentes de financiación que corresponda y bajo la normatividad aplicable a cada una de ellas. Esta formulación incluirá el uso de la Metodología General Ajustada garantizando que de ser viables y factibles pueden ser ingresados en la plataforma de inversión pública de acuerdo con los lineamientos y manuales vigentes del Departamento Nacional de Planeación.</i></p> <p><i>Los proyectos que se estructurarán a través de este contrato podrán tener diferentes fuentes de financiación [...], sin embargo, en todos los casos tendrá como fuente obligatoria recursos del SGR.</i></p> <p><i>Una vez se adelante la presentación ejecutiva del proyecto en factibilidad, una vez el DNP apruebe el informe de factibilidad del proyecto, se adelantará la entrega oficial del proyecto al DNP y al ente territorial mediante la suscripción del acta.</i></p> <p><i>Agotado el trámite anterior, en el evento en que la entidad territorial no suscriba el acta de entrega del proyecto, se deberá dejar constancia de tal situación en el acta suscrita por DNP y FONADE, evento en el cual FONADE remitirá el (los) proyecto(s) al ente territorial mediante correo certificado, con lo cual se entenderá cumplido dicho requisito.</i></p> <p><i>Lo anterior, sin perjuicio de que en el “evento de balance y presentación de resultados del programa” se reitere la solicitud de recibo del (los) proyecto(s) al ente territorial.</i></p>
------------------------	--	--

Al revisar los antecedentes de este otrosí, se destacan los siguientes hechos:

- Mediante la comunicación 20181000177791 del 26 de junio de 2018, ENTerritorio solicitó al DNP que se hiciera una nueva modificación al contrato, en el sentido de prorrogarlo y adicionarlo, para el componente de apoyo operativo y logístico.
- Se indicó que, de los 16 proyectos que ENTerritorio entregó, en fase de factibilidad, el 30 de abril de 2018, o antes, para cumplir el compromiso adquirido en el otrosí n.º 4, uno había sido aceptado por el DNP y 15 fueron devueltos por dicho organismo, con observaciones, para que ENTerritorio hiciera las correcciones y los ajustes correspondientes.

- Este asunto fue discutido en el Comité de Negocios de Fonade (ahora ENTerritorio), celebrado el 27 de junio de 2018, en el cual se manifestó que el componente de asistencia técnica aplicada llevaba un avance del 90%. En la misma reunión, se solicitó enviar una comunicación al DNP, para solicitarle evaluar la posibilidad de hacer una *liquidación parcial* del contrato interadministrativo, con el fin de que ENTerritorio pudiese devolver al DNP «Recursos no Ejecutados por valor de \$3.303.663.733 correspondientes al rubro de Fortalecimiento, Estructuración de Proyectos y [...] Marco metodológico y transferencia de conocimiento».
- Con base en la solicitud de ENTerritorio, la directora (e) del SGR y una asesora de la Subdirección General Territorial del DNP enviaron el memorando 20184120096553 del 28 de junio de 2018, al director general de ese organismo, en el cual recomendaron autorizar la modificación del contrato solicitada por ENTerritorio.

A este respecto, manifestaron que, de los diecinueve proyectos que ENTerritorio entregó, en fase de factibilidad, hasta el 30 de abril de 2018, dieciocho presentaron observaciones, por parte del DNP, que requerían ser atendidas y subsanadas por ENTerritorio, para poderlos recibir a satisfacción.

Al respecto, se incluyó un cuadro, en el que se mencionaban específicamente las actividades y gestiones que ENTerritorio se había comprometido a efectuar y estaba realizando, en ese momento, para atender las observaciones formuladas por el DNP, con respecto a cada proyecto.

Igualmente, se informó que ENTerritorio había presentado un *plan de choque*, en las reuniones de los Comités Técnico Operativo y Directivo realizadas el 25 y el 26 de junio de 2018, con el fin de adoptar las medidas correctivas necesarias para cumplir satisfactoriamente con las obligaciones a su cargo.

Asimismo, se consideró que sería importante modificar la matriz de riesgos del contrato, para adecuarla a los riesgos presentados durante la ejecución del contrato y facilitar su gestión, durante el tiempo que faltaba.

Finalmente, se recomendó aceptar la solicitud de modificación contractual presentada por ENTerritorio, bajo las siguientes condiciones: *i)* la prórroga debía ser hasta el 31 de diciembre de 2018, teniendo en cuenta los tiempos necesarios para cumplir con la entrega de los productos, en fase de factibilidad, y su revisión, por parte del DNP; *ii)* ENTerritorio no debería comprometer recursos asignados a este componente del contrato, después de la firma del otrosí; *iii)* ENTerritorio

debería entregar, por lo menos, 11 proyectos, «a conformidad del DNP», a más tardar, en septiembre de 2018; *iv*) debería ajustarse la matriz de riesgos del contrato, e incluirse dicha modificación como un anexo del otrosí; *v*) ENTerritorio debería entregar, dentro de la semana siguiente a la firma del otrosí, un cronograma con las actividades pendientes de los proyectos, y *vi*) ENTerritorio se comprometería a garantizar un determinado equipo mínimo de dedicación exclusiva, para el componente de asistencia técnica, en lo que restaba del contrato.

- El mismo asunto fue tratado en el Comité de Contratación del DNP realizado el 28 de junio de 2018, en el cual se estimó que el componente de asistencia técnica para la estructuración de proyectos llevaba un avance del 91%, por lo que era mejor realizar una nueva prórroga al contrato vigente, que celebrar un nuevo contrato, para este propósito. Asimismo, se advirtió que el supervisor del contrato interadministrativo, para este componente, ya había advertido sobre posibles incumplimientos de ENTerritorio, sin que se hubieran adoptado los correctivos necesarios. Igualmente, se recomendó modificar la matriz de riesgos del contrato, para prever y administrar los nuevos riesgos que podían presentarse durante la ejecución del contrato, hasta su terminación.

f) Otrosí n.º 7, suscrito el 27 de diciembre de 2018

Con este documento, se modificaron las siguientes cláusulas:

- Cláusula sexta (*valor total del contrato*), en el sentido de adicionarlo en la suma de \$6.191.940.092, para un nuevo valor total de \$107.031.170.049.
- Cláusula séptima (*discriminación del valor de los recursos del contrato*), en el sentido de señalar la distribución de los recursos adicionados, los cuales se destinaron exclusivamente al componente de apoyo operativo y logístico a la Dirección del Sistema General de Regalías (antes, Grupo de Coordinación del SGR), incluyendo la respectiva *cuota de gerencia*).
- Cláusula décima primera (*plazo de ejecución*), en el sentido de prorrogarlo hasta el **30 de junio de 2019** (término final).
- Cláusula décima segunda (*mecanismos de cobertura del riesgo*), para modificar el valor y la vigencia de las coberturas incluidas en la garantía de cumplimiento.

Al revisar los antecedentes de este otrosí, merece la pena destacar lo siguiente:

- Con el oficio 20184500703031 del 5 de diciembre de 2018, el director del SGR y una asesora de la Subdirección General Territorial del DNP le solicitaron al gerente y a otros funcionarios de ENTerritorio *viabilizar* una nueva modificación del Contrato, para adicionar su valor y prorrogar, de nuevo, el plazo de ejecución acordado, principalmente para continuar con el apoyo operativo y logístico a la Dirección del Sistema General de Regalías, y garantizar, de esta forma, el funcionamiento de dicha dependencia y el cumplimiento de la misión encomendada por la Comisión Rectora del SGR, en relación con el fortalecimiento de las secretarías de planeación de las entidades territoriales y de las secretarías técnicas de los OCAD.
- En cuanto al componente de estructuración de proyectos, se afirmó, en dicha comunicación, que el 21 de noviembre de 2018 se efectuó una reunión de seguimiento con ENTerritorio, en la que dicha entidad se comprometió a entregar los ajustes solicitados por el DNP en relación con veinte proyectos estructurados en fase de factibilidad⁶⁹, dentro del plazo del contrato interadministrativo que estaba vigente en ese momento (31 de diciembre de 2018).
- Con respecto al apoyo operativo y logístico a la Dirección del SGR, se manifestó que la ejecución de este componente había sido exitosa, «por lo que se puede decir que FONADE ha cumplido en debida forma y en términos satisfactorios con las obligaciones que le asisten», en lo atinente a esta parte del contrato.
- Asimismo, dentro de las condiciones que se recomendó para la prórroga, estaban: *i)* establecer plazos para la revisión de los proyectos que se encontraban en etapa de ajustes, y *ii)* actualizar la matriz de riesgos del contrato, teniendo en cuenta los riesgos identificados, hasta ese momento, durante la ejecución del contrato.
- Estos mismos análisis, diagnóstico y recomendaciones aparecen incluidos en el memorando DSGR- 20184600201523 del 5 de diciembre de 2018, enviado por el director del SGR y una asesora del DNP a la directora general de ese organismo, para solicitar que se le diera viabilidad a esta modificación contractual.
- Mediante la comunicación DSGR- 20184600738111 del 21 de diciembre de 2018, el DNP le confirmó a ENTerritorio los términos esenciales en los que solicitaba modificar el contrato interadministrativo, a saber: *i)* prorrogar el plazo de ejecución, hasta el 30 de junio de 2019, y *ii)* adicionar el contrato, en la suma de

⁶⁹ Es importante precisar que, dentro de estos veinte proyectos, se encontraban cinco de los seis proyectos objeto de la consulta. No estaba incluido el de mejoramiento de la infraestructura educativa de la provincia del Catatumbo.

\$6.191 millones, para el componente de apoyo operativo y logístico a la Dirección del SGR (incluida la cuota de gerencia respectiva).

- Con el memorando 20184600214983 del 24 de diciembre de 2018, el director del SGR y la supervisora del Contrato Interadministrativo, en el componente de estructuración de proyectos, le solicitaron a la directora general de ese organismo autorizar la prórroga del contrato, en los mismos términos y por las mismas razones señaladas en las comunicaciones del 5 de diciembre del mismo año, antes citadas.

Sin embargo, vale la pena resaltar que, en este memorando, se afirmó que, después de la reunión de seguimiento sostenida con ENTerritorio el 21 de noviembre de 2018, dicha entidad remitió la comunicación n.º 20186630651632 del 23 de noviembre de 2018, en la que se comprometió a entregar un grupo de proyectos determinados en etapa de factibilidad, debidamente subsanados, conforme a las observaciones formuladas por el DNP, en unas fechas específicas. Dentro de este paquete, estaban incluidos cinco de los seis proyectos a los cuales se refiere la consulta, para los cuales ENTerritorio propuso las siguientes fechas de entrega:

- a- Plaza de mercado de Montería: **30 de noviembre de 2018**;
 - b- Hospital de Inírida: **28 de diciembre de 2018**;
 - c- Acueductos y alcantarillados del Catatumbo: **14 de diciembre de 2018**;
 - d- *Cicloinfraestructura* de San José del Guaviare: **28 de diciembre de 2018**, y
 - e- Vía Cabuyaro – puente El Humea: *i)* componente técnico: 30 de noviembre de 2018, y *ii)* componente predial: **17 de diciembre de 2018**.
- Con el memorando DSGR- 20184600215530 del 26 de diciembre de 2018, enviado por el director del SGR y una asesora del DNP a la directora general de ese organismo, con copia a la señora Rosa Elena Espitia, de ENTerritorio, se solicitó tramitar la modificación del contrato, en los términos previamente señalados. De este documento, importa mencionar que, frente al componente de estructuración de proyectos, se recomendaron las siguientes condiciones:
 - a- Plazo para la entrega definitiva «de los 19 proyectos estructurados»: 31 de diciembre de 2018, teniendo en cuenta los tiempos necesarios para cumplir con la entrega de los proyectos en fase de factibilidad, por parte de ENTerritorio, y su revisión, por el DNP.
 - b- El DNP haría la revisión y recibo a satisfacción de cada una de las estructuraciones desarrolladas por ENTerritorio.

- c- ENTerritorio debía realizar las actividades que hacían falta para la culminación de los productos 18 y 19, previstos en el Manual Operativo y en el Anexo Técnico.
- Vale la pena señalar que los memorandos y oficios citados anteriormente (salvo la comunicación de ENTerritorio n.º 20186630651632 del 23 de noviembre de 2018) se incorporaron expresamente como documentos anexos al otrosí 7, tal como puede leerse en la consideración número 11 y en la cláusula séptima del referido documento modificatorio.
 - Por otra parte, es importante mencionar que, según lo informado en los escritos mencionados, la celebración del otrosí núm. 7 fue autorizada por el Comité Directivo del Contrato, en su sesión del 29 de noviembre de 2018 (acta 23); el Comité de Contratación del DNP, en su reunión de la misma fecha, y el Comité de Negocios de ENTerritorio, en su sesión del 12 de diciembre de 2018 (acta 49).
 - Finalmente, es pertinente señalar que, en la sesión del 29 de noviembre de 2018 del Comité de Contratación del DNP, se discutió abiertamente si existía, en ese momento, un incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por ENTerritorio, en relación con el componente de estructuración de proyectos, y se indicó que, en la prórroga anterior (otrosí 6), esta entidad se había comprometido a entregar, en el mes de septiembre de 2018, once proyectos subsanados, de los que solo se habían recibido nueve.

5. Conclusiones generales sobre este capítulo

Luego de revisar de manera sistemática y armoniosa los principales antecedentes del contrato interadministrativo SGR-053/215050 de 2015, suscrito entre el DNP y Fonade (ENTerritorio); las cláusulas de dicho documento; sus principales anexos (Manual Operativo y Anexo Técnico); las modificaciones contractuales celebradas y sus antecedentes, especialmente, las contenidas en los otrosíes 4, 5, 6 y 7, la Sala extrae las siguientes conclusiones generales:

- a) El contrato interadministrativo se celebró con el objeto principal de encargar a ENTerritorio la gerencia integral del programa de fortalecimiento a la capacidad de planeación de las entidades territoriales para la estructuración y formulación de proyectos de inversión que pretendan financiarse (total o parcialmente) con recursos del Sistema General de Regalías (regalías y compensaciones). Dicho programa, y la administración de los recursos públicos necesarios para su ejecución, está en cabeza del Departamento Nacional de Planeación, conforme a la atribución que le hizo la Comisión Rectora del SGR.

- b)** Con dicho programa y la celebración del contrato interadministrativo, se buscaba, principalmente, mejorar y fortalecer la capacidad de las entidades territoriales para postular, estructurar, presentar y ejecutar proyectos de inversión financiados (total o parcialmente) con recursos del SGR, en forma viable, es decir, cumpliendo con los criterios y las normas jurídicas y técnicas establecidas para la utilización de los recursos de dicho Sistema, tanto por el Legislador como por el Gobierno nacional y la Comisión Rectora, de manera tal que exista una alta probabilidad de que los respectivos proyectos sean aprobados por los órganos colegiados de administración y decisión (OCAD) o las demás autoridades competentes, y los recursos asignados a los entes territoriales, dentro del SGR, sean efectiva y adecuadamente invertidos.
- c)** En este contexto y para dicha finalidad, se incluyeron, en el objeto contractual, tres componentes principales (según se deduce de sus antecedentes y de los anexos), a saber: *i)* asistencia técnica aplicada para el fortalecimiento de la capacidad de planeación de las entidades territoriales en el ciclo de preinversión de proyectos (estructuración de proyectos); *ii)* elaboración de un marco metodológico y transferencia de conocimientos, y *iii)* apoyo operativo y logístico para el Grupo de Coordinación del Sistema General de Regalías (posteriormente, denominado Dirección del Sistema General de Regalías).
- d)** Solamente con respecto al primer componente (estructuración de proyectos) y, dentro de este, a seis proyectos o subproyectos específicos, es que se presentaron las controversias o diferencias contractuales entre las dos partes, que fueron sometidas a consideración de la Sala, en la presente consulta.
- e)** En lo que atañe a la ejecución de dicho componente, es importante manifestar que, en el contrato interadministrativo, tanto ENTerritorio como el DNP adquirieron determinadas obligaciones. Asimismo, se requería la asunción de obligaciones y compromisos por parte de las entidades territoriales que postularon originalmente los proyectos ante el DNP. De esta forma, la realización exitosa de este componente exigía la coordinación y colaboración permanentes y estrechas entre ENTerritorio, el DNP y las entidades territoriales.
- f)** Ahora bien, en lo que concierne particularmente a las obligaciones de ENTerritorio, en relación con este componente, aquellas se encuentran previstas, principalmente, en la cláusula segunda del contrato. No obstante, algunas otras, así como el alcance de aquellas obligaciones previstas expresamente en la citada cláusula, en cuanto a su extensión, forma de cumplimiento, condiciones técnicas y la oportunidad para su solución o pago, se encuentran estipulados en otros documentos que fueron incorporados al contrato, por voluntad de las partes, especialmente, la propuesta entregada por ENTerritorio, el Anexo Técnico y el Manual Operativo. En consecuencia, es

necesario remitirse a dichos documentos, así como a las normas aplicables, para establecer si una determinada obligación o un conjunto de obligaciones fue ejecutado en forma completa, adecuada y oportuna.

- g)** Tales prestaciones corresponden principalmente a obligaciones de resultado, pues se referían a la entrega de determinados «productos», por parte de ENTerritorio, en unas condiciones específicas y en un término establecido. Dichos productos consistían en determinados documentos técnicos, financieros y/o jurídicos relacionados con la estructuración de los proyectos (informes, estudios de viabilidad o de alternativas, planos, diseños, proyectos de pliegos de condiciones, minutas de contratos, etc.). Se aclara que los plazos previstos para la entrega de algunos productos dependían, originalmente, de la fecha de entrega de los productos precedentes y de la revisión y aprobación de estos, por parte del DNP (en ciertos casos), así como de la dimensión y complejidad de cada proyecto (según lo informara ENTerritorio al DNP).
- h)** Según lo pactado en dichos documentos, en armonía con lo dispuesto en las normas aplicables, especialmente, en el Decreto 1082 de 2015 y el Acuerdo Único del Sistema General de Regalías, adoptado por la Comisión Rectora, la estructuración completa de estos proyectos de inversión debía efectuarse en cuatro etapas principales: *i)* perfil, *ii)* prefactibilidad, *iii)* factibilidad y *iv)* entrega definitiva del proyecto (que incluía los documentos necesarios para que la entidad territorial solicitara la aprobación del proyecto ante el OCAD y, luego, contratara su ejecución). En cada una de estas etapas, era necesario evaluar la viabilidad del proyecto, a la luz de las normas que regulan el SGR, para pasar a la etapa siguiente.
- i)** Lo anterior implicaba que no todos los proyectos que fueron encomendados por el DNP a ENTerritorio, durante la ejecución del contrato, para su correspondiente estructuración, debían culminar necesariamente con la entrega definitiva del proyecto, en fase de factibilidad, pues, en la medida en que tales proyectos surgieron de ideas planteadas originalmente por las entidades territoriales, para satisfacer determinada necesidad, y que fueron considerados viables, en principio, por el DNP, con base en la información preliminar suministrada por el respectivo ente territorial, podían ser considerados *inviables* en el decurso de la estructuración. De esta manera, algunos de dichos proyectos podían ser entregados en forma definitiva, luego de superar la etapa de factibilidad; otros podían llegar solo hasta la etapa de prefactibilidad, y unos últimos, incluso, apenas podían llegar hasta la formulación del perfil.
- j)** A pesar de lo anterior, en el otrosí n.º 4 del 11 de enero de 2018, ENTerritorio se obligó frente al DNP a entregar un grupo de dieciséis proyectos determinados, «estructurados integralmente en fase de factibilidad», «a más

tardar el 30 de abril de 2018», es decir, en un plazo cierto. Es necesario aclarar que, dentro de este conjunto de proyectos, se encuentran los seis a los que se refiere específicamente la consulta. Este plazo fue ratificado expresamente en el otrosí n° 5 del 30 de abril de 2018.

- k) En el mismo acuerdo modificatorio, además, se sustituyó uno de los proyectos concernidos (el identificado con el número 15: *infraestructura educativa de la provincia de Ocaña y sur del Cesar*), por otro (*mejoramiento de la cadena de comercialización de los productos cárnicos aptos para el consumo Humano, en Fundación, Magdalena*). Por lo tanto, es claro que, frente a dicho proyecto, las partes liberaron a ENTerritorio de su obligación de entregarlo, estructurado integralmente en fase de factibilidad, dentro del plazo acordado (30 de abril de 2018). Sin embargo, ENTerritorio mantenía, en relación con la estructuración del citado proyecto, las demás obligaciones y derechos pactados en el contrato interadministrativo.
- l) La suscripción de los otrosíes 4 y 5 tiene una importancia fundamental en el análisis jurídico de la controversia suscitada entre las partes, particularmente en cuanto a la naturaleza y el alcance de las obligaciones asumidas por ENTerritorio, en relación con el componente de asistencia técnica para la estructuración de proyectos, así como en la determinación del incumplimiento parcial, que alega el DNP, por cuanto dichos acuerdos modificatorios implicaron:
- 1- Ratificar y fortalecer el carácter *de resultado* de la obligación asumida por ENTerritorio, con respecto a la entrega de los productos asociados a cada proyecto, pues, con estos otrosíes, ENTerritorio ya no estaba obligaba solamente a entregar los productos estipulados para cada fase del ciclo de preinversión de cada proyecto, según lo permitieran sus condiciones de viabilidad, en cada etapa (como se había acordado, originalmente, en el contrato), sino que, a partir de ese momento, se obligaba a entregar un determinado grupo de proyectos estructurados integralmente en fase de factibilidad, es decir, llevándolos hasta la etapa final de la estructuración, en una fecha cierta (30 de abril de 2018).
 - 2- Lo anterior conllevó, naturalmente, para ENTerritorio, asumir, en forma voluntaria, un mayor alcance de dicha obligación y, en consecuencia, un grado más alto de responsabilidad.
 - 3- Adicionalmente, en la medida en que la viabilidad de tales proyectos dependía, parcialmente, de actividades que debían realizar terceros (municipios, departamentos y ministerios, principalmente), y que, en la fecha de suscripción de las referidas modificaciones contractuales (11 de enero y 30 de abril de 2018, respectivamente), ENTerritorio ya conocía claramente o debía conocer (dada su calidad de experto, el conocimiento

que tenía de cada proyecto y las obligaciones contractuales asumidas) la necesidad de realizar o culminar exitosamente tales gestiones, así como las dificultades que, hasta ese momento, se venían presentando (desde hacía meses o años) en varios de dichos proyectos, la Sala no puede sino concluir que ENTerritorio asumió voluntariamente, pero de forma imprudente (y, por lo tanto, culposa), dicho riesgo, es decir, el proveniente de las tareas que los terceros debían acometer.

- 4- Debido a la razón indicada en el numeral anterior; a que también se presentaron incumplimientos de otras obligaciones de ENTerritorio, y a que algunos de los hechos que se dicen imputables a terceros ocurrieron cuando ya ENTerritorio estaba en mora de cumplir sus obligaciones, como se demostrará en el análisis correspondiente a cada proyecto o subproyecto, en particular, la Sala considera que dicha entidad no puede pretender exonerarse de su responsabilidad por el incumplimiento de la citada obligación de resultado, con base en las conductas u omisiones en las que hayan incurrido esos terceros, pues aquellas no pueden ser calificadas, en este caso particular, como el «hecho exclusivo de un tercero», ni como un caso fortuito o fuerza mayor, según lo que se ha explicado previamente sobre tales conceptos.
- m) Tal como se desprende de los documentos que conforman el expediente de la consulta, ENTerritorio entregó, efectivamente, al DNP, antes del 30 de abril de 2018, o en esa fecha, los dieciséis proyectos indicados en el otrosí n.º 5, estructurados, aparentemente, en fase de factibilidad, junto con otros proyectos incluidos en el contrato. No obstante, luego de revisar los veinte proyectos entregados, el DNP solamente recibió uno, en forma definitiva, y devolvió los diecinueve restantes, con observaciones de diferente tipo, para que fueran corregidos, completados o subsanados por ENTerritorio, y entregados de nuevo.
- n) En el otrosí n.º 6 del 29 de junio de 2018, se acordó la entrega y aprobación de un cronograma, en el que debían incluirse las actividades pendientes, en relación con la estructuración y entrega de proyectos, así como las fechas correspondientes, teniendo en cuenta el nuevo plazo de ejecución del contrato, que se estipuló en ese otrosí (31 de diciembre de 2018).
- o) Por su parte, en el otrosí 7, si bien se extendió de nuevo el plazo de ejecución del contrato interadministrativo (hasta el 30 de junio de 2019), se aclaró que dicha prórroga era para continuar ejecutando el componente de apoyo operativo y logístico a la Dirección del SGR, y se dejó constancia de que los proyectos que aún estaban pendientes de subsanación y entrega, por parte de

ENTerritorio, para su revisión y aprobación por el DNP, debían entregarse, en todo caso, antes del 31 de diciembre de 2018.

- p) Dado lo anterior, con el fin de establecer, en principio, si hubo o no un incumplimiento de ENTerritorio en relación con la entrega de los cinco proyectos que estaban pendientes de subsanación, después de la suscripción del otrosí n.º 5, habría que determinar si tales proyectos se entregaron al DNP, en fase de factibilidad, debidamente subsanados, adicionados o corregidos (según lo acordado por las partes para cada uno, y las normas aplicables), a más tardar, en la fecha señalada en el otrosí n.º 7 (31 de diciembre de 2018).
- q) Para establecer si dicho incumplimiento es imputable a ENTerritorio y, por ende, genera su responsabilidad civil, con la consecuente obligación de indemnizar el daño sufrido por la otra parte (DNP), es necesario descartar que el incumplimiento haya sido causado exclusivamente por una situación que pueda calificarse como «causa extraña» (caso fortuito o fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o culpa exclusiva de la víctima).
- r) En todo caso, para el cumplimiento de los fines establecidos por el Legislador, al crear y regular el Sistema General de Regalías, y por la Comisión Rectora, al encomendar al DNP la ejecución del programa de fortalecimiento a la capacidad de planeación de las entidades territoriales y las secretarías técnicas de los OCAD, no debe perderse de vista que, independientemente de las consecuencias económicas que tenga el incumplimiento parcial del contrato (que deben precisarse en el acta de liquidación), lo prioritario para las partes debería ser salvar los proyectos que hayan sido estructurados total o parcialmente, en fase de perfil, de prefactibilidad o de factibilidad, durante la ejecución del contrato, de tal manera que puedan completarse, corregirse o ajustarse más adelante, según corresponda, y presentarse, por la entidad territorial beneficiaria ante el OCAD o la autoridad competente, para su aprobación.

De esta manera, se evitaría que los recursos públicos invertidos en la estructuración de tales proyectos, y que provienen mayoritariamente del SGR, se pierdan en su totalidad. Asimismo, se acercaría la posibilidad de que los proyectos mencionados se ejecuten materialmente, lo que permitiría utilizar efectivamente los recursos del SGR asignados a las respectivas entidades territoriales, para solucionar necesidades básicas de las respectivas comunidades.

F. Alcance de la etapa de perfil, y obligaciones asumidas por cada parte, en relación con dicha fase

Dado que algunas de las preguntas formuladas en la consulta y varias de las controversias suscitadas entre las partes, con relación a la estructuración de determinados proyectos, tienen que ver con el alcance de la etapa de *perfil* y las obligaciones que cada una de dichas partes asumía, en relación con esta etapa, la Sala considera importante analizar este punto, con mayor detalle, y formular algunas consideraciones particulares.

1) En primer lugar, dado que, en la fecha de suscripción del contrato interadministrativo, estaba vigente el Decreto 1082 de 2015 (publicado en el Diario Oficial el 26 de mayo de ese año), normativa que debía ser conocida por las partes, es importante reiterar lo que disponía su artículo 2.2.4.1.1.3.2., sobre la fase de perfil en los proyectos de inversión:

Fase 1 - Perfil: En este nivel debe recopilarse la información de origen secundario que aporte datos útiles para el proyecto, como documentos acerca de proyectos similares, mercados y beneficiarios. Esta información es fundamental para preparar y evaluar las alternativas del proyecto y calcular sus costos y beneficios de manera preliminar. Aquí también se analiza la viabilidad legal e institucional del proyecto. Con esta información, se eligen las alternativas que ameritan estudios más detallados o se toma la decisión de aplazar o descartar el proyecto. [Se resalta].

2) Por otro lado, y en relación con los antecedentes negociales del contrato interadministrativo, es pertinente mencionar, en primer lugar, lo previsto en la oferta presentada por ENTerritorio al DNP, el 16 de septiembre de 2015, para la celebración de este contrato.

En el numeral 5.1.1.1.2 de dicho documento, se dijo lo siguiente, sobre esta fase:

Se realiza primera jornada de trabajo en campo por parte de FONADE (visión técnica y sostenibilidad) con el Ente Territorial para realizar aproximación más certera de la necesidad y análisis del entorno respectivo de la idea presentada, se determina el nivel de maduración de la misma, y a partir de información de origen para [sic] preparar y evaluar posibles alternativas, con análisis costo – beneficio y análisis legales e institucionales, análisis de la gestión predial según sea el caso, análisis de restricciones sociales, ambientales, legales, financieras entre otras, la situación actual y la esperada con las alternativas y su definición de costeos preliminares de estudios y diseños.

El análisis de titularidad del predio será fundamental para determinar la continuidad de la estructuración.

En caso de que la continuidad se verifique, de [sic] desarrollará el perfil del proyecto, que deberá tener en cuenta documentación e información prevista en los requisitos definidos por el Sistema General de regalías y el sector correspondiente y los primeros planteamientos de sostenibilidad.

Se presentará un informe con el siguiente contenido mínimo:

- Análisis de la información y descripción de la necesidad planteada por el Municipio.
- Descripción de la situación actual con la definición del problema principal [...]
- Descripción de la situación esperada con la definición del Objetivo General del proyecto de acuerdo con la necesidad y sus objetivos específicos.
- Análisis de oferta y demanda preliminar, sobre el uso del bien. Asimismo, definición de la población objetivo [...]
- Definición del tamaño del Proyecto con su respectivo análisis de localización.
- Análisis de gestión predial conforme al análisis de localización del proyecto.
- Identificación de las alternativas básicas de solución del problema, de acuerdo con los objetivos determinados.

Como resultado de esta fase, se obtiene la información necesaria para determinar la viabilidad de continuar o no con la pre inversión del proyecto. En dado caso de resultar positiva su continuidad, se suscribe por parte de FONADE, el contrato de consultoría de estudios y diseños a entregar en fase de Factibilidad y con el Ente Territorial se suscribe el acuerdo de estructuración.

[...]

En el numeral 8 del mismo documento, se estableció, como una de las obligaciones de ENTerritorio, la de «[d]esarrollar el perfil del proyecto, que deberá tener en cuenta la documentación e información prevista en los requisitos del sector correspondiente y los primeros planteamientos de sostenibilidad» [énfasis añadido], en los mismos términos en que dicha obligación quedó consignada, posteriormente, en el contrato (cláusula segunda, numeral 13).

En los estudios previos desarrollados por el DNP, de fecha 7 de octubre de 2015, para justificar la celebración de este contrato, se definió también la etapa de perfil, en los siguientes términos (numeral i, literal b, página 12):

Se realiza primera jornada de trabajo en campo por parte de FONADE (visión técnica y sostenibilidad) con el Ente Territorial para realizar aproximación y análisis del entorno respectivo de la idea presentada, se determina el nivel de maduración de la misma, y a partir de información de origen [...] preparar y evaluar posibles alternativas, con análisis costo - beneficio y análisis legales e institucionales, análisis de la gestión predial según sea el caso, análisis de restricciones sociales, ambientales, legales, financieras entre otras, la situación actual y la esperada con las alternativas y su definición de costeos preliminares de estudios y diseños.

Como resultado de esta fase, se obtiene la información necesaria para determinar la viabilidad de continuar o no con la pre inversión del proyecto. Se realiza por ende, un

balance de la acciones a emprender que contextualicen las condiciones para desarrollar la pre inversión en términos de su alcance y esfuerzo. En dado caso de resultar positiva su continuidad, se suscribe por parte de FONADE, el contrato de la consultoría de estudios y diseños a entregar en fase de Factibilidad y con el Ente Territorial se suscribe el acuerdo de estructuración. [Se destaca].

Asimismo, se estableció, a cargo de ENTerritorio, la obligación de desarrollar el perfil de cada proyecto (p. 21), en los mismos términos señalados en la oferta y tal como quedó consignado en la cláusula segunda, numeral 13 del contrato.

Es necesario precisar que, ni en la oferta ni en los estudios previos, se hizo referencia explícita a que el DNP tuviese que revisar y aprobar (o desaprobar) el informe de la fase de perfil, mencionado en el numeral 5.1.1.1.2 de la propuesta, que ENTerritorio debía presentar.

El primer *producto* que se menciona en estos documentos (con ese nombre) es el *Informe de selección de alternativa* (producto n.º 7), que debía entregarse en la etapa de prefactibilidad, para iniciar la etapa de factibilidad.

3) Ahora bien, como ya se explicó, en el texto del contrato interadministrativo se estipuló que una de las obligaciones de ENTerritorio era la de «[d]esarrollar el perfil del proyecto, que deberá tener en cuenta la documentación e información prevista en los requisitos del sector correspondiente y los primeros planteamientos de sostenibilidad» [se resalta] (cláusula segunda, numeral 13).

4) En cuanto a los anexos del contrato, es importante resaltar lo dispuesto sobre la etapa de perfil, tanto en el Anexo Técnico como en el Manual Operativo.

En el Anexo Técnico, el alcance de la fase de perfil (numeral i, literal b), quedó establecido en los mismos términos que en los *estudios previos* del contrato.

En el Manual Operativo, se describen las actividades y responsabilidades que tenían las partes y los demás actores en la ejecución del contrato. Sobre la etapa de perfil, se dispuso, en el numeral 3.1.1, que la Gerencia del contrato interadministrativo tenía a su cargo, entre otras tareas, la «[e]laboración y análisis de los perfiles de los proyectos a estructurar».

En el numeral 3.2, se reitera que era función de ENTerritorio el desarrollo del perfil de los proyectos, aunque allí se aclara que esta actividad debía cumplirla «con la guía del DNP y la gestión de la Entidad Territorial». Asimismo, en el numeral 3.2.1 se describe, con más detalle, las actividades que debían realizarse en cada fase de la estructuración de los proyectos y quién era el responsable de cada tarea. También se incluyen algunas observaciones, en relación con algunas de esas actividades.

Con base en lo explicado allí, las gestiones que debían cumplirse para iniciar la estructuración de los proyectos pueden sintetizarse así:

- El DNP debía entregar a ENTerritorio el listado de los proyectos a ser estructurados, en desarrollo y durante la vigencia del contrato interadministrativo, con base en las solicitudes presentadas por las entidades territoriales interesadas;
- Asimismo, el DNP debía entregar a ENTerritorio una lista de las entidades territoriales que se beneficiarían con la estructuración de proyectos pactada en el contrato;
- ENTerritorio debía hacer una evaluación preliminar de cada proyecto, con el objeto de presentar al supervisor del contrato (DNP), dentro de los diez días calendario siguientes, el «cronograma general inicial propuesto para la estructuración de ese proyecto» y «la completitud de la información y claridad de la misma». Se aclara que, si los tiempos propuestos superaban el plazo establecido en el contrato interadministrativo, debía anexarse la respectiva sustentación técnica.
- El DNP debía emitir un concepto de «no objeción» al cronograma, o solicitar a ENTerritorio los ajustes que considerara necesarios para dar inicio formal a la etapa de perfil. Para tales efectos, el DNP contaba con un plazo de diez días calendario.
- Con relación a dicho cronograma, se advirtió lo siguiente:
 - Los cambios en los tiempos de los cronogramas no implicarán realizar un otrosí al contrato interadministrativo 215050. En caso de que algún cronograma de proyecto sobrepase el tiempo de ejecución del contrato interadministrativo, se tendrán que revisar las siguientes alternativas:
 1. Disminuir el alcance del proyecto
 2. Modificar el plazo del contrato interadministrativo
 3. Retirar el proyecto
- ENTerritorio debía realizar la primera jornada de trabajo con la entidad territorial, para analizar la idea del proyecto presentado, determinar su nivel de maduración y evaluar las posibles alternativas.
- ENTerritorio debía hacer entrega del «producto “perfil” de cada uno de los proyectos recibidos por parte de DNP». Aunque no se dice a quién debía presentar ENTerritorio dicho producto, se entiende que era al DNP. Adicionalmente, el documento precisa que este producto debía incorporarse como información disponible para los consultores de estructuración.

- ENTerritorio y el DNP, en conjunto, en el seno del Comité Técnico Operativo, debían definir los requerimientos técnicos para que ENTerritorio realizara los procesos de contratación de las consultorías para la estructuración de los proyectos.

Adicionalmente, en el numeral 3.2.2 de este documento, se incluye el «FLUJOGRAMA DEL PROCESO ESTANDAR [sic]» para la estructuración de cada proyecto, con indicación de la fase, la actividad, el responsable y los productos.

En relación con la fase de perfil, ENTerritorio debía realizar el «Taller No. 1», que consistía en la presentación del proyecto, su inscripción en la web del DNP y el diligenciamiento de ciertos formularios, así como la formación (a la entidad territorial, entiende la Sala) sobre cómo hacer un perfil de un proyecto, por sector.

Luego, ENTerritorio debía efectuar el «Taller No. 2», en el cual debía plantearle a la entidad territorial las alternativas existentes (para la estructuración del proyecto), y presentarle el perfil específico de las alternativas formuladas y la justificación de la alternativa seleccionada.

Como productos de esta etapa, a cargo de ENTerritorio, se mencionan los siguientes: «Acta de Compromiso con Ente Territorial y Determinar viabilidad [...] para iniciar el proceso de contratación de la consultoría».

En el numeral 7.2 de este mismo documento, se indican las funciones que tendría el Comité Técnico Operativo del contrato, dentro de las cuales estaban:

- Definir los requerimientos técnicos para que Fonade realice los procesos de contratación de consultorías para la estructuración de proyectos (literal b), y
- Evaluar la razonabilidad de los resultados de los productos generados en cada fase del ciclo de preinversión (literal d).

5) Conclusiones. Como puede inferirse de lo dispuesto en el contrato interadministrativo, en sus documentos precedentes y anexos, todos los cuales aparecen mencionados en el instrumento contractual, y en el Decreto 1082 de 2015, la etapa de perfil tenía las siguientes características:

- a- ENTerritorio debía realizar, al menos, una jornada de trabajo en campo, es decir, en el terreno, con la(s) entidad(es) territorial(es) interesada(s), para tener una aproximación más certera de la necesidad planteada por dicha entidad; hacer un análisis sobre el entorno de la idea presentada; determinar el nivel de maduración de esta; preparar y evaluar, a partir de «información de origen», las posibles alternativas para estructurar el proyecto, con análisis costo – beneficio y análisis legales e institucionales, de gestión predial (según fuera el caso) y de

las restricciones sociales, ambientales, legales y financieras, entre otras; evaluar la situación actual y la esperada con las alternativas, y elaborar costeos preliminares de estudios y diseños.

- b- Por «información de origen» debe entenderse, a juicio de la Sala, «información de origen secundario», como lo establece el artículo 2.2.4.1.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015, es decir, información proveniente de terceros (en este caso, de las entidades territoriales, principalmente), que incluye aquella que ENTerritorio podía solicitar o conseguir de tales entidades, en desarrollo de la jornada o las jornadas de trabajo en campo que realizara, o en otras oportunidades, durante el desarrollo de la etapa de perfil. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de la información que ENTerritorio pudiese percibir directamente, en el desarrollo de tales jornadas.
- c- Con base en el análisis de dicha información, ENTerritorio debía determinar si era viable seguir estructurando el proyecto, en cualquiera o cualesquiera de las alternativas planteadas, para lo cual debía tener en cuenta, además de la información y los análisis mencionados, la titularidad de los predios en los que pretendiera construirse o ejecutarse el proyecto (según lo indicado expresamente por ENTerritorio, en su propuesta), y los requisitos generales y sectoriales establecidos en las normas, para la estructuración de los proyectos que pretendan financiarse con recursos del SGR.
- d- A juicio de la Sala, ENTerritorio, desde la etapa de perfil, debía identificar la necesidad de cumplir tales exigencias, tanto las generales como las sectoriales, conforme a lo previsto en la normativa del SGR, así como formular las alternativas que encontrara viables, en principio, para la estructuración del proyecto, identificando sus riesgos, duración estimada y costos generales. Sin embargo, la Sala no desconoce que para establecer, con certeza y de forma concreta, si el proyecto a estructurar (en la alternativa escogida) cumplía o no con todos los requerimientos técnicos, financieros, legales, ambientales y prediales que fueran requeridos, era necesario realizar las actividades previstas

en las siguientes fases (prefactibilidad⁷⁰ y factibilidad⁷¹), en forma consecutiva, salvo cuando la inviabilidad del proyecto pudiera establecerse desde el perfil.

- e- Con base en este ejercicio, ENTerritorio debía determinar si resultaba viable continuar o no con la estructuración del proyecto, en cualquiera o cualesquiera de las alternativas determinadas, señalando los requisitos que habría que cumplir y las gestiones que tendrían que efectuarse para ello, las cuales debían estar previstas en el cronograma de estructuración del proyecto. Es decir que, si, por ejemplo, se determinaba que cierto proyecto requería un concepto técnico favorable de una autoridad gubernamental, dicho requisito no tenía que ser obtenido en esta etapa, ni ENTerritorio podía establecer, con certeza, si se iba a lograr o no, pero tal requisito sí debía ser identificado en esta fase, así como la entidad o persona encargada de realizarlo, el tiempo probable que implicaría su consecución y los riesgos que podrían derivarse, para la estructuración del proyecto, si el concepto favorable no se obtenía, o se demoraba.
- f- La fase de perfil era responsabilidad principal de ENTerritorio, como entidad experta y especializada, según lo pactado en el contrato interadministrativo y en sus documentos precedentes y anexos. Sin embargo, el DNP debía, en esta fase: *i)* entregar la información inicial de cada proyecto a ENTerritorio, con base en la solicitud y en la información entregadas por la entidad territorial interesada; *ii)* revisar y objetar o no el cronograma inicial del proyecto, elaborado por ENTerritorio; *iii)* «guiar» a ENTerritorio en la ejecución de esta etapa, lo que significa, a juicio de la Sala, que debía suministrarle las orientaciones generales que dicha entidad requiriera (dado su carácter de experta); *iv)* recibir el informe de perfil entregado por ENTerritorio, y *v)* definir, en conjunto con ENTerritorio y en el seno del Comité Técnico Operativo, los requerimientos técnicos que dicha entidad debía tener en cuenta para realizar los procesos de contratación de las

⁷⁰ Sobre el objeto de esta fase, en la propuesta presentada por ENTerritorio al DNP (numeral 5.1.1.1.3, p. 21 y 22), se afirma que, en la etapa de **prefactibilidad**, «[s]e realiza segunda jornada en campo con el ente territorial por parte de FONADE, el consultor e interventor contratados, para evaluar a mayor detalle las alternativas seleccionadas con estudios y diseños preliminares a fin de reducir la incertidumbre, determinando los efectos de la solución y estimación de demanda y oferta considerando las alternativas de operación y sostenibilidad» [énfasis propio]. Igualmente, se indica que, como resultado de esta fase, «pueden existir ajustes en el alcance, tiempo y costo» [se subraya], y se debe informar «el avance de gestión predial por el Ente Territorial y autorizaciones de Entidades por afectación o intervención del proyecto, según sea el caso [...]» [resaltamos].

⁷¹ En el mismo documento (numeral 5.1.1.1.4, p. 22), se sostiene que, en la etapa de **factibilidad**, «[s]e realiza tercera jornada en campo con el Ente Territorial por parte de FONADE, para definir detalladamente aspectos técnicos de la alternativa seleccionada que incluye, los requisitos generales y sectoriales, el tamaño óptimo del proyecto, momento para su implementación [...], estructura de financiamiento, organización administrativa y plan de monitoreo y sostenibilidad» [énfasis añadido].

consultorías para la estructuración de proyectos, así como la *razonabilidad* de los resultados obtenidos en esta etapa.

- g- Como se aprecia, ninguno de los documentos descritos establece, como una obligación específica del DNP, la de revisar, aprobar o devolver con observaciones el informe de perfil. El primer producto que el DNP debía aprobar, según los documentos mencionados, era el informe de selección de alternativas, que debía entregarse por ENTerritorio en la etapa de prefactibilidad.
- h- Sin perjuicio de lo anterior, la Sala entiende que, conforme a la distribución de las obligaciones y los riesgos pactada en el contrato interadministrativo, el DNP debía revisar, en forma diligente, la información y los documentos que le entregara ENTerritorio, y formular oportunamente las observaciones que encontrara pertinentes, en desarrollo de su deber de supervisión del contrato, de lo pactado sobre el reparto y la asignación de los riesgos contractuales (prevista en los estudios técnicos), y de los principios de buena fe y colaboración armónica entre las instituciones del Estado.

G. Análisis de las controversias sostenidas por las partes, en relación con la estructuración de algunos proyectos o subproyectos de inversión

1) *Proyecto «Estructuración integral para el mejoramiento de los canales de comercialización de los productos agrícolas, cárnicos, lácteos y abarrotos para la zona sur del municipio de Montería (Departamento de Córdoba)»*

● Razones del DNP:

Según esta entidad, el supervisor del contrato determinó que no podía avalarse ni recibirse el proyecto, pues, para ejecutarlo en su totalidad, en la fase de factibilidad, era indispensable contar con el predio núm. 12, libre de gravámenes y prendas, según los requisitos generales para la presentación de proyectos en fase III, contenidos en el artículo 4.1.2.1.3 del Acuerdo 045 de 2017⁷², lo que no ocurrió.

Por tal motivo, considera que no está obligado a recibir el proyecto, ni a reconocer los gastos efectuados por ENTerritorio en la fase de factibilidad.

● Razones de ENTerritorio:

⁷² El requisito para la fase de factibilidad, es el siguiente: «certificado de tradición y libertad expedido con una antelación no superior a tres (3) meses, contados desde la fecha de remisión a la instancia de verificación de requisitos, donde conste que la propiedad corresponde al departamento, municipio, distrito o entidad pública y se encuentra libre de gravámenes que impidan ejercer el derecho de disposición».

Señala que, en el acta de concertación del 10 de agosto de 2017, se acordó la ejecución del proyecto en dos etapas: *i)* definir los predios y especificaciones del proyecto (equipamiento), y *ii)* el municipio beneficiario se comprometía a adquirir los predios en los que se desarrollaría el proyecto, incluido el que es objeto de controversia.

Aclara esta entidad que la compra y el saneamiento de los predios, para la elaboración integral del proyecto, son actividades que corresponden al municipio, de acuerdo con lo convenido con el DNP. En esa medida, señala que el municipio es el responsable por no haberse podido culminar la fase de factibilidad, al no solucionar lo relativo al lote 12.

- Posición de la ANDJE:

En su concepto, la apoderada de esta Agencia concluye que, dado que ENTerritorio era el responsable final de la adecuada estructuración de los proyectos, no puede pretender que se le reconozcan las sumas de dinero invertidas en la estructuración de este proyecto, en particular, pues fue entregado de manera deficiente, al no cumplir, a cabalidad, con los elementos propios de la fase de factibilidad, particularmente, en lo relacionado con la disposición de los predios requeridos para la materialización del proyecto. En esa medida, agrega que la situación predial constituye el obstáculo más importante del proyecto, que lo sitúa en una *ruta crítica* y lo deja en situación de inviabilidad.

Precisa que, en gracia de discusión, si pudieran desagregarse los componentes del proyecto y determinarse, con certeza, el peso económico de cada una de sus fases, lo máximo que podría llegarse a reconocer a ENTerritorio sería lo correspondiente a la fase de prefactibilidad, pues, a su juicio, se encuentra probado que esta se desarrolló y ejecutó de manera correcta, y que la disponibilidad del predio solo era exigible en la etapa de factibilidad.

- Conclusiones de la Sala:

- a) Desde la entrega del producto n.º 2 (*prefactibilidad, informe de selección de alternativas, diseños y estudios preliminares*), por parte de la firma consultora contratada por ENTerritorio, y la revisión y aprobación de este producto, por parte de la interventoría y el supervisor del contrato interadministrativo, todo lo cual ocurrió en el mes de agosto de 2017, se estableció que, de las siete alternativas identificadas por el consultor para la realización del proyecto, la número seis era, no solo viable, sino la más conveniente, dentro del conjunto de criterios analizados. Esta alternativa planteaba la ejecución del proyecto en dos fases: *i)* la primera, que sería realizada sobre los predios que ya eran de propiedad del municipio de Montería, y *ii)* la segunda, concebida como una especie de ampliación de la plaza de mercado, que sería ejecutada tan pronto como la

Alcaldía de Montería adquiriera el predio número 12, el cual no aparecía registrado a nombre del municipio.

- b) Los documentos revisados demuestran que esta conceptualización del proyecto fue, no solamente conocida por la firma consultora, ENTerritorio, la interventoría, la comunidad beneficiaria y el DNP, desde ese momento, sino también aceptada por las mismas partes, como lo evidencia, especialmente, el acta de la reunión de concertación suscrita por los mismos actores el 10 de agosto de 2017, incluyendo dos funcionarias del DNP. Vale la pena resaltar que la concertación obtenida en dicha reunión se logró sobre la base de las conclusiones y recomendaciones formuladas por el consultor en los productos 1, 2 y 3, que había entregado, tal como se dejó constancia en dicho documento.
- c) Es importante destacar que, en la misma acta, se estableció que cada una de estas fases sería independiente, desde el punto de vista funcional, en el sentido de que el desarrollo del proyecto podría iniciarse con la fase 1, y que, una vez adquirido el predio n.º 12, por parte del municipio, se *activaría* la fase 2. En esa medida, y contrario a lo manifestado por las supervisoras del contrato interadministrativo (por parte del DNP), en comunicaciones del 13 y el 24 de abril de 2020, nunca se indicó que el citado lote resultara esencial para la realización del proyecto, en su integridad, ni que la fase número 1 no pudiera ejecutarse, si no se contaba previamente con la propiedad de dicho predio.
- d) En todo caso, en esta acta se consignó expresamente el compromiso del municipio de Montería de realizar todas las gestiones necesarias para adquirir y sanear jurídicamente el predio n.º 12, con el fin de hacer posible la realización del proyecto, en sus dos fases, lo cual se ratificó, posteriormente, en el «Acta de disposición de los diseños, estudios, formulación y estructuración del proyecto [...]», suscrita el 25 de mayo de 2021. Mediante esta obligación, se concretó el compromiso genérico que dicho municipio había asumido previamente, con la suscripción del acuerdo de estructuración celebrado con ENTerritorio, el 12 de agosto de 2016.
- e) A este respecto, se encuentra, en el expediente, que el alcalde de Montería le informó a ENTerritorio, en el año 2019⁷³, que ese municipio ha venido ejerciendo la posesión sobre una parte sustancial del lote n.º 12 (aproximadamente, el 50%), desde 1968, destinándola al uso público y a la prestación de un servicio público (plaza de mercado). En esa medida, el municipio habría adquirido, en principio, esa parte del predio, por prescripción adquisitiva del dominio (usucapión)⁷⁴, aunque no existe todavía una sentencia judicial que así lo declare, y tampoco hay evidencia de que se haya presentado alguna demanda, en ese sentido.

⁷³ Oficio O.D.A. # 170 del 9 de diciembre de 2019, dirigido a ENTerritorio.

⁷⁴ Conforme a lo dispuesto en los artículos 2518, 2527, 2531 y 2532 del Código Civil.

- f) Sin perjuicio de lo anterior, el municipio podría probar la propiedad sobre dicha área, mediante la demostración de la posesión que ejerce y su efectiva destinación al uso público o a la prestación de un servicio público, tal como lo permite, en forma expresa, el artículo 48⁷⁵ de la Ley 1551 de 2012, modificado por el artículo 2 de la Ley 2140 de 2021, al cual se remitía expresamente el artículo 4.1.2.1.3, numeral 4⁷⁶, del Acuerdo Único del SGR, y tal como lo explicó la Sala de Consulta y Servicio Civil (en relación con el artículo 48 de la Ley 1551), en el Concepto 2154 de 2014⁷⁷.
- g) No obstante, quedaría faltando el otro 50% del lote, que no ha sido adquirido aún por el municipio, y respecto del cual no se ha demostrado que la entidad territorial ejerza la posesión, ni que lo haya destinado para el uso público o la prestación de un servicio público. Tampoco se ha acreditado que dicha área no se requiera para la completa y adecuada ejecución del proyecto (en su etapa 2).
- h) En esa medida, debe tenerse en cuenta que el artículo 4.1.2.1.4⁷⁸ del Acuerdo Único del SGR, que contiene requisitos generales adicionales (no sectoriales)

⁷⁵ **Artículo 48.** [...]

[...]

En los casos en los que las entidades nacionales, departamentales o de cualquier orden exigen como requisito para financiar o cofinanciar proyectos de inversión con los municipios, prueba de la propiedad de los bienes que van a ser objeto de intervención, bastará con que estas acrediten la posesión del bien y su destinación al uso público o a la prestación de un servicio público por parte de la entidad territorial o de la comunidad a través de junta de acción comunal, mientras no exista oposición de un tercero [subrayas añadidas].

⁷⁶ **Artículo 4.1.2.1.3. Requisitos generales para proyectos en fase III.** Los proyectos de inversión en fase III, además de lo señalado en el artículo 4.1.2.1.1. del presente Acuerdo, deben presentar los siguientes requisitos:

[...]

4. Para acreditar la titularidad del inmueble:

a. Certificado de tradición y libertad expedido con una antelación no superior a tres (3) meses, contados desde la fecha de remisión a la instancia de verificación de requisitos, donde conste que la propiedad corresponde al departamento, municipio, distrito o entidad pública y se encuentra libre de gravámenes que impidan ejercer el derecho de disposición. Lo anterior no aplica para los bienes de uso público que conforme a las normas vigentes no son sujetos de registro. Dicho certificado solo debe adjuntarse una única vez.

[...]

En el caso de los municipios y en aplicación del artículo 48 de la Ley 1551 de 2012, bastará con que éstos acrediten la posesión del bien objeto de intervención y su destinación al uso público o a la prestación de un servicio público.

[...]. [Subrayas añadidas].

⁷⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2154 del 18 de junio de 2014.

⁷⁸ Esta norma, que formaba parte de la subsección 1 (requisitos **generales** para viabilización) de la sección 2 del capítulo 1 del título 4 del Acuerdo Único, disponía lo siguiente:

Artículo 4.1.2.1.4. Requisitos generales adicionales para proyectos de inversión que incluyan como uno de sus componentes la compra de predios. Los proyectos de inversión en fase II y III que incluyan como uno de sus componentes la compra de predios, además de los requisitos generales aplicables, deben presentar los siguientes:

1. Plano de localización.

para los proyectos de inversión que pretendan financiarse con recursos del SGR, permite expresamente que se incluya, en esta clase de proyectos, como uno de sus componentes, la compra de predios. No obstante, establece para ello tres condiciones esenciales: *i)* que el proyecto incluya, como uno de sus componentes, la compra del predio o los predios requeridos, lo que supone, a juicio de la Sala, que, tanto en el cronograma como en el presupuesto de costos del proyecto y en los demás documentos relevantes, se identifique el momento, el mecanismo jurídico y el costo aproximado de adquisición de esos bienes; *ii)* que se aporten los documentos señalados en la norma reglamentaria citada, y *iii)* que el único componente del proyecto no sea la compra de predios.

En el caso que se analiza, las dos primeras condiciones no aparecen probadas, pues no se ha demostrado que el proyecto incluyera, como un componente propio, ya sea originalmente o en una modificación posterior, la compra del lote n.º 12, ni se encuentra probado que ENTerritorio haya entregado al DNP la totalidad de los documentos mencionados en el artículo 4.1.2.1.4 del Acuerdo Único, a satisfacción de dicho organismo.

- i) En consecuencia, resulta forzoso concluir que dicho proyecto no cumplió, dentro del plazo estipulado en el otrosí núm. 4 y ratificado en el otrosí núm. 5 (30 de abril 2018), con la totalidad de los requisitos exigidos contractual y reglamentariamente para la etapa de factibilidad.
- j) Aunque la adquisición oportuna de dicho inmueble era una obligación que correspondía directamente al municipio de Montería, tal como se ha reseñado, la Sala no puede soslayar que los documentos analizados denotan una falta de gestión oportuna, continua, eficiente y coordinada por parte de la firma consultora contratada por ENTerritorio, de dicha entidad, de la interventoría e, incluso, el DNP, para estudiar, aclarar y solucionar, de manera temprana, efectiva y definitiva, las múltiples dudas y observaciones que tanto el consultor como la interventoría revelaron, desde el principio, sobre el componente predial de este proyecto, en especial (pero no únicamente), respecto de la titularidad del lote núm. 12, pues, en lugar de efectuar las consultas, las gestiones, los análisis y los trámites requeridos para superar dichas inquietudes y dificultades, se aplazó su

2. Estudio de alternativas de los predios, en el cual se identifique y sustente técnica, jurídica y financieramente la selección de los predios a comprar.

3. El certificado de que trata el numeral 4 del artículo 4.1.2.1.1 del presente Acuerdo debe además especificar usos, tratamiento, índices de ocupación y construcción aplicable a los predios seleccionados.

4. Avalúo comercial de los predios seleccionados elaborado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) o por persona natural o jurídica competente.

5. Estudio de títulos donde se demuestre que el predio está libre de cualquier tipo de gravamen o limitación a la propiedad para llevar a cabo la compra. Estudio de títulos tratándose de proyectos de infraestructura de transporte [...]

Parágrafo. No se podrán financiar proyectos cuyo único componente sea la compra de predios. [Subrayas añadidas].

solución, en varias ocasiones, hasta la entrega de los productos finales encargados al consultor (en los cuales, tampoco se hizo claridad sobre estos puntos).

- k) En esa medida, la Sala observa que, aparte del incumplimiento de la obligación de entregar este proyecto, debidamente estructurado en la fase de factibilidad, a más tardar, el 30 de abril de 2018 (obligación de resultado), se presentó un incumplimiento de otras obligaciones contractuales a cargo de ENTerritorio, tales como la de realizar una adecuada y oportuna gestión predial de los lotes involucrados en el proyecto (incorporada en todas las fases de la estructuración), la obligación de «[g]arantizar que las actividades desarrolladas en el marco del presente contrato, cumplan con las condiciones de calidad técnica, económica razonable y de seguridad jurídica» [se destaca] (cláusula segunda, numeral 4), y la de «realizar un trabajo mancomunado, constante y permanente con las entidades territoriales definidas por el DNP» (*ibidem*, numeral 12), entre otras.
- l) Si bien, la Sala también encuentra un incumplimiento de la obligación de «[a]delantar la articulación con las entidades territoriales y otras instituciones que se requieran para el desarrollo del [...] contrato», asumida por el DNP, (cláusula tercera, numeral 7.º), así como una ejecución defectuosa y tardía de su deber de supervisión contractual, no considera que dichas faltas hayan sido determinantes, en este caso concreto, para producir el resultado dañino (la no culminación del proyecto, en la etapa de factibilidad). En efecto, dado que las obligaciones de realizar una adecuada y oportuna gestión predial, de garantizar que el proyecto cumpliera con los requisitos exigidos para la etapa de factibilidad y de entregar los productos debidamente terminados, dentro del plazo estipulado por las partes, recaía exclusivamente en ENTerritorio, no parece probable que una actitud más diligente y constante del DNP en la supervisión del contrato, o algunas gestiones de apoyo que hubiera podido realizar ante las autoridades competentes, hubiesen generado un resultado diferente.
- m) Por tal razón, la Sala considera que el DNP no estaría obligado a recibir dicho proyecto, en la citada fase. En consecuencia, con el ánimo de facilitar a las partes solucionar su controversia y liquidar, de común acuerdo, el contrato interadministrativo, se recomienda que ENTerritorio reintegre, dentro del plazo que las partes acuerden, los recursos aportados por dicho organismo que fueron utilizados por ENTerritorio en la ejecución de la fase de factibilidad.
- n) Sin perjuicio de lo anterior, y con el fin de hacer factible este importante proyecto de inversión; obtener los beneficios sociales y económicos que se buscaban, para la comunidad de Montería y otros municipios del departamento de Córdoba, y proteger los recursos del SGR ya invertidos, la Sala pone a consideración de las partes la siguiente fórmula de arreglo alternativa, dentro del proceso de liquidación:

Teniendo en cuenta lo manifestado verbalmente por ambas partes, en la audiencia realizada el 19 de julio del año en curso, en el sentido de que este proyecto podría ejecutarse y funcionar prescindiendo del lote n.º 12⁷⁹, ENTerritorio podría modificar, a su costa, los planos, estudios y diseños actuales, para excluir del proyecto dicho predio o el área de este que el municipio no posee (el otro 50%), en las condiciones de tiempo, modo y lugar que las partes acuerden.

ñ) Finalmente, la Sala considera que ENTerritorio debe analizar la posibilidad jurídica de repetir contra el consultor y el interventor que participaron en la fase de factibilidad, por un presunto incumplimiento de sus respectivos contratos.

2) Proyecto «Construcción y mejoramiento de infraestructura educativa en el corregimiento de la región Catatumbo, provincia de Ocaña y sur del César (en fase de prefactibilidad)»

● Razones del DNP:

Asegura que los veinticinco subproyectos que componen este proyecto son inviables, porque no cumplen con la Norma Técnica Colombiana (NTC) 4595 de 2015⁸⁰, emitida por el Ministerio de Educación Nacional. Adicionalmente, señala que veinte de estos subproyectos también son inviables, porque los predios donde se pretendía su ejecución tienen restricciones de normativa urbanística, información que era previsible y debió ser conocida por ENTerritorio.

Añade que, bajo este entendido, ENTerritorio presentó un perfil para cada uno de los veinticinco subproyectos, es decir, les otorgó viabilidad, por medio de un concepto favorable, desconociendo así el objetivo de esta fase, que consistía en obtener la información necesaria para determinar la viabilidad o no de la pre-inversión.

También manifiesta que ENTerritorio no entregó varias actas del Comité Técnico Operativo, debidamente revisadas y suscritas, entre las cuales podría estar la que contiene la aprobación del perfil de este proyecto, a pesar de que estas fueron solicitadas por el DNP, por escrito, en varias oportunidades.

Igualmente, indica que el supervisor le recordó a ENTerritorio que algunas de sus obligaciones eran las siguientes:

⁷⁹ Con los ajustes en los diseños y los costos a que haya lugar.

⁸⁰ Planeamiento y diseño de instalaciones y ambientes escolares.

[...] 4. Garantizar que las actividades desarrolladas en el marco del presente contrato cumplan con las condiciones de calidad técnica, económica razonable, y de seguridad jurídica (...)” y “(...) 14. Adelantar los procesos de selección y contratación de las personas naturales o jurídicas que se requieran para el desarrollo de las actividades del contrato de conformidad con los procedimientos de selección contractual aplicables a FONADE [...]”.

También, señala que le indicó a ENTerritorio que, en el literal b del Anexo Técnico del contrato, se establecían las reglas que debía seguir ENTerritorio, en la fase de perfil (tal como se explicó previamente, en este concepto).

En esa línea, el DNP indica que, el 20 de junio de 2019, ENTerritorio, mediante el oficio 20196630330762, manifestó que ninguno de los veinticinco subproyectos cumplía con la NTC 4595 de 2015, expedida por el Ministerio de Educación, y que solo cinco contaban con predios jurídicamente viables, según el Acuerdo 045 de 2017, a saber: *i)* Ábrego el Tarra, *ii)* Ábrego Capitanlargo; *iii)* El Carmen, cabecera municipal; *iv)* La Playa La Vega San Antonio, y *v)* La Esperanza, cabecera municipal.

En consecuencia, el 19 de diciembre de 2019, mediante oficio 20194600738591, el supervisor del componente de asistencia técnica para la estructuración de Proyectos manifestó:

ENTerritorio no cumplió a cabalidad con la obligación radicada en su cabeza, expuesta en el literal b Anexo Técnico del Contrato Interadministrativo transcrito anteriormente, por cuanto no realizó las gestiones y actividades necesarias encaminadas a recaudar la información necesaria durante el desarrollo de la etapa del Perfil del proyecto para determinar la viabilidad técnica y jurídica de los mismos, que les permitiera superar de manera satisfactoria la fase del perfil [...].

Por lo anterior, el DNP rechazó el informe de prefactibilidad y ratificó esta decisión el 25 de marzo de 2020, mediante el oficio n.º 20204600237151.

● Razones de ENTerritorio:

Argumenta que el alcance normativo de la fase del perfil se limitó a la recopilación de información de origen secundario que permitiera evaluar y preparar alternativas para la ejecución del proyecto. Dicha etapa no suponía un pronunciamiento definitivo, pues era una etapa preliminar, y el DNP estuvo de acuerdo con esta fase, en la medida que no presentó ninguna observación y aprobó la contratación del consultor y del interventor, según el acta del Comité Técnico Operativo núm. 4 del 18 de marzo de 2016.

Afirma, igualmente, que el alcance planteado por el DNP, en relación con las obligaciones de ENTerritorio derivadas del contrato interadministrativo, no corresponde a la naturaleza de este. También señala que, en esta fase, no era viable

exigir a ENTerritorio el nivel de detalle que determinara, con precisión, el estado y la viabilidad técnica y jurídica de las veinticinco instituciones educativas, especialmente, por las circunstancias geográficas y de orden público de la región, y por el hecho de que el DNP solicitó continuar con la etapa siguiente. En esa medida, ENTerritorio actuó de acuerdo con sus obligaciones contractuales y con el principio de la buena fe.

En consecuencia, manifiesta que no puede realizar gestiones adicionales para la aprobación del proyecto, por parte del DNP, pues aquel fue entregado en la fase de prefactibilidad, según lo aprobado por el Comité Directivo, que se materializó en el otrosí núm. 5.

Asimismo, indica que, ante la imposibilidad de desarrollar la fase de factibilidad, por el incumplimiento del consultor, las partes resolvieron modificar el contrato, respecto de los proyectos que debían entregarse y estructurarse integralmente, por lo cual se reemplazó el proyecto de infraestructura educativa en la provincia de Ocaña y Sur del Cesar, por el de comercialización de productos cárnicos, mediante el otrosí 5.

Además, indica que, ante esta novedad contractual, la entidad presentó dos alternativas, con base en las cuales se decidió conjuntamente el reemplazo de un proyecto por otro, pues así se cumplía la meta de productos contractuales y la finalidad del programa de fortalecimiento a las capacidades de planeación de las entidades territoriales.

En esa línea, afirma que, al suscribirse el otrosí núm. 5, el DNP no dejó constancia o salvedad respecto de los incumplimientos por parte de ENTerritorio, y tampoco sobre la insatisfacción con los productos que, hasta ese momento, se habían entregado. Por el contrario, asegura que el otrosí surgió de la necesidad de contar con el mismo número de proyectos entregados en fase de factibilidad, dentro de la vigencia del contrato.

Por tales razones, no comparte los argumentos del DNP.

- Posición de la ANDJE:

La Agencia considera que debe reconocerse a ENTerritorio los gastos en los que incurrió durante la etapa de prefactibilidad, porque el cumplimiento de la NTC 4595 de 2015, emitida por el Ministerio de Educación Nacional, solo podía establecerse en esa etapa, con fundamento en análisis legales y prediales de mayor profundidad, y no en la fase de perfil, en la cual ENTerritorio solo contaba con información general de origen secundario, suministrada por los mismos municipios interesados.

- Conclusiones de la Sala:

De acuerdo con el análisis de este proyecto, contenido detalladamente en el anexo, la Sala extrae las siguientes conclusiones:

- a) En primer lugar, debe aclararse que no existió novación de la obligación, como lo sugirió el DNP, en la audiencia realizada por la Sala de Consulta el pasado 19 de julio, pues las obligaciones a cargo de las dos partes, en relación con el proyecto que se analiza, siguieron existiendo, en los términos previstos originalmente en el contrato interadministrativo y en sus anexos, aunque dicho proyecto hubiera sido excluido de la obligación especial asumida por ENTerritorio, en el otrosí n.º 4, consistente en entregar el proyecto integralmente estructurado, en fase de factibilidad, a más tardar, el 30 de abril de 2018. En esa medida, lo que las partes acordaron, con respecto a este proyecto en particular, es que se entregaría en fase de prefactibilidad. Esto implica, a juicio de la Sala, que debía entregarse debidamente estructurado en dicha fase (prefactibilidad), conforme a las estipulaciones y las normas aplicables, y dentro del plazo de ejecución del contrato interadministrativo.
- b) ENTerritorio dejó de ejecutar, durante la etapa de perfil, varias de las actividades y gestiones que debía realizar en dicha fase, de acuerdo con el contrato, sus anexos y las normas reglamentarias, especialmente aquellas relacionadas con las jornadas de trabajo en campo (*in situ*), en cada uno de los municipios, corregimientos e instituciones educativas involucrados, y con la búsqueda, obtención y revisión de la información y la documentación jurídica e institucional que se requerían, como mínimo, sobre cada uno de los respectivos predios. Tales actividades y gestiones se difirieron para la etapa siguiente (prefactibilidad).
- c) De haber cumplido con tales actividades y gestiones, habría podido concluir, desde la etapa de perfil, que la estructuración de este proyecto no era viable, en relación con varias de las instituciones concernidas, en especial, por la falta de titularidad o de disponibilidad de los predios, o por otro tipo de restricciones jurídicas, prediales o institucionales; o bien, hubiera podido plantear, en su defecto, alternativas que hicieran viable la continuación del proyecto, en la fase de prefactibilidad.
- d) Aunque también resulta posible que los incumplimientos de la NTC 4595 y de otras normas técnicas, en relación con algunos de los subproyectos mencionados, hubieran podido advertirse, desde esta misma etapa, especialmente, en relación con aquellos aspectos que, según el DNP, podían ser detectados «a simple vista», no existen conceptos técnicos, elementos u otras pruebas, en el expediente, que permitan llegar, con certeza, a esa conclusión. En efecto, los documentos que obran en el expediente no permiten determinar cuáles incumplimientos de las normas técnicas podían apreciarse, a simple vista, desde la etapa de perfil, y cuáles otros solo podían ser advertidos en la fase de prefactibilidad o, incluso, en la de factibilidad.

- e) Por otra parte, el Acuerdo Único del SGR solamente exigía que el cumplimiento de las normas técnicas se demostrara en la etapa de factibilidad, con la constancia que debe expedir el profesional que tenga a su cargo la estructuración y, adicionalmente, con la certificación que emita la secretaría de educación de la respectiva entidad territorial.
- f) Asimismo, está acreditado que ENTerritorio ejecutó materialmente la fase de prefactibilidad (a través de un consultor) y entregó los productos respectivos al DNP, con el visto bueno de la interventoría, aunque ese departamento administrativo no los aprobó.
- g) Por las razones anteriores, la Sala considera que el DNP no puede negarse a reconocer los gastos en que incurrió ENTerritorio para ejecutar la etapa de prefactibilidad, en relación con las seis instituciones educativas que, a juicio de esta misma entidad (ENTerritorio), eran viables, desde el punto de vista jurídico-predial.

A este respecto, se aclara que, según el contrato de consultoría suscrito por ENTerritorio, dicho acuerdo podía terminarse parcialmente, en relación con los subproyectos (instituciones educativas) que resultaran inviables, a juicio del consultor, en la fase de prefactibilidad. Lo estipulado permite inferir que los costos de la estructuración, en esta etapa, podían calcularse de forma independiente para cada una de las veinticinco instituciones (subproyectos) incluidas en el proyecto. De no ser así, la Sala sugiere que tales costos se establezcan por las partes, de manera proporcional, para efectos de la liquidación del contrato interadministrativo.

- h) Por el contrario, el DNP podría dejar de reconocer los gastos realizados por ENTerritorio, en esta fase, para las diecinueve instituciones restantes, pues, en principio, dicha entidad no ha debido acometer la etapa de prefactibilidad, para ninguno de tales subproyectos.
- i) En consecuencia, ENTerritorio debería devolver al DNP, dentro del plazo que las partes acuerden, los recursos aportados por dicho organismo, que ENTerritorio utilizó para desarrollar la fase de prefactibilidad de este proyecto, en relación con las diecinueve instituciones educativas que no resultaban viables, por razones jurídico-prediales.

3) Proyecto «Estructuración integral para el mejoramiento de la infraestructura pública consistente en reordenamiento, modificación y ampliación del hospital Manuel Elkin Patarroyo del municipio de Inírida, departamento del Guainía»

- Razones del DNP:

Esta entidad manifiesta que ENTerritorio no entregó el proyecto estructurado, según los requisitos técnicos y jurídicos requeridos por la normativa aplicable, pues no obtuvo el concepto técnico favorable del Ministerio de Salud y Protección Social, que es obligatorio para aprobar cualquier proyecto de infraestructura hospitalaria que supere los mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, de acuerdo con la Resolución 5042 de 1996, expedida por esa cartera.

- Razones de ENTerritorio:

Señala que el trámite de la expedición del concepto técnico ante el Ministerio de Salud era del resorte del departamento del Guainía, según las Resoluciones 4445 y 5042 de 1996 y 2053 de 2019, por lo que no podía presentar el proyecto, de manera autónoma, ante el Ministerio.

También, asegura que el proyecto fue aprobado y avalado por la Administración departamental en 2019. En esa medida, en el primer semestre del año 2020, ENTerritorio realizó mesas de trabajo entre la Gobernación del Guainía, la firma consultora, la interventoría y el Ministerio de Salud, para resolver las inquietudes de este último organismo sobre el proyecto. Sin embargo, a pesar de que la fecha de radicación del proyecto, por parte de la Gobernación, se fijó para el mes de septiembre del 2020, solo hasta diciembre de ese año se procedió al *cierre de productos* y a la aprobación e impresión del proyecto.

Por tal razón, afirma que, si bien ENTerritorio realizó todas las gestiones que le correspondían, se generaron retrasos en la presentación del proyecto, por hechos imputables a la Gobernación, como el cambio de administración. Esto, a su vez, hizo que el proyecto se viera afectado por la expedición de una normativa nueva del Ministerio de Salud (Resolución 3100 de 2019), que incluyó nuevos requisitos técnicos.

- Posición de la ANDJE:

La apoderada de la Agencia concluye que es *irrefutable* que, sin la autorización del Ministerio de Salud y Protección Social, este proyecto no resulta factible, ni puede ser materializado. En efecto, considera que el incumplimiento de este requisito deja sin fundamento la estructuración, que se reputaba viable en la fase de factibilidad, haciendo imposible ejecutar el proyecto. Por lo tanto, estima que no es viable el reconocimiento de los costos en los que haya incurrido ENTerritorio para su estructuración.

Sin embargo, añade que, si pudieran desagregarse los componentes del proyecto y determinarse, con certeza, el valor de cada una de sus fases, lo máximo que podría llegarse a reconocer a ENTerritorio sería lo correspondiente a la fase de prefactibilidad, pues, a su juicio, se encuentra probado que esta se desarrolló y

ejecutó de manera correcta, y que la aprobación del Ministerio solo era exigible en la etapa de factibilidad.

- Conclusiones de la Sala:

De acuerdo con lo expuesto detalladamente en el anexo, la Sala advierte que, desde la fase preliminar (perfil), ENTerritorio tenía conocimiento de que el proyecto se debía presentar ante el Ministerio de Salud y Protección Social, para que fuera revisado y aprobado, y se obtuviera, de esta forma, su viabilidad definitiva.

Según lo manifestado por ENTerritorio al DNP en diversas comunicaciones, es evidente que esa entidad, al momento de suscribir el otrosí n.º 4 (enero de 2018) y luego, el otrosí n.º 5 (abril del mismo año), tenía pleno conocimiento de que no existía el concepto técnico definitivo de viabilidad del proyecto por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, ya que, en esas fechas, ni siquiera se había solicitado. Debe enfatizarse que dicho dictamen era un requisito indispensable, establecido en el Acuerdo Único del SGR, en armonía con las Resoluciones 5042 de 1996 y 2514 de 2012 del Ministerio de Salud, para que este tipo de proyectos fueran viables, en la fase de factibilidad.

En esa medida, ENTerritorio no podía obligarse a entregar este proyecto, estructurado integralmente en la etapa de factibilidad, a más tardar, el 30 de abril de 2018, cuando sabía que no podía cumplir uno de los requisitos esenciales y, quizás, el más importante, para ello.

Debe mencionarse que el artículo 4.1.1.3 del Acuerdo Único⁸¹ del SGR contiene las disposiciones generales para los proyectos de inversión que pretendan financiarse con recursos del SGR. Esta norma también indica que los requisitos específicos o sectoriales (que se encuentran en los respectivos anexos) se aplican para la fase III, esto es, la de factibilidad de los proyectos.

Al revisar el Anexo 17, que corresponde al sector de Salud y Protección Social, se observa que uno de los requisitos que se exigía para la fase de factibilidad (numeral 5.º) era el pronunciamiento técnico del Ministerio de Salud y Protección Social, para los proyectos de infraestructura que tengan un valor igual o superior a los mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV), según lo previsto en el

⁸¹ Contenido antes en el artículo 2 del Acuerdo 038 de 2016, expedido por la Comisión Rectora.

literal a) del artículo 8.º de la Resolución 2514 de 2012⁸², expedida por dicho Ministerio⁸³.

En esa medida, la Sala concluye que la obtención del concepto sobre la viabilidad técnica del proyecto, por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, era un requisito exigible en la fase de factibilidad o fase III.

Por otra parte, la Sala estima que la expedición de la Resolución 2053 de 2019 y lo que haya decidido el Ministerio de Salud, con base en la misma, sobre la viabilidad técnica del proyecto⁸⁴, resulta irrelevante para establecer el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales de ENTerritorio, su eventual responsabilidad civil y, por contera, las consecuencias que de ello puedan derivarse para la liquidación del contrato interadministrativo, pues, al momento de dictarse dicho acto administrativo, ya estaba vencido, tanto el plazo estipulado contractualmente para la entrega definitiva de este proyecto (30 de abril de 2018) como el plazo de ejecución del contrato interadministrativo.

En este punto, se recuerda que, legalmente (art. 1604 del C.C.), el caso fortuito o la fuerza mayor, acaecidos después de que el deudor de una obligación se halle en mora, no sirven para exonerar de responsabilidad a dicha parte, por regla general.

En conclusión, la Sala advierte que ENTerritorio incumplió su obligación de entregar este proyecto debidamente estructurado en fase de factibilidad, en la fecha acordada con el DNP (otrosíes núm. 4 y 5). Adicionalmente, incumplió parcialmente, o cumplió de forma defectuosa, en relación con este proyecto, algunas de sus otras obligaciones contractuales, como las previstas en los numerales 1, 2, 4, 11, 12, 17, 28, 40 y 43 de la cláusula segunda del contrato.

Es pertinente reiterar que, según el Acuerdo 45 de 2017 de la Comisión Rectora del SGR y su Anexo 17, que hace referencia al sector de Salud y Protección Social, el concepto de viabilidad técnica definitivo por parte del Ministerio de Salud y Protección Social era exigible para la etapa de factibilidad.

En esa medida, con el fin de que puedan superarse las diferencias existentes entre las partes y liquidar oportunamente el contrato interadministrativo, la Sala sugiere que el DNP reconozca a ENTerritorio los recursos invertidos por dicha entidad en

⁸² La Sala llama la atención en la referencia que el Anexo 17 del Acuerdo 45 de 2017 establecía sobre el requisito de los mil SMLMV, para solicitar el pronunciamiento técnico del Ministerio, pues, en esta disposición, se cita la Resolución 2514 de 2012, mientras que, en el transcurso de la estructuración de este proyecto, no se hace mención de dicho acto administrativo, sino a las Resoluciones núm. 4445 y 5042 de 1996, expedidas por dicho Ministerio. No obstante, la Resolución 2514 de 2012 establecía el mismo requisito del concepto técnico favorable del Ministerio, para esta clase de proyectos (literal a del artículo 8).

⁸³ El mismo requisito estaba previsto en el numeral I del Anexo 11 del Acuerdo 038 de 2016.

⁸⁴ Que consistió, en todo caso, en declarar que el proyecto no era pertinente.

las fases de perfil y prefactibilidad. En consecuencia, ENTerritorio debería devolver al DNP, dentro del plazo que las partes acuerden, los recursos entregados por el DNP e invertidos por aquella entidad en la etapa de factibilidad, pues ENTerritorio, no cumplió con todas sus obligaciones relacionadas con esta etapa del proyecto.

Adicionalmente, ENTerritorio debe analizar la posibilidad jurídica de repetir contra el consultor y el interventor que participaron en esta fase, por un posible incumplimiento de sus respectivos contratos.

4) Proyecto «Estructuración integral para la conexión mediante ciclo infraestructura de los colegios y parques del municipio de San José del Guaviare, departamento del Guaviare»

● Razones del DNP:

En relación con este proyecto, el DNP afirma que, de los 18.5 kilómetros de la ciclo-infraestructura diseñada, solo se encuentran pavimentados 10.79 kilómetros y faltan 7.69, por lo que es necesario que la entidad territorial pavimente estas vías, para poder implementar la ciclo-infraestructura diseñada para esos tramos viales.

Señala que ENTerritorio no entregó la información necesaria que justificara la utilidad de los diseños realizados sobre el tramo de la vía sin pavimentar, que equivale al 42 % del tramo trazado, y, en esa medida, no se cumpliría el objeto del alcance del proyecto, que es el de conectar a los colegios con los parques de ese municipio.

● Razones de ENTerritorio:

Indica que, el 14 de agosto de 2017, realizó la presentación del proyecto ante las autoridades locales de San José de Guaviare, la comunidad y las instituciones que intervendrían en la ejecución del proyecto, con el fin de mostrarles el diagnóstico integral de este y las alternativas de solución.

De las tres alternativas planteadas, se seleccionó la denominada «anillo perimetral», que consistió en el trazado de una ciclo-infraestructura de, aproximadamente, diez kilómetros, decisión que quedó consignada en la respectiva acta de concertación.

Ahora bien, ENTerritorio también señala que, en razón a las necesidades de la comunidad beneficiaria y para lograr la interconexión de parques y colegios que se encontraban fuera del anillo perimetral, se dio alcance al objeto del contrato, para darle una mayor cobertura. Así, se amplió de 10 a 18.2 kilómetros, con el compromiso del municipio de ejecutar la pavimentación del tramo excedente, para

lo cual dicho ente territorial se encontraba adelantando el proceso de licitación, circunstancia que fue conocida y aceptada por el DNP.

Argumenta que esta actividad no era responsabilidad de ENTerritorio, sino del municipio, y tanto este como la Gobernación certificaron que pavimentarían las vías restantes del trazado, en el año 2021.

Por otra parte, manifiesta que, de acuerdo con el acta de factibilidad de resultados de la fase II, se estableció que la pavimentación de la vía no era indispensable para la ejecución del proyecto, y que este se realizaría por etapas, de la siguiente manera: la primera, al terminarse la estructuración, y la segunda, cuando la vía estuviera completamente pavimentada.

Sostiene que el DNP conoció estos hechos, aprobó el estudio de factibilidad del proyecto, y aceptó que podía adelantarse por fases y que la pavimentación del tramo restante era compromiso del municipio, por lo que las obligaciones de ENTerritorio se cumplieron, conforme al objeto contractual y a la naturaleza de la actividad y del proyecto aprobado.

- Posición de la ANDJE:

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado considera que deben reconocerse a ENTerritorio todos los costos en los que incurrió para la estructuración de este proyecto, teniendo en cuenta que, desde la terminación de la fase de prefactibilidad, la entidad territorial y el propio DNP solicitaron a ENTerritorio la ampliación del proyecto, con la adición de un tramo de casi ocho kilómetros que no estaba pavimentado y cuya pavimentación dependía exclusivamente del municipio, todo lo cual era conocido por el DNP.

En esa medida, dicho organismo no puede alegar un incumplimiento de ENTerritorio, por este motivo, para negarse a reconocer todos los gastos efectuados por esta entidad, cuando fue el DNP quien solicitó estructurar el proyecto de esa forma y con ese riesgo.

- Conclusiones de la Sala:

De la documentación que reposa en el expediente, así como del desarrollo de las reuniones y la audiencia celebrada en la Sala de Consulta y Servicio Civil, se desprende lo siguiente:

- a. En cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato interadministrativo de gerencia de proyectos 215050, suscrito entre Fonade (ahora, ENTerritorio) y el DNP, esta última entidad priorizó el proyecto presentado por el municipio de San José del Guaviare denominado «Estructuración integral para la conexión con

cicloinfraestructura de los colegios y parques del municipio de San José del Guaviare».

- b. El DNP, según el acuerdo de estructuración suscrito el 13 de octubre de 2016, entre ENTerritorio y San José del Guaviare, le informó a ENTerritorio que el municipio proporcionaría las condiciones mínimas necesarias para llevar a cabo apropiadamente las labores orientadas a cumplir el objeto del acuerdo de estructuración.
- c. En cumplimiento del contrato interadministrativo, ENTerritorio celebró el contrato de consultoría 2170559 del 1.º de marzo de 2017, con la Unión Temporal CIP VIVEKA, con el objeto de ejecutar la estructuración integral para la conexión, mediante cicloinfraestructura, de los colegios y parques del municipio de San José del Guaviare, según lo establecido en las normas vigentes, los parámetros establecidos en el contrato interadministrativo de gerencia de proyectos 215050 y las especificaciones que se definieran en el anexo técnico.

Es así que, en cumplimiento de lo contratado, el 22 de septiembre de 2017 se reunieron los representantes del DNP, ENTerritorio, la interventoría del contrato, la supervisión del contrato, la consultoría, la Gobernación del Guaviare y el municipio de San José del Guaviare, y consta, en acta, que en esa oportunidad se concertó y se avaló el inicio de la fase II de estudios y diseños en factibilidad, sostenibilidad y presentación del proyecto, bajo la alternativa 1: «anillo perimetral mejorada».

En el documento se consignó que se pasaría de un trazado inicial de, aproximadamente, 10 kilómetros, a uno de 18,2 kilómetros, con un tramo sin pavimentar. En efecto, en los planos del trazado concertado el 22 de septiembre de 2017, se observa que se trata de una ciclorruta por andén de 5850,22 m, eje vial con D.G 3540,81 m, vía sin pavimentar 3430,44 m y vía pavimentada 5415,61 m, para un total de intervención de 18.237,08 m.

Llama la atención que, en el oficio 20174120698451 del 17 de noviembre de 2017, el coordinador del Grupo de Coordinación del Sistema General de Regalías manifestó al gerente del contrato interadministrativo n.º 215050, de ENTerritorio, que, realizada la revisión preliminar, no tenía observaciones. En igual sentido, se pronunció la supervisora del contrato, quien, mediante oficio del 21 de junio de 2018, afirmó no tener observaciones a la ejecución del contrato.

En este punto, se resalta lo manifestado por la ANDJE, en el oficio 20225000057911-DDJ⁸⁵:

⁸⁵ Documento radicado el 18 de julio de 2022.

No es posible para el DNP argumentar que no se cumplió con todo lo acordado, cuando fue la propia entidad la que propició el desarrollo de la fase de factibilidad con la inclusión de dicho tramo sin pavimentar y conminó a ENTerritorio y a su consultor, al cumplimiento de la etapa de factibilidad teniendo en cuenta dichas particularidades y siendo consciente de que no se encontraba lista la pavimentación del tramo adicional y que dicha actividad era del exclusivo resorte del ente territorial, razón por la cual, en concepto de esta agencia, consideramos que debe ser plenamente reconocida la estructuración implementada.

- d. Por otra parte, se destaca que son varios los informes de interventoría del contrato de consultoría que aprobaron las labores contractuales, como aparece en los oficios arriba referenciados, del 21 de mayo de 2018, el 14 de febrero de 2019 y el 21 de marzo del mismo año.

Al respecto, el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 establece que las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado, a través de un supervisor o interventor.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha explicado que al interventor le corresponde vigilar que el contrato se desarrolle de acuerdo con lo pactado.⁸⁶ Asimismo, que la labor de interventoría es una manera como las entidades estatales ejercen la dirección general, el control y la vigilancia de los contratos.

Sobre el tema, ha dicho el Consejo de Estado:

[C]omo lo ha considerado esta Corporación, el contrato de interventoría “es una consultoría a través de la cual las entidades públicas ejercen su potestad de coordinación, dirección y control de la ejecución de contratos”, conforme al deber impuesto a las entidades en el artículo 14.1 de la Ley 80 de 1993. En razón a ello, corresponde al interventor “la labor de controlar que la obra se realice en los términos del respectivo contrato, tanto en lo que respecta a las especificaciones técnicas como en los términos contractuales”. Tal control correspondía a la interventoría en los términos del contrato suscrito en este asunto, en el que, si bien fueron pactadas sus obligaciones con términos generales, es claro que se encontraba a cargo del control de los aspectos técnicos, legales, administrativos y financieros de las obras contratadas, velando por los intereses del INVIAS.⁸⁷

En tal sentido, si las entidades no están de acuerdo con los informes del interventor, deben desvirtuar su dicho y el contenido de los documentos en los que se basó este colaborador de la administración.⁸⁸

⁸⁶ Sentencia C-037 de 2003.

⁸⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 19 de marzo de 2021, radicación número 2005-01116, y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 14 de octubre de 2021, radicación número 2013-00362.

⁸⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 2 de julio de 2021, radicación número 2012-00245.

En el presente caso, como se ha dicho, ni el DNP ni ENTerritorio objetaron los informes de interventoría en los que se aprobó, sin observaciones, la ejecución de los productos del proyecto.

Solo hasta el oficio 20194600377631 del 13 de junio de 2019, el supervisor del contrato interadministrativo 215050 manifestó a ENTerritorio que el DNP recomendaba la «verificación del cumplimiento», con base en la propuesta de la ciclorruta ampliada.

- e. Posteriormente en el «Informe final» de supervisión del contrato interadministrativo 215050, del 17 de julio de 2019, la supervisión del contrato hizo constar que ENTerritorio no allegó la documentación que soporte la utilidad de los diseños realizados sobre el tramo de vía que se encuentra sin pavimentar.

En ese mismo sentido, la supervisora advirtió a la gerente del contrato interadministrativo, mediante el oficio 20204600245801 del 31 de marzo de 2020, que el proyecto tenía falencias técnicas, así:

1. Existe una incertidumbre sobre la longitud de la vía diseñada, toda vez que en ENTerritorio, mediante radicado e NT 20186630735462 estableció la misma en 18,2 kms. No obstante, en la propuesta para fasearlo [sic], ENTerritorio propone un primer tramo de 10,8 kms y un segundo tramo de 7,7 kms, para un total de 18,5 kms.
2. Al ser faseado [sic] el proyecto, tal como lo propone ENTerritorio, esta supervisión encuentra que pierde su funcionalidad, por los siguientes motivos: no es claro que el proyecto planteado en dos fases como se propone actualmente, cumpla con el alcance y el objetivo deseado, el cual es la interconexión de instituciones educativas y parques por medio de la futura construcción; por otro lado, no es clara la continuidad de los tramos de la fase uno y como éstos serán interconectados con los propuestos para la fase dos planteada.
3. Actualmente, no se tiene información acerca del estado actual de las vías pendientes por pavimentar que garanticen la ejecución de la fase dos.

En oficio del 12 de mayo de 2020, el director del Sistema General de Regalías del DNP informó que el proyecto de la cicloinfraestructura no es útil ni funcional, ni está garantizada la pavimentación de parte del trayecto, manifestando, a su vez, que el municipio de San José de Guaviare expresó que culminaría las obras de pavimentación en 2019 y vigencias siguientes proyectadas.

Es importante resaltar que, en el oficio SOOPP del 24 de julio de 2020, la Alcaldía de San José del Guaviare manifestó que tiene proyectado pavimentar varios tramos que corresponden a la etapa 2 del trazado del proyecto.

- f. Por otra parte, mediante el oficio 2020230020206621 del 21 de octubre de 2020, ENTerritorio informó al DNP que la Gobernación del Guaviare «certificó» que los tramos pendientes por pavimentar, con incidencia en la segunda etapa del proyecto, serán intervenidos con la construcción de pavimento rígido, en una extensión aproximada de 3930,61 metros lineales.
- g. Finalmente, mediante el oficio SOOPP del 5 de julio de 2022, la Alcaldía de San José del Guaviare informó que, «del total de vías pendientes por pavimento con afectación al proyecto de ciclo ruta se encuentra pendiente 2676,51 ml».

Dicho lo anterior, se precisa que el contrato interadministrativo se encuentra en etapa de liquidación, estadio en que las partes pueden llegar a acuerdos, conciliaciones y transacciones, con el fin de poner fin a sus divergencias y declararse a paz y salvo⁸⁹. Dada la naturaleza comercial de la liquidación bilateral o por mutuo acuerdo entre las partes, es claro que en ella es posible incluir todos los acuerdos necesarios y convenientes para solucionar las diferencias y discrepancias⁹⁰.

Recomendación:

El proyecto satisface las expectativas de la entidad territorial beneficiada, y el DNP fue concedor de la situación relacionada con la extensión de la longitud de la vía, desde el momento mismo de la concepción del trazado, como aparece en el acta de concertación del 22 de septiembre de 2017, sin que hubiera objeción de su parte.

Allí obra, no solamente que la ciclorruta prevista se ampliaría en varios kilómetros, sino que se planteaba un diseño que tenía en cuenta un tramo de vías sin pavimentar.

Meses después, el DNP manifestó su inconformidad con el diseño, por la falta de pavimentación de algunas secciones, lo que, en todo caso, no impidió que el proyecto se ejecutara por parte de ENTerritorio, bajo la confianza legítima de que lo hacía de manera adecuada.

Podría decirse que el DNP propició o autorizó el surgimiento y la continuidad de la situación, lo que derivó en la convicción de ENTerritorio de que, en efecto, actuaba de manera ajustada a lo contratado.

Posteriormente, en la audiencia del 19 de julio de 2022, el DNP manifestó su voluntad de aprobar el proyecto, si el municipio certifica la futura pavimentación del

⁸⁹ Ley 80 de 1993, artículo 60, modificado por el artículo 217 del Decreto 19 de 2012.

⁹⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 16 de diciembre de 2019, radicación 2019-00126 (00002).

tramo faltante, que corresponde a 2676,51 metros lineales, menos del quince por ciento (15%) de lo proyectado.

Así las cosas, dado que el municipio beneficiario no solo ha dejado constancia de su disposición para culminar la pavimentación de las vías proyectadas, sino que ha avanzado de manera efectiva en la ejecución de los trabajos correspondientes, considera la Sala que tanto el DNP como ENTerritorio pueden dar por zanjadas sus diferencias, y el DNP puede recibir el proyecto, y reconocer los saldos adeudados a ENTerritorio (por concepto de las fases de perfil, prefacibilidad y factibilidad), para así, en la etapa de liquidación, declararse mutuamente a paz y salvo.

Se destaca que esta conclusión coincide, en lo esencial, con la postura de la ANDJE, entidad que considera que el DNP está en la obligación de pagar a ENTerritorio todo lo adeudado.

5) Subproyectos «Sistemas de acueducto y alcantarillado en Campanario, municipio de Ábrego y Sistemas de acueducto y alcantarillado en Culebritas, municipio de El Carmen, Región de Catatumbo»

● Razones del DNP:

Según este organismo, el Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio solicitó una nueva estructuración de estos proyectos, porque, en los elaborados inicialmente, solo se consideró la solución del sistema de tratamiento de aguas residuales y no la de las baterías sanitarias.

Por lo anterior, estos dos subproyectos no cuentan con el aval técnico necesario, para que obtengan la financiación con recursos del SGR, según el Acuerdo 045 del 2017 y los Anexos 11, 18 y 20, que se refieren a recreación, deporte, transporte, ciudad y territorio.

● Razones de ENTerritorio:

Por su parte, ENTerritorio manifiesta que realizó los subproyectos según las especificaciones solicitadas por el DNP, de conformidad con la ficha técnica «concepto técnico para estructuración o acompañamiento N. 005», remitida el 12 de noviembre de 2015, en la que el DNP recomendó iniciar la estructuración de los proyectos, sin considerar la inclusión de baterías sanitarias, en la alternativa de diseño.

De acuerdo con lo anterior, ENTerritorio, por medio del consultor, ejecutó las actividades de conformidad con lo establecido en los estudios previos, por lo que la solicitud del Ministerio, de incluir las baterías sanitarias, excede el alcance de estos subproyectos y las obligaciones pactadas con el DNP, para su estructuración.

- Posición de la ANDJE:

Para la Agencia, ENTerritorio estaba obligada contractualmente a trabajar de la mano con las entidades territoriales, con el fin de verificar el cumplimiento de los requisitos técnicos y jurídicos exigidos, así como apoyarlas en la obtención de los correspondientes permisos o conceptos favorables de las autoridades, que permitieran seguir adelante con la estructuración del proyecto, hasta obtener su completa viabilidad.

Adicionalmente, esta obligación quedó prevista en el respectivo contrato de consultoría que ENTerritorio suscribió, en el cual se estableció que las aprobaciones requeridas, por parte de las autoridades sectoriales, debían obtenerse dentro del plazo de ejecución de dicho contrato, tanto en la fase de prefactibilidad como en la de factibilidad. Por lo tanto, si tales aprobaciones no se obtuvieron, por el incumplimiento de los requisitos exigidos por las normas, dicha situación evidencia una falencia del estructurador.

Así, la Agencia concluye que se trataba de situaciones técnico-legales, que debieron ser analizadas durante cada una de las fases de la estructuración y que, al no haberlo sido (o haberse efectuado de forma indebida), conllevaron al rechazo del proyecto por parte de la autoridad sectorial, lo cual involucra, a su vez, un incumplimiento del estructurador (ENTerritorio), que impide que se le reconozcan los costos incurridos en esta estructuración.

- Conclusiones de la Sala:

ENTerritorio manifiesta que el proyecto consistía en la optimización de los sistemas de acueducto y alcantarillado para las cabeceras corregimentales de la región del Catatumbo, provincia de Ocaña y sur del Cesar, para lo cual se requería el diagnóstico de la infraestructura de tales sistemas existente en el momento.

ENTerritorio señala que la estructuración de los dos subproyectos se realizó de acuerdo con las especificaciones solicitadas por el DNP, conforme al contenido de la ficha técnica denominada “CONCEPTO TÉCNICO PARA ESTRUCTURACIÓN O ACOMPAÑAMIENTO N. 005”, remitida el 12 de noviembre de 2015, la cual no incluía las unidades sanitarias.

Ciertamente, se observa en la ficha técnica que en esta no se consideró la inclusión de las baterías sanitarias, pero tampoco se mencionó que se debieran incorporar en los dos subproyectos, los pozos sépticos, de modo que no se puede afirmar que el DNP había planteado la necesidad de realizar tales pozos en el componente de saneamiento básico de los subproyectos, y que por tanto, ENTerritorio había cumplido al hacer los diseños con la incorporación de los pozos sépticos.

En realidad, el DNP en la ficha técnica no estableció ni pozos sépticos ni unidades sanitarias, sino que recomendó iniciar la estructuración de los subproyectos, con la finalidad de conseguir la optimización de los sistemas de acueducto y alcantarillado en los corregimientos de varios municipios de la región del Catatumbo, entre los cuales estaban los de Campanario, municipio de Ábrego, y Culebritas, municipio de El Carmen.

Lo anterior significaba que ENTerritorio, como entidad poseedora del conocimiento especializado y la experiencia acumulada en la estructuración de proyectos de inversión, debía diseñar la optimización de tales sistemas, con la técnica más adecuada y teniendo en cuenta que se debían seguir los parámetros establecidos en la normativa del sector, pues finalmente se iba a requerir la aprobación técnica de los subproyectos, por parte de la autoridad sectorial, en este caso, el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio (MVCT), para que fueran viables y se pudieran realizar con recursos del SGR.

El DNP planteó de manera general, en la ficha técnica, los lineamientos de la situación de los sistemas de acueducto y alcantarillado con miras a su optimización, sin aludir a los pozos sépticos, de forma que quedaba al criterio de ENTerritorio la estructuración de los subproyectos, basándose en su experticia y la normativa sectorial, sin que el argumento de que no se le exigía en la mencionada ficha técnica la construcción de unidades sanitarias y que, por ende, contempló la realización de pozos sépticos, sea suficiente para sostener que cumplió a cabalidad con las especificaciones dadas por el DNP y, por consiguiente, cumplió con sus obligaciones, porque, se reitera, de todos modos, como entidad experta en la elaboración de proyectos, debía conocer y seguir la reglamentación del sector, con el fin de obtener el concepto técnico favorable del MVCT y lograr la viabilidad de los subproyectos.

En consecuencia, el argumento de ENTerritorio de que cumplió su compromiso al incluir en los subproyectos pozos sépticos y no unidades sanitarias, que no se le pedían en la ficha técnica, no lo exonera de su obligación de diseñar los subproyectos conforme a la normativa sectorial y de conseguir el concepto técnico favorable del MVCT, que constituía el factor determinante para darle viabilidad a los subproyectos.

Señalado lo anterior, la Sala encuentra que el concepto del MVCT, en el sentido de que se debe hacer una nueva estructuración de los proyectos de saneamiento básico, y que la alternativa seleccionada en la etapa de prefactibilidad no es viable, porque no incluyó las unidades sanitarias para las viviendas, significa que no se cumplieron los requisitos para la etapa de prefactibilidad y, por ende, tampoco la de factibilidad, razón por la cual no hay lugar al reconocimiento por parte del DNP a ENTerritorio, de los costos de estas dos etapas.

Teniendo como base las consideraciones expuestas en el documento anexo, es evidente que la estructuración del proyecto tuvo falencias desde la fase de prefactibilidad, en la cual, después del análisis realizado, se advierte que fueron presentados productos que no cumplían con los estándares contractuales y legales exigidos.

Sobre este punto, merece la pena destacar que es la misma entidad ENTerritorio quien dejó de manifiesto que se debía realizar una nueva estructuración, con nuevos requisitos, de los proyectos de saneamiento básico, lo cual significa que habría que replantear la alternativa seleccionada en la etapa de prefactibilidad, pues la presentada en cuanto al sistema de saneamiento básico, no fue aceptada por el MVCT.

Sobra decir que la imposibilidad de reconocer y pagar la fase de prefactibilidad se refleja en la no superación de esta fase, lo cual, naturalmente, se traduce en que no se deba analizar la fase de factibilidad, la cual, por supuesto, no podrá ser reconocida y pagada por DNP. Ello, en virtud del progreso condicionado por etapas al que fue sometido el contrato interadministrativo.

Por consiguiente, en relación con los productos entregados en fases de prefactibilidad y factibilidad, esta Sala recomienda que las mismas, al entenderse como no cumplidas por parte de ENTerritorio, no sean reconocidas y, en consecuencia, su valor sea devuelto al DNP.

Finalmente, y en atención a las razones precedentes, esta Sala considera pertinente hacer un llamado a ENTerritorio para que presente las reclamaciones procedentes frente al posible incumplimiento del contrato de consultoría núm. 2161633, por parte del consorcio INAR-CONDESA. Efectivamente, se advierte que los productos entregados en dicho contrato no cumplieron los estándares con base en los cuales se celebró el contrato.

En el mismo sentido, se debería realizar un análisis respecto de los informes de aprobación expedidos por las firmas interventoras, en tanto dieron el visto bueno a componentes del proyecto que no se ejecutaron de acuerdo a lo contratado. De igual forma, como ocurrió con el contrato de consultoría, se advierte que hubo deficiencias, las cuales deben ser reclamadas por ENTerritorio, máxime si se tiene en consideración que dichos contratos fueron ejecutados con recursos públicos.

En suma, el análisis fáctico y jurídico realizado en relación con los dos subproyectos del proyecto núm. 5: «Estructuración integral para la optimización de los sistemas de acueducto y alcantarillado en la región del Catatumbo, provincia de Ocaña y sur del Cesar», desarrollados en los municipios de Ábrego, corregimiento de Campanario, y El Carmen, corregimiento de Culebritas, permite señalar lo siguiente:

1) Sería viable que, dentro de la liquidación del mencionado contrato interadministrativo, el DNP reconociera a ENTerritorio los costos de la etapa de perfil del proyecto núm. 5.

2) No sería viable reconocer, dentro de la mencionada liquidación, los costos de las etapas de prefactibilidad y factibilidad, por cuanto estas no se habrían ejecutado, en la medida en que requerían del cumplimiento de las normas técnicas vigentes exigidas por el MVCT, de conformidad con las razones expuestas en este concepto.

En consecuencia, ENTerritorio debería reintegrar al DNP las sumas de dinero que haya recibido de este organismo para la realización de las fases de prefactibilidad y factibilidad de estos dos subproyectos, dentro del plazo que acuerden las partes en el acta de liquidación bilateral del contrato.

3) ENTerritorio debe presentar las reclamaciones pertinentes frente al posible incumplimiento del Consorcio INAR – CONDESA, en relación con el contrato de consultoría núm. 2161633, y de las sociedades H2O CONSULTING S.A.S., con la cual se firmó el contrato de interventoría núm. 2162133, e ING INGENIERIA S.A.S., con la cual se celebró el contrato de interventoría núm. 2170750, por desconocer sus obligaciones, al adelantar una estructuración y otorgar aprobaciones sobre productos que no cumplieron los estándares técnicos y legales exigidos.

6) «Estructuración integral para el mejoramiento de la vía terciaria que comunica el municipio de el Cabuyaro [sic] con el puente humea [sic] en el municipio de Puerto López, longitud apróx.= 35 Km»

● Razones del DNP:

Según el DNP, el proyecto fue recibido y aprobado por la Supervisión, el 8 de abril de 2019, pero de manera parcial, ya que el tramo correspondiente a las abscisas K0+000 (municipio de Cabuyaro) y K8+040 (intersección vial Cabuyaro, puente El Humea-Barranca de Upía) no fue recibido. En esta oportunidad, se comunicó a ENTerritorio que el DNP no tenía observaciones sobre los tramos recibidos.

En esa medida, el 22 de mayo de 2019, se entregó el proyecto al municipio El Cabuyaro y al DNP, y fue recibido de manera parcial, dejando constancia de que el tramo comprendido entre los puntos mencionados (K0+000 y K8+040) era objeto de otro proyecto, diseñado y ejecutado por la Gobernación del Meta, con estudios y especificaciones diferentes.

En consecuencia, el DNP considera que el proyecto estructurado solo puede ser viabilizado y recibido por los 26.8 kilómetros restantes, por lo cual solicita el reintegro del valor correspondientes a los 8.2 kilómetros que no hacían parte del alcance del contrato celebrado, teniendo en cuenta que, bajo los lineamientos consagrados en el Sistema General de Regalías, no pueden financiarse dos

actividades iguales sobre el mismo trayecto, en perjuicio del eficiente uso de los recursos.

- Razones de ENTerritorio:

Esta entidad asegura que, mediante acta de concertación del 21 de julio de 2017, se definió la estructuración del proyecto, por lo que procedió a efectuar las labores propias requeridas, sin que el DNP, por medio de alguna modificación contractual, eliminara uno de los tramos involucrados en este proyecto.

Asimismo, señala que, tras conocer la posibilidad de existencia de otro proyecto paralelo, simultáneo o contemporáneo que podía afectar el proyecto a su cargo, se realizaron las actividades necesarias para determinar la real existencia de dicho proyecto, sus aspectos técnicos y su presentación, para ser financiado con recursos del SGR, información que, aduce, no le fue posible obtener, ni fue allegada por los requeridos.

Por lo anterior, el DNP debe reconocerle el valor de la estructuración, de la forma en que quedó técnicamente establecido en el contrato, pues los costos derivados de la estructuración no guardan relación directa con las dimensiones de la vía. Además, en la ejecución del contrato, ENTerritorio incurrió en las erogaciones correspondientes a lo contratado.

- Posición de la ANDJE:

En primer lugar, la Agencia señala que, conforme a lo pactado en el contrato y en sus documentos anexos, ENTerritorio tenía la obligación, desde la fase de prefactibilidad, de identificar los proyectos paralelos, simultáneos o contemporáneos que pudieran afectar, de alguna forma, el proyecto a desarrollar (en virtud del contrato interadministrativo).

En esa medida, destaca que la existencia de otro proyecto vial, que se sobreponía parcialmente a este, era una situación que se había advertido, no solo en la fase de prefactibilidad, sino también en el acta de concertación suscrita por las partes y los demás participantes, antes de iniciarse la etapa de factibilidad.

Asimismo, destaca que, de los diseños de prefactibilidad y factibilidad, se deducía fácilmente que el tramo de 8.2 kilómetros, objeto de la controversia entre el DNP y ENTerritorio, formaba parte de otro proyecto, por lo que razonablemente debía suprimirse del proyecto que se estructuraba en virtud del contrato interadministrativo, para evitar que se elaboraran diseños dobles y, en consecuencia, se hicieran pagos duplicados, con recursos públicos.

Por lo anterior, concluye que no existe fundamento para pagar a ENTerritorio unos diseños duplicados, en relación con proyectos realizados con anterioridad a la consultoría, máxime cuando se había solicitado excluir el tramo respectivo, en la fase de factibilidad, por encontrarse, precisamente, duplicado o traslapado con el otro proyecto previamente estructurado.

- Conclusiones de la Sala:

El problema jurídico por resolver en relación con el proyecto de «Mejoramiento de la vía Cabuyaro» consiste en determinar si hay lugar al reconocimiento o no del tramo comprendido entre el K0+000 al K8+040, en el marco de la estructuración de dicho proyecto, sustentando la decisión en que dicho tramo ya había sido incluido por la Gobernación del Meta en otro proyecto vial.

Para tal efecto, la Sala debe referirse a tres temas de especial interés, como son: *i)* el deber de información en el marco de la contratación estatal; *ii)* las obligaciones de supervisión, vigilancia y control; *iii)* la finalidad de los contratos interadministrativos.

1. Sobre el deber de información en el marco de la contratación estatal debe destacarse el **principio de buena fe contractual**⁹¹, entendido como criterio orientador que obliga a las partes a asumir una actitud de permanente colaboración, lealtad y honestidad en la relación contractual, con el fin de garantizar la ejecución del objeto del contrato y procurar la satisfacción del interés general comprometido en la contratación del Estado⁹².

Uno de los deberes que se derivan del principio de buena fe es el deber de información, que, debido a su trascendencia, debe orientar el actuar de los sujetos contractuales tanto en la etapa de formación, como de ejecución y aún en la de liquidación⁹³.

El deber de información es un deber general, una norma secundaria de conducta, que debe ser acatado por las partes durante todo el *iter* contractual⁹⁴. Bajo esta

⁹¹ Ley 1437 de 2011. Artículo 3. Principios. «[...] Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, **buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad** ».

⁹² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez, radicado 15324.

⁹³ Consejo de Estado, Sección III, sentencia del 12 de agosto de 2014. Consejero Ponente Enrique Gil Botero. expediente n.º26332.

⁹⁴ [...] «De lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el *iter* contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe». *Ibidem*.

premisa, se debe precisar que dicho deber secundario de conducta, específicamente en la etapa de ejecución contractual, consiste en brindar información clara, cierta y completa a la otra parte del extremo contractual y contar con todos los datos inherentes al asunto informado, que permitan disponer de suficientes elementos de juicio para adoptar decisiones idóneas⁹⁵.

Este deber de información debe entenderse de doble vía, tanto de quien tiene la información y debe suministrarla como de aquel que la requiera y debe solicitarla. Lo anterior significa que, el deudor de la información y el acreedor de la información, o el informante y el informado, según corresponda, de tener la información o los medios necesarios para la búsqueda de esta, consecuentemente, tiene la obligación de informarlo a su contraparte interesada⁹⁶.

Por ello, el sujeto contratante que se encuentra en una posición especial o cualificada para obtener la información o aquel que puede obtenerla con mayor facilidad, es a quien se le puede exigir, en sentido más estricto, el cumplimiento del deber en comento. Por tal razón «la responsabilidad solo es factible edificarla sobre la base de la ignorancia inexcusable de la otra», es decir, siempre que se compruebe la diligencia del acreedor y/o deudor para conseguir informarse, el sujeto no estará llamado a responder por la falta o indebida información suministrada⁹⁷.

Ahora bien, en el marco de estructuración de los proyectos de inversión pública, el Sistema General de Regalías (SGR) establece reglas propias y distintas dada su especialidad, no obstante, esta normativa no es excluyente del régimen de contratación estatal, reglado en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Decreto 1082 de 2015, entre otras, para la etapa de ejecución de los proyectos de inversión, ni mucho menos de los principios generales del derecho.

En el proyecto que en esta oportunidad ocupa a la Sala, se aprecia la inobservancia del deber de información al no contar, en ninguna de las fases de estructuración, con la información detallada y suficiente del otro proyecto vial promovido por la Gobernación del Meta (paralelo, contemporáneo o similar) que posiblemente había incluido en sus diseños un tramo de la vía objeto de la estructuración del proyecto de «Mejoramiento de la vía Cabuyaro» y que no se determinó su potencial de afectación en este.

⁹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de agosto de 2011, expediente 6146.

⁹⁶ Barreto Cifuentes, S & otros / Benavides, J (editor). Fallos referentes en contratación estatal. Universidad Externado de Colombia. Primera edición.

⁹⁷ *Ibidem*. [pág. 531].

En efecto, desde la fase de perfil en la cual se realizó la formulación y estructuración de las alternativas seleccionadas, partiendo de la problemática vial en la región, previamente identificada, la información proveniente del otro proyecto promovido por la administración departamental (fuente secundaria) era un dato útil y vital para adelantar el análisis y la evaluación de la conveniencia de cada una de las alternativas expuestas, de conformidad a las disposiciones del SGR previamente reseñadas⁹⁸.

Sobre el deber contractual de información, la Sala advierte que, ENTerritorio y su consultor eran, en principio, los llamados a cumplirlo, en todas sus facetas, pues, en atención a su experticia, tenían la obligación de realizar todas las gestiones necesarias para hacer el levantamiento de la información correspondiente, especialmente aquella que se debía obtener de fuentes secundarias, como sucede con los diseños del proyecto vial promovido por la Gobernación del Meta.

En cumplimiento de dicha obligación, se evidencia, de la documentación allegada a la Sala, que ENTerritorio y su consultor sí desplegaron varias gestiones⁹⁹, aunque infructuosas, tendientes a la búsqueda de la documentación relacionada con el proyecto vial promovido por la gobernación, pese a que pudieron haber actuado con mayor diligencia.

⁹⁸ En el anexo técnico, componente del contrato interadministrativo, en cuanto a la fase de perfil, se estipuló, a cargo de ENTerritorio, la recolección de **información de origen y necesaria** para preparar y evaluar las posibles alternativas, en los siguientes términos: **b) Fase de perfil:** Se realiza la primera jornada de trabajo en campo por parte de FONADE (visión técnica y sostenibilidad con el Ente Territorial para realizar aproximación y análisis del entorno respectivo [...] y a partir de información de origen para preparar y evaluar posibles alternativas con análisis costo-beneficio. [...] Como resultado de esta fase, se obtiene la información necesaria para determinar la viabilidad de continuar o no con la preinversión del proyecto. En dado caso de resultar positiva su continuidad, se suscribe por parte de FONADE, el contrato de consultoría de estudios y diseños a entregar en fase de factibilidad y con el Ente territorial se suscribe el acuerdo de estructuración. [Ver pág. 5]

⁹⁹ Tales gestiones, en criterio de este órgano consultivo, se acreditaron al remitir derecho de petición, del 10 de agosto de 2017, a la entidad territorial (CE-270-2017, único documento allegado por las partes y obra en el expediente), en el que solicitó los diseños y documentos relacionados con el proyecto vial a cargo de la Gobernación del Meta; así mismo, con la socialización de dicha solicitud al DNP (oficio de ENTerritorio radicado con el número 20196300014691 y radicado DNP 20196630047772 del 25 de enero de 2019, allegado por las partes, de conformidad a lo solicitado por la Sala en auto del 6 de mayo de 2022). Adicionalmente, se pudo evidenciar que se adelantaron las consultas en el Secop, con el fin de determinar la existencia de procesos de contratación estatal que tuvieran como propósito la construcción de obras viales en el casco urbano de los municipios de Cabuyaro y Puerto López, que afectarían la estructuración del proyecto bajo controversia, sin que se haya encontrado ninguno. Informe de la interventoría INGI 5018870017, radicado bajo el n.º 20174300487802 en ENTerritorio, de fecha 12 de agosto de 2017, al revisar y aprobar el producto n.º 2 del contrato de consultoría correspondiente a «prefactibilidad, informe de selección de alternativas, diseños y estudios preliminares». Este producto equivale a los productos n.º 7 (informe de selección de alternativas) y 8 (documentos requeridos en prefactibilidad) del contrato interadministrativo n.º 215050, suscrito entre el DNP y ENTerritorio.

Empero, en atención a la doble concepción del deber de información y que este se encuentra en cabeza de todos los sujetos contratantes, al ser un deber implícito que se deriva del principio de buena fe en materia contractual, observa esta Sala que el DNP, como acreedor de la información, no estaba exento de cumplir dicho deber. Es más, esta entidad era la llamada a cumplir, con mayor rigurosidad, dicho deber, al ser la autoridad que poseía la información relacionada con el proyecto vial promovido por la Gobernación del Meta.

El DNP, como administrador y responsable del SUIFP¹⁰⁰, sistema en el cual se integran los proyectos de inversión pública, era quien, en la relación comercial, tenía una posición especial o cualificada que, probablemente, le permitía conocer y/u obtener la información del otro proyecto promovido por la gobernación con mayor facilidad que su contraparte (ENTerritorio y el consultor).

Por consiguiente, se observa que el DNP incumplió alguna de sus obligaciones de la cláusula segunda del contrato interadministrativo previstas en los numerales 7¹⁰¹ y 13¹⁰² y aquello dispuesto por la jurisprudencia, reiterado por la doctrina, en cuanto al alcance del deber de información en la relación contractual.

Con una actuación diligente respecto al deber de información por parte del DNP, pues es esta entidad la que tenía el conocimiento del proyecto de la Gobernación del Meta al estar registrado en el Sistema Unificado de Inversiones y Finanzas Públicas (SUIFP), se hubiera facilitado la revisión del impacto que este podía tener en la estructuración del proyecto a cargo de ENTerritorio, lo que le hubiera permitido al consultor ajustar o modificar los diseños respecto del tramo comprendido entre la abscisa K0+000 al K8+040, objeto de traslapo, como bien se mencionó en la reunión de inspección, seguimiento y control celebrada el pasado 29 de mayo de 2018.

2. En relación con las obligaciones de supervisión, vigilancia y control, estas son labores que, en el marco de la contratación estatal, se realizan mediante las figuras de consultoría e interventoría¹⁰³. En este sentido, debe resaltarse la gestión ejercida, sobre el particular, por cada una de las entidades contratantes.

¹⁰⁰ La Dirección de Inversiones y Finanzas Públicas (DIFP) del DNP es el responsable de administrar el Sistema Unificado de Inversiones y Finanzas Públicas (SUIFP).

¹⁰¹ Cláusula segunda, numeral 7. Adelantar la articulación con las autoridades territoriales y otras instituciones que se requieran para el desarrollo del presente contrato.

¹⁰² Cláusula segunda, numeral 13. Las demás que sean acordes con la naturaleza del presente contrato.

¹⁰³ Ley 80 de 1993, artículos 14 y 26. // Ley 1474 de 2011, artículo 84.

Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 24 de enero de 2019. Consejero Ponente William Hernández Gómez, expediente radicado n.º 13382012. // Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 21 de mayo de 2021. Consejero ponente: José Roberto SÁCHICA Méndez. // Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de noviembre de 2017. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio, expediente n.º 51802.

De los documentos analizados y allegados por las partes, la Sala observa que la supervisión del contrato del DNP, quien actúa en representación de esta entidad, revisó y aprobó los productos correspondientes a la fase de prefactibilidad, sin ninguna observación, como consta en los antecedentes del proyecto¹⁰⁴.

Dicha autorización se dio aun cuando, en el documento adjunto entregado con el producto n.º 8¹⁰⁵ del contrato interadministrativo, se reiteró que en los documentos preliminares de diseño y estudios técnicos especializados allegados en la etapa de perfil por la consultoría (con el producto n.º 1, correspondiente al contrato de consultoría) se habían identificado unos archivos de referencias topográficas y un componente predial de 8 kilómetros incluidos en otro proyecto, los cuales serían tomados como base de información secundaria¹⁰⁶.

En este sentido, en el caso que nos ocupa, se advierte que la Supervisión del contrato interadministrativo, a cargo del DNP, no actuó con la diligencia que le correspondía, en el marco de sus obligaciones de vigilancia, con respecto al recibo de los productos correspondientes al proyecto de la vía Cabuyaro.

Por otra parte, respecto a ENTerritorio, para el seguimiento, verificación y control de la ejecución del cumplimiento de las obligaciones del consultor, esta entidad estaba obligada a ejercer, de un lado, la supervisión, mediante la persona designada, para vigilar la interacción entre el interventor y el consultor, y, de otro lado, la supervisión exclusiva al contrato de interventoría, bajo el seguimiento permanente de la gerencia del contrato interadministrativo.¹⁰⁷ Asimismo, existía la interventoría al contrato de consultoría.

¹⁰⁴ Aprobaciones del DNP de los productos entregados, junto a los informes de interventoría donde se mencionó que no existían proyectos paralelos, complementarios o similares que pudieran afectar la viabilidad del proyecto vial Cabuyaro, objeto de esta consulta: *i*) Oficio del DNP bajo radicado número 20174120639221 del 26 de octubre de 2017, relacionado con la aprobación de la entrega de la versión final de los productos n.º 7 y 8 del contrato interadministrativo, *ii*) Se entregó el producto n.º 8 del contrato interadministrativo al DNP, que corresponde al producto n.º 2 del contrato de consultoría n.º 2170481, mediante radicado del DNP n.º 20176630497812 del 20 de septiembre de 2017, el cual fue aprobado por el DNP, bajo radicado número 20174120639221, (oficio con radicado ENTerritorio n.º 20174300594202 del 31 de octubre de 2017 del proyecto 3), *iii*) Se entregó el producto n.º 7, que corresponde al producto 3 del contrato de consultoría, mediante comunicado con radicado DNP n.º 20176630497602 del 20 de septiembre de 2017 y *iv*) Entrega final de los productos n.º 7 y 8, mediante oficio radicado ENTerritorio n.º 20172300245841 del 21 de septiembre de 2017; todos las entregas anteriores se aprobaron por la supervisión del DNP.

¹⁰⁵ Producto n.º 8 del contrato interadministrativo: documentos requeridos en prefactibilidad, consagró la necesidad de identificación de proyectos simultáneos, paralelos o contemporáneos que pudieran afectar el proyecto en desarrollo. *Ibidem* (pág. 23).

¹⁰⁶ Oficio n.º 20194600218671 del 8 de abril de 2019 y oficio radicado ENTerritorio n.º 20194300175842 del 9 de abril de 2019.

¹⁰⁷ Contrato n.º 217048 (consultoría), cláusula séptima (control y seguimiento a la ejecución contractual), numeral 7.2, párrafo primero: «En todo caso la Gerencia del Convenio, ejecutará la supervisión a través de la persona designada por FONADE, para la interacción entre la interventoría

De manera general, en cabeza del interventor recaía la obligación de informar a su contratante (ENTerritorio) el desarrollo de la ejecución contractual a cargo del consultor, aprobar y/o rechazar, según considerara, la entrega de los productos por el consultor, siempre que cumplieran con las condiciones contractuales establecidas en el contrato de consultoría, y avalar el trámite de los cobros correspondientes al consultor¹⁰⁸.

De acuerdo con los informes de aprobación de productos remitidos por la interventoría a ENTerritorio¹⁰⁹, esta Sala evidencia que, efectivamente, este contratista informó a la supervisión designada por su contratante (ENTerritorio) la existencia de otro proyecto advertido por el consultor en la entrega de los productos, el cual incluía en sus diseños un tramo de la vía del proyecto objeto del contrato. No obstante, se observa que la interventoría sin contar con toda la información relevante, conforme a la cual se pudiera determinar con certeza las implicaciones del otro proyecto en la estructuración del proyecto vial Cabuyaro, aprobó la entrega de cada uno de los productos objeto del contrato de consultoría y, en consecuencia, avaló la gestión del consultor.

Adicionalmente, los supervisores de ENTerritorio tenían el deber, bajo el alcance normativo y conceptual previamente reseñado, de rechazar la entrega de los bienes y /o servicios, al prever que estos no se ajustaban a las especificaciones técnicas, condiciones y/o calidades que debían tenerse presente para alcanzar la viabilidad del proyecto o, en su defecto, a condicionar la aprobación de estos, siempre que se contara con la información completa del otro proyecto promovido por la Gobernación del Meta, que diera fe que su existencia no afectaba la viabilidad objeto de esta consulta, de la misma manera que debió hacerlo el DNP al recibir los productos¹¹⁰.

y contratista de consultoría. Sin perjuicio de la supervisión que se asigne al contrato de interventoría».

¹⁰⁸ Contrato n.º217050 (interventoría), cláusula sexta (obligaciones de las partes), numeral 6.1 Obligaciones del contratista.

¹⁰⁹ i) Informe de aprobación proyectos 1,2,3,4 radicada interventoría INGI-5018841617 y radicado ENTerritorio 2017430038909-2 del 13 de julio de 2017, ii) Informe de aprobación del producto 2 radicada interventoría 5018870017 y radicado ENTerritorio 20174300487802 del 12 de septiembre de 2017, iii) Informe de aprobación del producto 3. Radicado de interventoría INGI5018872517 – INGI5018873917 – INGI5018874117 / radicado ENTerritorio 20174300502732 / 20174300507352 / Radicado DNP 20176630497602 del 19 de septiembre de 2017, iv) Informe de aprobación del producto n.º4 del proyecto 3, radicado interventoría INGI-50188-663-18, radicado ENTerritorio 2018-430-0670092 del 21 de noviembre de 2018.

¹¹⁰ Cláusula 23 del Contrato interadministrativo n.º215050 de 2015. / Ver Guía para el Ejercicio de las Funciones de Supervisión e Interventoría de los Contratos del Estado, versión G-EFSICE-01 y G-EFSICE-02, expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente.

En consecuencia, tanto el DNP como ENTerritorio faltaron presuntamente a sus obligaciones de supervisión, control y vigilancia, al permitir la continuación de la estructuración del proyecto y avalar la misma, sin determinar con suficiencia y certeza si la existencia del otro proyecto (y la posible inclusión en sus diseños del tramo bajo controversia) podía afectar la estructuración del proyecto vial de Cabuyaro, derivado del contrato interadministrativo suscrito por ambas entidades.

No obstante, debe tenerse presente que ENTerritorio, a través de su consultor, ejerció una normal diligencia en la búsqueda de la información atinente al proyecto de la Gobernación del Meta, pero, pese a ello, no le fue posible obtenerla, lo cual fue informado a la interventoría de dicha entidad, en los informes de avance del contrato. La interventoría y supervisión de ENTerritorio, al avalar los informes de ejecución contractual del consultor, están aceptando implícitamente la diligencia normal realizada por este respecto a la búsqueda de la información aludida; pero, además, están reafirmando que el objeto contractual del proyecto vial de Cabuyaro contemplaba la estructuración de 35 km de longitud, aproximadamente.

3. Sobre la finalidad de los contratos interadministrativos, la Sala reitera que estos se caracterizan porque las entidades públicas puedan, en forma conjunta, cumplir las funciones a su cargo mediante la cooperación y coordinación, principios de rango constitucional¹¹¹.

Del análisis fáctico y jurídico de este proyecto, contenido detalladamente en el anexo del concepto, se extraen las siguientes conclusiones:

- 1) El DNP inobservó el deber de información, como deber de conducta en materia contractual, pues era la entidad que tenía una posición especial o cualificada en relación con la información, al ser el administrador y responsable del SUIFP. Esta posición en la relación contractual le permitía conocer y/u obtener la información del proyecto promovido por la Gobernación del Meta con mayor facilidad que su contraparte (ENTerritorio y el consultor).
- 2) El DNP era el llamado a entregarle a ENTerritorio la información relacionada con el proyecto de la entidad departamental referida, no solo por su posición especial respecto de la información que tenía sobre dicho proyecto, sino en virtud del principio de solidaridad contractual o deber de cooperación contractual, habida cuenta que lo que se busca es proteger el interés contractual en su colectividad (el cumplimiento del objeto contractual).
- 3) Aun siendo ENTerritorio el gerente de la estructuración (lo que implica que esta entidad asumió unos compromisos enmarcados, desde el punto de vista jurídico,

¹¹¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto n.º 1881 del 30 de abril de 2008.

en las obligaciones de resultado, bajo los efectos que ello envuelve), en este caso, en particular, se tiene que esta entidad y sus contratistas obraron con la diligencia normal, pese a que pudieron actuar con mayor presteza, con relación a la falta o incompleta información del proyecto promovido por la Gobernación del Meta.

Por ende, al no recibir la información que reposaba en las instalaciones del DNP, ni tampoco de la entidad territorial beneficiaria del proyecto, el contratista ejecutó el contrato con base a los parámetros inicialmente solicitados por aquella entidad.

- 4) Si bien se presentó una deficiencia recíproca en la gestión de supervisión, vigilancia y control de la ejecución contractual, pues la supervisión del DNP y la interventoría y supervisión de ENTerritorio permitieron la continuación de la estructuración del proyecto vial de Cabuyaro, hasta la etapa de factibilidad, sin exigir la revisión del proyecto de la Gobernación del Meta, que supuestamente contiene un tramo que se traslapa con un tramo del proyecto estructurado por ENTerritorio, debe indicarse que, respecto de la interventoría y supervisión de ENTerritorio, al avalar los informes de ejecución contractual del consultor, están aceptando implícitamente la diligencia normal realizada por este respecto a la búsqueda de la información aludida; pero, además, están reafirmando que el objeto contractual del proyecto vial de Cabuyaro contemplaba la estructuración de 35 km de longitud, aproximadamente.
- 5) Debido a que el contrato n.º 215050 de 2015 es interadministrativo, tanto el DNP como ENTerritorio no solo debían ejercer la supervisión, vigilancia y control del contrato, en conjunto, sino que estaban obligados a precaver (solidariamente) las contingencias que pudieran presentarse en el proceso de estructuración del proyecto y tomar las medidas eficientes que permitieran alcanzar el fin perseguido.

Esto, teniendo en cuenta los fines de la contratación suscrita y los principios de cooperación y coordinación que caracterizan esta modalidad contractual.

Por lo anterior, la Sala, en ejercicio de su función consultiva para precaver posibles litigios entre entidades públicas, o poner fin a uno existente, y con el fin de que partes puedan solucionar la controversia jurídica sobre el proyecto n.º 6, «Mejoramiento de la vía terciaria que comunica el municipio de Cabuyaro con el puente Humea, en el municipio de Puerto López, longitud aproximada de 35 kilómetros», y proceder, en consecuencia, a liquidar el contrato interadministrativo n.º 215050 de 2015, **recomienda:**

Que el DNP reciba el proyecto n.º 6, tal como fue estructurado por ENTerritorio¹¹² en cumplimiento del objeto contractual, sin que esta última entidad deba reintegrar suma alguna al DNP, por concepto del tramo trasladado.

No obstante, la Sala llama la atención sobre la importancia de salvar este proyecto, de tal forma que pueda compatibilizarse con el proyecto de la Gobernación del Meta, y, de esta manera, se logre la financiación con recursos del SGR, previa viabilización y aprobación del OCAD.

H. Los honorarios pactados a favor de ENTerritorio («cuota de gerencia»)

Tal como se indicó previamente, el contrato interadministrativo SGR-053/215050 de 2015 se suscribió en desarrollo del «Convenio de Asociación» 586/215046 del 14 de septiembre de 2015, suscrito entre las mismas partes (DNP y ENTerritorio, antes Fonade). En la cláusula segunda de este acuerdo marco («CRITERIOS»), se pactó lo siguiente, sobre los honorarios que tendría derecho a recibir ENTerritorio por la prestación de sus servicios, en las diferentes líneas de negocio ofrecidas, y según lo pactado en cada contrato interadministrativo «derivado»:

[...] **Costos máximos de las líneas de negocio:** En el marco de la unión de esfuerzos DNP – FONADE, se establecerán unos costos máximos por parte de FONADE de acuerdo con cada una de las líneas de negocio a implementar, con cargo a los recursos que se prevean para cada contrato derivado del presente convenio: (a) Gerencia de Proyectos, hasta el 10% del valor del contrato derivado, (b) Gestión de Proyectos hasta el 7,5% del valor del contrato derivado [énfasis añadido].

Con base en este convenio, las partes estipularon, en la cláusula tercera, numeral 3.º, del contrato interadministrativo SGR-053/215050 de 2015, que una de las obligaciones del DNP sería la de «[p]agar la cuota de Gerencia establecida en la propuesta por FONADE».

Asimismo, en la cláusula séptima, literal A, numeral 1.º, del mismo negocio, las partes pactaron que el valor (inicial) de la «cuota de gerencia» a favor de ENTerritorio sería la suma de \$6.551.800.000¹¹³, la cual sería descontada directamente por dicha entidad, de los pagos que hiciera el DNP, con la siguiente periodicidad y requisitos:

¹¹² De los documentos que obran en el expediente, la Sala observa que el 22 de mayo de 2019, como consta en el acta de la misma fecha, ENTerritorio entregó al DNP y a la entidad beneficiaria, Alcaldía del municipio de Cabuyaro, los estudios y diseños del proyecto de «Mejoramiento de la Vía Cabuyaro», con la longitud de 35 kilómetros contratada, y, por su parte, el DNP recibió, de manera parcial, 26.8 kilómetros, correspondientes al tramo comprendido entre el K8+040 y el K34+833, siendo este el origen de la controversia suscitada ente las partes.

¹¹³ Que equivalía, en ese momento, al 10% del total de los recursos aportados por el DNP para la ejecución del contrato interadministrativo, en todos sus componentes: \$65.518.000.000.

- Un primer pago equivalente al 20% de la cuota de gerencia del contrato, previo cumplimiento de los requisitos de ejecución del presente contrato, entrega y aprobación de la primera versión del Plan Operativo del contrato al DNP.
- Un segundo pago equivalente al 30% de la cuota de gerencia del contrato, previa presentación y aprobación del cuarto Informe de gestión, por el supervisor.
- Un tercer pago equivalente al 30%, de la cuota de gerencia del contrato, previa presentación y aprobación del noveno informe de gestión por el supervisor.
- Un último pago por el 20% de la cuota de gerencia del contrato, previa presentación y aprobación del décimo cuarto informe de gestión, por el supervisor. [Subrayas en el original].

Como se aprecia, en dicha estipulación se acordó que el pago de la cuota de gerencia se haría de forma gradual o progresiva, guardando equivalencia con el cumplimiento de las actividades y obligaciones contractuales de ENTerritorio, reflejada en los informes de gestión que dicha entidad debía presentar, y que el supervisor (funcionario del DNP) debía revisar y aprobar (o, por el contrario, rechazar).

Es importante señalar que ENTerritorio, en su propuesta (numeral 13.1, p. 42) solicitó el pago de una *cuota de gerencia* que coincidía con la acordada en el contrato interadministrativo, en relación con su valor, distribución, periodicidad y forma de pago.

No obstante, en cuanto a los requisitos para su reconocimiento, ENTerritorio ofrecía que cada uno de los porcentajes parciales de sus honorarios se causarían «previa presentación» de los respectivos informes de gestión y demás documentos señalados. Al redactarse y suscribirse el contrato, se agregó que tales pagos se causarían contra la presentación «y aprobación» [subrayado en el original] de los instrumentos mencionados. De esta forma, quedó clara y explícita la voluntad de las partes de someter el pago de la «cuota de gerencia» a la aprobación (que supone la revisión previa) de los informes de gestión y demás documentos exigidos, por parte de los supervisores del contrato interadministrativo (empleados del DNP).

De lo anterior, puede inferirse que las partes tuvieron la intención de correlacionar el pago de los honorarios pactados a favor de ENTerritorio con el cumplimiento de sus obligaciones, de manera tal que, en principio, dicha institución solo tendría derecho a la totalidad de la cuota de gerencia estipulada, en la medida en que cumpliera cabalmente todas sus obligaciones.

Ahora bien, el valor original de la cuota de gerencia, los plazos y los requisitos para su reconocimiento fueron modificados con los otros ítems números 2, 3, 4, 6 y 7, en los que se pactaron adiciones al valor del contrato. Sin embargo, en dichas enmiendas se conservó la exigencia pactada inicialmente, sobre la «presentación y aprobación» de los respectivos informes de gestión, como condición necesaria para

el pago de las correspondientes porciones de la *cuota de gerencia*. Así, por ejemplo, en el otrosí n.º 7, que fue el último, se estipuló:

SEGUNDA- MODIFICACIÓN: Modificar la Cláusula Séptima del Contrato Interadministrativo [...] relativa a la **DISCRIMINACIÓN DE LOS RECURSOS DEL CONTRATO**, la cual quedará así:

[...]

1) *VALOR DE LA CUOTA DE GERENCIA Y FORMA DE PAGO: EL DNP reconocerá a FONADE por los costos de Gerencia del proyecto, hasta [...] (\$9.629.508.049) incluidos todos los costos directos e indirectos y tributos a que haya lugar, los cuales se descontarán del valor de los pagos efectuados por el DNP, como se describe a continuación:*

- *Un noveno pago correspondiente a los recursos adicionados para el pago de la cuota de gerencia hasta por la suma de QUINIENTOS SESENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS TRES MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS [...] (\$562.903.645), **previa presentación y aprobación del trigésimo noveno informe de gestión** que deberá ser entregado por FONADE, según lo estipulado en el numeral 30 de la Cláusula Segunda del Contrato Interadministrativo [...] [subraya en el original; negrillas añadidas].*

En consecuencia, para establecer si ENTerritorio tiene derecho a que se le reconozca, en su integridad (100%), la cuota de gerencia acordada en el contrato interadministrativo, sería necesario, en primer lugar, que las partes establezcan, durante la liquidación del contrato, si todos los informes de gestión previstos en la cláusula séptima, literal A, numeral 1.º, del contrato interadministrativo (con sus modificaciones) fueron presentados por ENTerritorio y aprobados por los supervisores del contrato, a nombre del DNP¹¹⁴.

Sin embargo, aunque esto haya sido así, la Sala considera que no resultaría suficiente para concluir que ENTerritorio tiene derecho a percibir el cien por ciento (100%) de la *cuota de gerencia* estipulada a su favor, pues, como se trata de un

¹¹⁴ Sobre este asunto, es importante señalar que, en el documento intitulado «Informe de gestión final del contrato interadministrativo», del 27 de diciembre de 2019, enviado por ENTerritorio al DNP con el oficio n.º 20202300003841 del 13 de enero de 2020, radicado en dicho organismo el 15 de enero del mismo año, con el n.º 20206630013282, se afirma que los informes mensuales de gestión n.º 1 a 39 fueron aprobados en el Comité Técnico Operativo, mientras que los informes n.º 40 a 45 no habían sido aprobados aún, por diferentes motivos (p. 5, en adelante, con relación al producto 3: informe de gestión mensual).

Esta información aparece ratificada en los memorandos DSGR 202141600075413 del 30 de abril de 2021 y DSGR 20214600118133 del 22 de julio de 2021, mediante los cuales algunos funcionarios del DNP formularon consideraciones jurídicas, técnicas y financieras sobre la liquidación del contrato interadministrativo.

contrato sinalagmático y conmutativo, y los honorarios de ENTerritorio deben guardar proporcionalidad con el cumplimiento de sus obligaciones, como ya se explicó, por lo que dicha entidad solo tendría derecho a recibir la totalidad de los honorarios pactados a su favor si cumplió efectivamente con la totalidad de sus obligaciones.

Por el contrario, si ENTerritorio incumplió (total o parcialmente) algunas de sus obligaciones contractuales, no tendría derecho a percibir parcialmente la referida *cuota de gerencia*, en proporción a su incumplimiento, y, en caso de haberla descontado ya de las sumas desembolsadas por el DNP, en desarrollo de lo previsto en el contrato interadministrativo, tendría que reintegrarlas a dicho organismo, dentro del plazo que las partes acuerden.

Teniendo en cuenta que la Sala ha constatado, en este concepto, que se presentó un incumplimiento parcial del contrato, por parte de ENTerritorio, y dado que, según los documentos que obran en el expediente, el DNP pagó la totalidad de la «cuota de gerencia», ENTerritorio tendría que devolver parte de tales honorarios, a prorrata del referido incumplimiento.

Para tal efecto, la Sala sugiere que las partes calculen dicha porción, aplicando la misma relación matemática que exista entre: *i*) el valor total del contrato y *ii*) el valor total de las obligaciones incumplidas parcialmente por ENTerritorio, que equivaldría, en principio, a la sumatoria de los recursos que dicha entidad debe reintegrar, por este motivo, conforme a lo establecido en el concepto.

El reintegro de tales sumas debería hacerse dentro del plazo que las partes acuerden, en el acta de liquidación.

I. Propiedad de los rendimientos financieros y su eventual obligación de devolución o pago parcial al DNP

Sobre esta controversia, es necesario recordar, en primer lugar, el contenido de la cláusula décima del contrato interadministrativo:

DÉCIMA- RENDIMIENTOS FINANCIEROS: Los rendimientos financieros generados en virtud del presente contrato, son de FONADE.

Como se aprecia, la citada estipulación dispone que los rendimientos financieros que se generen en virtud de este contrato pertenecen a Fonade (hoy en día, ENTerritorio), sin hacer distinción o salvedad alguna.

Adicionalmente, es importante aclarar que dicha cláusula no surgió, de manera súbita, en la minuta de contrato interadministrativo, sino que ya se encontraba

prevista en los antecedentes de este negocio jurídico, lo que denota que esta fue, claramente, la voluntad de las partes a este respecto (artículo 1618 del Código Civil¹¹⁵).

En efecto, tal como lo señala ENTerritorio, en la respuesta del 6 de julio de 2022 al cuestionario remitido por la Sala, y se puede constatar en los respectivos documentos, el Comité de Negocios de Fonade (ahora, ENTerritorio), en sesión del 15 de septiembre de 2015 (acta n.º 40) aprobó la inclusión de la cláusula de propiedad de los rendimientos financieros, en el contrato que pretendía celebrarse con el DNP, por tratarse de una gerencia integral de proyectos y, adicionalmente, por la necesidad de definir claramente la propiedad de tales intereses, para cumplir las normas internacionales de información financiera (NIIF) aplicables a dicha empresa industrial y comercial del Estado.

Esto se ratificó en el numeral 13.5 de la propuesta presentada por ENTerritorio al DNP, mediante la comunicación n.º 20152300268821 del 16 de septiembre de 2015, como se indicó al reseñar los antecedentes de este contrato. En dicho numeral se expresó:

En virtud del acuerdo contractual y tomando en consideración que se trata de la línea de negocios denominada Gerencia de Proyectos, los rendimientos financieros serán de propiedad de FONADE, en su totalidad [énfasis añadido].

Ahora bien, la cláusula vigésima cuarta (liquidación) establece que, luego de efectuada la liquidación del contrato interadministrativo, si «resultaren remanentes con relación al valor total del Contrato, FONADE se compromete a reintegrarlos dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la firma del acta». La misma obligación se halla consignada, en términos similares, en el numeral 42.º de la cláusula segunda, que contiene las principales obligaciones de ENTerritorio, y en el párrafo tercero de la cláusula séptima del citado instrumento.

Como se aprecia, ninguna de estas cláusulas dispone expresamente que el eventual reintegro que ENTerritorio deba hacerle al DNP, una vez liquidado el contrato, tenga que incluir los rendimientos financieros que aquella entidad haya obtenido con los recursos a devolver.

Por esta razón, ha surgido una controversia entre las partes, que puede sintetizarse así, conforme a lo planteado en los documentos originales de la consulta y en la audiencia:

¹¹⁵ **Artículo 1618.** Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

- i) Para el DNP, como los intereses o réditos de un capital pertenecen al dueño de este (artículos 717 y 718 del Código Civil¹¹⁶), y una parte de las sumas de dinero entregadas por ese organismo a ENTerritorio (los recursos no ejecutados) debe ser reintegrada por este, se infiere que los rendimientos financieros generados por tales recursos deben ser devueltos, igualmente, al DNP (pues le pertenecerían).
- ii) Por el contrario, para ENTerritorio, dicha obligación de devolución no existe, en relación con los intereses, pues ninguna cláusula del contrato, o de sus documentos previos o anexos, la establece. Por el contrario, la cláusula décima estipula, simplemente, que los rendimientos financieros son de esta entidad, sin excepción alguna.

La Sala comparte la posición adoptada por ENTerritorio, en relación con los rendimientos generados por las sumas de dinero no ejecutadas en desarrollo del contrato interadministrativo, pues, de acuerdo con los principios de la autonomía de la voluntad, la buena fe y, especialmente, la fuerza obligatoria o normativa de los contratos (*pacta sunt servanda*), contenidos, entre otras normas, en los artículos 1602 y 1603 del Código Civil¹¹⁷, y aplicables a la contratación estatal, en virtud de lo dispuesto en los artículos 32¹¹⁸ y 40 de la Ley 80 de 1993, las partes, en este tipo de contratos, deben respetar lo pactado y atenerse a sus consecuencias jurídicas, siempre que lo estipulado no contraríe manifiestamente la ley (en su sentido amplio), ni sea opuesto al orden público o a la moral (buenas costumbres).

¹¹⁶ **Artículo 717.** Se llaman frutos civiles los precios, pensiones o cánones de arrendamiento o censo, y los intereses de capitales exigibles, o impuestos a fondo perdido.
[...]

Artículo 718. Los frutos civiles pertenecen también al dueño de la cosa de que provienen, de la misma manera y con la misma limitación que los naturales [énfasis agregado].

¹¹⁷ **Artículo 1602.** Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Artículo 1603. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

¹¹⁸ **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:
[...]

A este respecto, vale la pena resaltar lo previsto en el inciso tercero del artículo 40 de la Ley 80:

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración [énfasis añadido].

En esa medida, es claro que las partes acordaron, libre, voluntaria y expresamente, que los rendimientos financieros causados en la ejecución del contrato serían de propiedad de ENTerritorio, sin ninguna excepción o limitación, en relación con las sumas de dinero que esta entidad tuviera que devolver al DNP, luego de efectuarse la liquidación del contrato, por no haberse requerido su utilización o ejecución.

Tal entendimiento resulta coherente con los antecedentes del negocio, con el alcance del contrato de gerencia integral de proyectos celebrado, con el tipo de obligaciones y el grado de responsabilidad asumidos por ENTerritorio¹¹⁹ y, finalmente, con la propiedad de los recursos involucrados.

En efecto, como se indicó al reseñar los antecedentes del contrato, la intención de las partes fue la de celebrar un contrato de gerencia integral de proyectos, en el que ENTerritorio asumiera, «bajo su exclusivo riesgo y responsabilidad» (cláusula segunda, numeral 1°), la gerencia del programa de fortalecimiento a las capacidades de las entidades territoriales en el ciclo de preinversión de los proyectos (cláusula primera: objeto del contrato), a cambio de una contraprestación económica (valor), que incluía dos componentes principales: *i*) las sumas de dinero transferidas por el DNP para la ejecución del objeto contractual y *ii*) los honorarios de ENTerritorio, denominados «cuota de gerencia».

Lo anterior significa que todas las sumas de dinero entregadas por el DNP a ENTerritorio, en desarrollo de este contrato, se recibieron por este último a título de pago de la obligación pecuniaria asumida por el DNP, de tal manera que la propiedad de tales recursos se transfirió efectivamente a ENTerritorio, sin perjuicio de la obligación eventual que dicha entidad asumió, y sigue teniendo a su cargo, de reintegrar los fondos no ejecutados.

¹¹⁹ Tal como lo explicó la Sala en el Concepto 1881 de 2008, antes citado.

Esta conclusión es plenamente armoniosa con el carácter fungible que tiene el dinero, por excelencia, según lo que se infiere de los artículos 663¹²⁰, 2224¹²¹ y 2246¹²² del Código Civil, entre otras normas, lo que implica que, cuando una persona natural o jurídica recibe de otra determinada suma de dinero, la primera se vuelve propietaria de dicha cantidad, y solo debe reintegrar, si está obligada legal o contractualmente a ello, la cantidad correspondiente en la misma moneda (pero no las mismas especies monetarias que hubiera recibido).

Así se ratifica, además, en el numeral 6.1.3 (aspectos financieros) del Manual de Líneas de Negocios de Fonade (ahora, ENTerritorio)¹²³, que dispone:

6.1.3.1 MANEJO PRESUPUESTAL

Por la naturaleza jurídica de la Gerencia de Proyectos donde FONADE se compromete con un cliente a ejecutar un determinado proyecto de inversión, asumiendo obligaciones de resultado y entregando al final del plazo previsto el proyecto o la etapa contratada, los recursos recibidos a cambio de la ejecución y que corresponden al valor total del contrato, se reciben en calidad de desembolsos. [...]

Por lo tanto, dichos recursos hacen parte de su activo y son incorporados a su presupuesto para atender con cargo a ellos las obligaciones que se deriven de sus compromisos; en ese sentido, resulta claro que la propiedad de estos y de los réditos que produzcan por su manejo financiero a partir del momento en que se concreta su recibo, es de FONADE tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado. [Se destaca].

De forma coincidente, el subdirector de Operaciones de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional, en la comunicación n.º 2-2017- 024371 del 2 de agosto de 2017, antes citada, afirmó:

¹²⁰ **Artículo 663.** Las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles. A las primeras pertenecen aquéllas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan.

Las especies monetarias en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles. [Se resalta].

¹²¹ **Artículo 2224.** Si se ha prestado dinero, sólo se debe la suma numérica enunciada en el contrato. Podrá darse una clase de moneda por otra, aún a pesar del mutuante, siempre que las dos sumas se ajusten a la relación establecida por la ley entre las dos clases de moneda; pero el mutuante no será obligado a recibir en plata menuda o cobre, sino hasta el límite que las leyes especiales hay an fijado o fijaren.

Lo dicho en este artículo se entiende sin perjuicio de convención contraria.

¹²² **Artículo 2246.** En el depósito de dinero si no es en arca cerrada, cuya llave tiene el depositante, o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin factura, se presumirá que se permite emplearlo, y el depositario será obligado a restituir otro tanto en la misma moneda.

¹²³ Código MAP051, versión 01, del 6 de agosto de 2018.

Al tratarse de Gerencia de Proyectos, se habla específicamente de ejecución de un proyecto donde la obligación es exclusivamente de resultado, por tanto quien recibe los recursos los hace propios y se compromete a ejecutar el proyecto, a alcanzar sus objetivos, a realizar las actividades planeadas y a responder por el resultado [énfasis añadido].

En consecuencia, el hecho de que, según lo pactado en el contrato interadministrativo, ENTerritorio tenga la obligación de reintegrar al DNP los fondos entregados por este para el cumplimiento del objeto contractual y que, a la terminación del contrato, no hubieran sido ejecutados, no significa que tales sumas de dinero le pertenezcan al DNP, y no a ENTerritorio, desde el punto de vista jurídico. Lo que dicha estipulación conlleva es que esta entidad asumió, en virtud del citado acuerdo de voluntades, una obligación dineraria de carácter condicional o contingente, que le otorga al DNP el correlativo derecho personal o crediticio para exigir el pago.

En ese sentido, el argumento expuesto por el Departamento Nacional de Planeación para fundamentar su pretensión, consistente en que los rendimientos de un capital pertenecen al dueño del recurso, constituye, en realidad, el principal fundamento jurídico que sustenta la posición defendida por ENTerritorio, sobre este mismo punto, así como la validez y efectividad (en principio) de la cláusula pactada en el contrato. En efecto, si las sumas recibidas por dicha entidad para la ejecución del contrato interadministrativo son de su propiedad, también lo son los réditos que tales dineros produzcan, salvo estipulación en contrario, hasta la fecha en que los recursos no ejecutados sean efectivamente devueltos al DNP.

Ahora bien, para despejar cualquier duda que pueda subsistir sobre este tema, es importante analizar lo que disponía el artículo 95, inciso 3°, de la Ley 1530 de 2012:

Artículo 95. Excedentes de liquidez, rendimientos financieros y saldos no ejecutados. La Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público podrá invertir los excedentes transitorios de liquidez de los recursos del Sistema General de Regalías que se presenten entre el recaudo en la Cuenta Única del Sistema de Regalías y el giro de los mismos, en títulos de deuda pública de la Nación, en depósitos remunerados en el Banco de la República o en pagarés de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional.

[...]

Los rendimientos financieros obtenidos por la inversión o manejo de dichos recursos, desde su recaudo hasta su giro, forman parte del Sistema y se destinarán a las finalidades asignadas en la presente ley.

Los saldos no ejecutados de proyectos de inversión financiados con recursos del Sistema General de Regalías deben reintegrarse a la cuenta única del Sistema General de Regalías para ser presupuestadas a través de la misma asignación que le dio origen. [Se destaca].

Como puede apreciarse, el inciso tercero del precepto citado establecía que los rendimientos financieros obtenidos por la inversión o la administración de los recursos pertenecientes al Sistema General de Regalías, desde su recaudo hasta su giro, formaban parte de dicho sistema y solo podían utilizarse para los fines previstos en la misma Ley 1530.

Por lo tanto, es necesario aclarar brevemente el alcance de dicha disposición, pues, si llegare a entenderse que esta incluye la administración y la inversión de los recursos del SGR entregados por el DNP a ENTerritorio, en virtud del contrato interadministrativo que nos ocupa, habría que concluir que la cláusula décima de dicho contrato estaría viciada de nulidad absoluta, por objeto ilícito, al contrariar lo dispuesto expresamente en una norma legal de carácter imperativo (artículo 44 de la Ley 80 de 1993¹²⁴, en armonía con los artículos 1519¹²⁵, 1740¹²⁶ y 1741¹²⁷ del Código Civil).

Para la Sala, sin embargo, el contexto normativo en el cual se encuentra inserta la regla transcrita permite entender claramente que se refiere a la hipótesis en que se produzcan rendimientos financieros por la inversión de los excedentes transitorios de liquidez de los recursos del SGR, efectuada por la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional, ya sea directamente o a través de terceros, entre el momento en que se recaudan tales sumas, en la Cuenta Única del Sistema de Regalías, y el giro de los respectivos dineros a las entidades territoriales beneficiarias y los fondos designados por la ley.

¹²⁴ **Artículo 44.** Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

[...]

¹²⁵ **Artículo 1519.** Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto.

¹²⁶ **Artículo 1740.** Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.

La nulidad puede ser absoluta o relativa.

¹²⁷ **Artículo 1741.** La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

[...]

Esta conclusión no solamente se infiere de lo dispuesto en el inciso primero de la misma norma (artículo 95 de la Ley 1530 de 2012), que regula específicamente tal situación, sino que también se deduce de lo previsto en otras disposiciones de dicha ley, que regulan el manejo financiero, presupuestal y contable de estos recursos.

En particular, el artículo 16 estatuye que el recaudo de estos ingresos públicos consiste en «la recepción de las regalías y compensaciones liquidadas y pagadas en dinero o en especie por quien explote los recursos naturales no renovables, por la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Agencia Nacional de Minería». A su vez, el artículo 19 define el giro como «el desembolso de recursos que hace el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a cada uno de los beneficiarios del Sistema General de Regalías, de acuerdo con la distribución que para tal efecto se realice de la totalidad de dichos recursos a las cuentas autorizadas y registradas por cada uno de los beneficiarios».

Así, entre el recaudo y el giro, tales recursos deben ser administrados por el Ministerio de Hacienda, mediante un sistema especial de cuentas (artículo 20 *ibidem*), en desarrollo de lo cual dicho organismo puede invertir, directa o indirectamente, los recursos que no deban utilizarse de manera inmediata o en el corto plazo (excedentes de liquidez), como lo establece el artículo 95 de la misma normativa.

En esa línea, es claro que los rendimientos financieros a los cuales se refiere el precepto citado son aquellos que se generan en el ejercicio de esta actividad y en el lapso indicado, todo lo cual resulta ajeno a la administración e inversión de las sumas recibidas por ENTerritorio del DNP, en virtud de lo pactado en el contrato interadministrativo objeto de la consulta.

Si bien tales recursos provienen del Sistema General de Regalías, la Sala entiende que se ejecutaron presupuestalmente cuando fueron transferidos por el DNP a ENTerritorio, razón por la cual, a partir de ese momento, dejaron de formar parte del presupuesto del SGR, aunque seguían y siguen estando destinados exclusivamente al cumplimiento de la finalidad principal que se buscaba con el contrato interadministrativo, que era el fortalecimiento de la capacidad de las entidades territoriales para la estructuración de proyectos de inversión que vayan a ser financiados (total o parcialmente) con recursos de este sistema.

Esta es la razón por la que el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por ambas partes, en relación con dicho contrato, debía y debe sujetarse estrictamente a las normas del Sistema General de Regalías, particularmente, en cuanto a las

condiciones y requisitos establecidos para que los proyectos de inversión propuestos por las entidades territoriales puedan ser financiados con tales recursos.

Ahora bien, sin perjuicio de lo que se ha expresado, hasta este punto, la Sala considera que la situación sería diferente para los rendimientos financieros que se hayan generado con las sumas de dinero desembolsadas por el DNP, para el cumplimiento del contrato interadministrativo, y que ENTerritorio haya ejecutado de forma indebida o equivocada, es decir, incumpliendo parcialmente sus obligaciones contractuales, pues tales intereses deberían ser reconocidos y pagados al DNP, junto con los recursos que esa entidad tendría que devolver.

En efecto, la Sala entiende que los rendimientos financieros pactados en el contrato interadministrativo constituían una especie de *remuneración adicional* para ENTerritorio (además de la «cuota de gerencia») por la realización de las actividades y la prestación de los servicios a su cargo, pues, si no fuera así, no existiría justificación, ni se entendería la razón por la que el DNP hubiera aceptado ceder a ENTerritorio, en su totalidad, unos réditos que hubieran podido ser para dicho organismo, total o parcialmente, si así lo hubiese pactado.

En esa medida, tal como ocurre con la denominada «cuota de gerencia», ENTerritorio solo podría tener derecho a percibir la totalidad de esta remuneración adicional (los rendimientos financieros) si ejecutaba cabalmente la totalidad de sus obligaciones, pero no cuando incurriera en un incumplimiento parcial del contrato, como sucedió en el caso de la consulta.

Por tal razón, la Sala considera que ENTerritorio debe devolver o pagar al DNP, dentro del plazo que las partes acuerden, los rendimientos causados sobre las sumas de dinero que esa entidad debería reintegrar, conforme a lo explicado en este concepto, por haber incurrido en un incumplimiento parcial de sus obligaciones.

J. El gravamen a los movimientos financieros (GMF). Su tratamiento en la devolución de los recursos que ENTerritorio deba efectuar

El gravamen a los movimientos financieros es un impuesto cuyo hecho generador consiste en «la realización de las transacciones financieras, mediante las cuales se disponga de recursos depositados en cuentas corrientes o de ahorros, así como en cuentas de depósito en el Banco de la República, y los giros de cheques de gerencia», entre otras operaciones (artículo 871 del Estatuto Tributario).

Conforme al párrafo primero de esta norma, se entiende por transacción financiera:

[...] toda disposición de recursos provenientes de cuentas corrientes, de ahorro, o de depósito que implique entre otros: retiro en efectivo mediante cheque, talonario, tarjetas débito, cajero electrónico, puntos de pago, notas débito o a través de cualquier otra modalidad, así como los movimientos contables en los que se configure el pago de obligaciones o el traslado de bienes, recursos o derechos a cualquier título, incluidos los realizados sobre, carteras colectivas y títulos, o la disposición de recursos a través de contratos o convenios de recaudo a que se refiere este artículo. Esto incluye los débitos efectuados sobre los depósitos acreditados como 'saldos positivos de tarjetas de crédito' y las operaciones mediante las cuales los establecimientos de crédito cancelan el importe de los depósitos a término mediante el abono en cuenta.

El artículo 873 de la misma codificación establece que el GMF «es un impuesto instantáneo y se causa en el momento en que se produzca la disposición de los recursos objeto de la transacción financiera». Por su parte, el artículo 875 dispone que los sujetos pasivos de este tributo son los usuarios y clientes de las entidades vigiladas por las Superintendencias Financiera y de Economía Solidaria, así como las entidades vigiladas por estas mismas, incluido el Banco de la República.

Sobre los agentes de retención, el artículo 876 *ibidem* preceptúa:

Artículo 876. Agentes de retención del GMF. Actuarán como agentes retenedores y serán responsables por el recaudo y el pago del GMF, el Banco de la República y las demás entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, de Valores [hoy en día, agrupadas en la Superintendencia Financiera] o de Economía Solidaria en las cuales se encuentre la respectiva cuenta corriente, de ahorros, de depósito, derechos sobre carteras colectivas o donde se realicen los movimientos contables que impliquen el traslado o la disposición de recursos de que trata el artículo 871.

Por otro lado, el artículo 879 del mismo estatuto contiene las principales exenciones de este impuesto, entre las cuales se encuentran las siguientes:

[...]

3. Las operaciones que realice la Dirección del Tesoro Nacional, directamente o a través de los órganos ejecutores, incluyendo las operaciones de reporto que se celebren con esta entidad y el traslado de impuestos a dicha Dirección por parte de las entidades recaudadoras [...]

[...]

14. (Modificado por el artículo 132 de la Ley 1607 de 2012). Los traslados que se realicen entre cuentas corrientes y/o de ahorros y/o de ahorro programado y/o de ahorro contractual y/o tarjetas prepago abiertas en un mismo establecimiento de crédito, cooperativa con actividad financiera, cooperativa de ahorro y crédito,

comisionistas de bolsa y demás entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia o de Economía Solidaria según el caso, a nombre de un mismo y único titular, así como los traslados entre inversiones o portafolios [...]

[...]

Sin embargo, no todas las exenciones del GMF se encuentran previstas en el Estatuto Tributario, pues varias de ellas se encuentran dispersas, en leyes que regulan diferentes materias, como sucede, para el caso que nos ocupa, con la establecida en el artículo 130¹²⁸ de la Ley 1530 de 2012.

De las normas citadas y de otras del Estatuto Tributario, se infiere que el GMF es un impuesto del orden nacional, de causación inmediata, que debe ser retenido por el Banco de la República, las demás instituciones vigiladas por la Superintendencia Financiera y las entidades vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria, de cualquier pago, transferencia, cargo en cuenta, débito u otra forma de disposición de los recursos que los clientes o usuarios de dichas instituciones tengan depositados o registrados contablemente a su favor en tales entidades, salvo en los casos expresamente previstos en la ley.

Ahora bien, con base en las disposiciones citadas y en conceptos emitidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), ENTerritorio sostiene, en primer lugar, que, si bien la transferencia de los recursos acordados en el contrato, por parte del DNP, a ENTerritorio, para hacer posible el cumplimiento del contrato interadministrativo, estaba exenta del GMF, en virtud de lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 879 del Estatuto Tributario, el subsiguiente giro de los recursos, que ENTerritorio debía hacer a cada uno de sus contratistas derivados (consultores, interventores, etc.) y demás proveedores, desde las cuentas abiertas para el efecto, con el fin de ejecutar tales sumas y cumplir el objeto del contrato, no estaba exento de este impuesto, por lo que las respectivas entidades financieras debían practicar, como en efecto lo hicieron, la correspondiente retención en la fuente a ENTerritorio.

Esto no resultaba aplicable para el pago de la cuota de gerencia a favor de dicha entidad, pues estas sumas se descontaban directamente por ENTerritorio, de los recursos entregados por el DNP, y se trasladaban a otra cuenta de aquella entidad, por lo que esta transacción financiera se enmarcaba en la excepción prevista en el numeral 14 del artículo 879 citado.

¹²⁸ **Artículo 130. Gravámenes.** Los recursos del Sistema General de Regalías y los gastos que realicen las entidades territoriales así como los ejecutores de los proyectos de inversión con cargo a tales recursos, están exentos del gravamen a los movimientos financieros y estos recursos no son constitutivos de renta.

También recuerda ENTerritorio que, según lo estipulado en el contrato interadministrativo (cláusulas sexta y séptima), con los recursos de dicho negocio debían cubrirse todos los gastos e impuestos a que hubiera lugar, conforme a la ley, entre los cuales se encontraba el GMF. Por lo tanto, dicho tributo no debía ni debe ser asumido por ENTerritorio, con su propio patrimonio.

Sin desconocer nada de lo anterior, el DNP considera que, al haber incurrido ENTerritorio en un incumplimiento parcial del contrato, los recursos pagados por dicha entidad a los contratistas derivados y otros terceros, para ejecutar las obligaciones previstas en el contrato interadministrativo que, a la postre, no fueron cumplidas de manera total, oportuna y adecuada por parte de ENTerritorio, deben ser devueltos en su totalidad al DNP, es decir, sin ningún tipo de descuento o deducción (entre otras, por concepto del GMF).

En esa medida, la Sala entiende que la controversia jurídica suscitada entre las partes, sobre este punto, no gira en torno a si el GMF se causaba o no, de acuerdo con la ley, en las operaciones financieras realizadas por ENTerritorio con los recursos del contrato interadministrativo, y si, por ende, debía retenerse o no ese impuesto a dicha entidad, sino que recae principalmente en determinar cuál de las dos partes debe asumir el costo de dicho tributo, en relación con las sumas que ENTerritorio deba reintegrar al DNP, por no haber sido ejecutadas por esa entidad, o haberlo hecho de manera incompleta, imperfecta o tardía.

Sobre esta disputa, la Sala considera que el DNP no tiene por qué asumir el costo de dicho tributo, con cargo a los recursos del SGR, en relación con los dineros que ENTerritorio deba rembolsarle, una vez suscrita el acta de liquidación del contrato, pues, en la medida en que dicha devolución se fundamenta en el incumplimiento parcial del contrato, por parte de ENTerritorio, como se ha mencionado en otros acápites de este concepto, dicha entidad debe reintegrar tales sumas de manera completa, es decir, sin ningún tipo de descuento o deducción.

De lo contrario, se desconocería el principio de reparación integral y las normas del Código Civil que regulan la indemnización de perjuicios, pues la pérdida representada, en este caso, por el GMF retenido a ENTerritorio, en operaciones financieras efectuadas por dicha entidad, que, al final, no resultaron útiles ni eficaces para los objetivos perseguidos con el contrato interadministrativo, tendría que ser asumida por el Departamento Nacional de Planeación, en su calidad de acreedor de las respectivas obligaciones, a pesar de constituir, para este, una parte del daño emergente sufrido.

En consecuencia, en relación con este punto de la controversia, la Sala coincide con lo pretendido por el DNP, en cuanto a que, de los recursos que ENTerritorio haya de reintegrarle, luego de suscrita el acta de liquidación del contrato, no deben descontarse o deducirse las sumas que fueron retenidas a dicha entidad por concepto del gravamen a los movimientos financieros.

K. La liquidación bilateral del contrato interadministrativo: mecanismo para solucionar las controversias existentes entre las partes

1. Naturaleza, contenido y alcance del acta de liquidación del contrato estatal

Sobre la liquidación de los contratos estatales, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 217 del Decreto Ley 19 de 2012¹²⁹, dispone:

Artículo 60. De la ocurrencia y contenido de la liquidación. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación.

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. [Énfasis añadido].

En relación con la naturaleza jurídica, el contenido y el alcance del acta de liquidación, la Sala ha manifestado, en ocasiones anteriores¹³⁰, basándose para ello en la jurisprudencia de esta corporación (especialmente, de la Sección Tercera), que el acta de liquidación es un acto jurídico mediante el cual las partes de un contrato estatal hacen un balance de la ejecución del contrato, en sus aspectos jurídico, técnico y financiero; cruzan y aclaran las cuentas; disipan las dudas que existan; solucionan las controversias o discrepancias que puedan subsistir entre

¹²⁹ Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.

¹³⁰ Conceptos 2253 del 28 de julio de 2016 y 00002 del 16 de diciembre de 2019, entre otros.

ellas, mediante la transacción, la conciliación u otro método alternativo de resolución de conflictos, y, con base en todo lo anterior, determinan el saldo final que una de las partes le adeude a la otra, o las demás obligaciones de dar, hacer o no hacer que deban cumplirse para finiquitar completamente la relación contractual.

En esa medida, ha expresado que no se trata de un documento meramente descriptivo, de carácter contable o financiero (estado de cuentas), sino que se trata de un instrumento que puede tener un alcance transaccional y negocial, cuando así lo exija la situación y lo acuerden las partes. En esa medida, pueden, incluso, recibirse extemporáneamente obligaciones que han debido ser ejecutadas dentro del término del contrato, acordarse algunas modificaciones en dichas obligaciones, efectuarse daciones en pago, estipularse plazos y hasta pactar obligaciones nuevas, siempre que no desvirtúen el objeto y la naturaleza del contrato, y sean estrictamente necesarias para solucionar las diferencias existentes y finiquitar, en forma definitiva, la relación contractual¹³¹.

Por lo tanto, en el presente caso, las partes pueden pactar e incluir, en el acta de liquidación del contrato, y con base en las consideraciones y análisis que se incorporan en este concepto, las siguientes medidas, entre otras: *i*) la recepción extemporánea de ciertas obligaciones; *ii*) la modificación en las condiciones de cumplimiento de ciertas obligaciones, por ejemplo, en cuanto al contenido, el alcance o las condiciones técnicas de ciertos proyectos que ENTerritorio debía estructurar y entregar; *iii*) la devolución de determinados recursos al DNP, con o sin intereses o corrección monetaria; *iv*) el otorgamiento de plazos para cumplir determinadas obligaciones contractuales pendientes, y *v*) eventualmente, la asunción de determinadas prestaciones de futuro cumplimiento, siempre que tengan una relación de causalidad necesaria con el objeto del contrato y los acuerdos a los que lleguen las partes para su liquidación.

En todo caso, los arreglos a los que lleguen las partes, que involucren el pago de sumas de dinero, requieren contar con la respectiva disponibilidad presupuestal y cumplir las normas vigentes en esta materia, para su incorporación en el acta de liquidación y su posterior ejecución.

¹³¹ Sobre este último punto, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en el Concepto 00002 del 16 de diciembre de 2019, manifestó lo siguiente, basándose, a su vez, en la jurisprudencia del Consejo de Estado:

La liquidación bilateral tiene fundamento en la autodeterminación de intereses y en la concurrencia de voluntades, con el efecto de obligar a las partes a cumplir lo que en ella se dispone (Código Civil, artículo 1602) desde las perspectivas declarativa y constitutiva antes mencionadas, puesto que las partes, en su condición recíproca de acreedoras y deudoras: (i) declaran o hacen constar la extinción de las obligaciones surgidas del contrato y se liberan de ellas, en virtud del pago o cumplimiento; (ii) asumen nuevas obligaciones que se desprenden de la relación contractual de conformidad con lo dispuesto en las cláusulas correspondientes, o de las vicisitudes que surgieron en su ejecución [énfasis añadido].

2. El plazo para liquidar los contratos estatales

Asimismo, sobre el plazo para liquidar los contratos estatales, el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 preceptúa:

Artículo 11. Del plazo para la liquidación de los contratos. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

[...] [Subraya la Sala].

En armonía con lo anterior, el artículo 164 del CPACA establece, en la parte pertinente:

Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

[...]

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

[...]

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

[...]

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

[...]

v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga;

[...] [Se resalta].

Por otro lado, no debe olvidarse que, conforme a lo previsto en el artículo 112, numeral 7°, inciso 3°, del mismo código, «[l]a solicitud de concepto suspenderá todos los términos legales, incluida la caducidad del respectivo medio de control y la prescripción, hasta el día siguiente a la fecha de comunicación del concepto».

Como lo ha precisado la Sala de Consulta, la disposición anterior significa que **todos** los términos previstos en la ley, que puedan tener alguna incidencia en los hechos materia de la consulta, o en el concepto solicitado a la Sala, entre ellos, el plazo establecido para la liquidación del contrato estatal, ya sea de consuno o bien de manera unilateral, se entienden suspendidos, desde la radicación de la correspondiente consulta en la Sala, hasta el día siguiente a aquel en que se comunique el concepto.

Por lo tanto, dicho término deja de contabilizarse el día de presentación de la consulta y sigue contándose el día siguiente a aquel en que se comunique el concepto que emita la Sala a todas las partes, a la ANDJE y al Ministerio Público.

Como se deriva de estas normas, interpretadas armónicamente, y tal como lo ha manifestado la Sala en otras ocasiones¹³², el plazo para liquidar los contratos estatales que requieran de dicha actuación (como sucede en el presente caso), debe contabilizarse así:

- i) Si se ha pactado expresamente un plazo en el contrato para que las partes lo liquiden de común acuerdo, ya sea en el clausulado principal o bien en un documento anexo o precedente, que deba entenderse incorporado al negocio (pliego de condiciones, oferta aceptada, otrosíes u otro), la liquidación bilateral debe efectuarse, en principio, dentro de dicho término.
- ii) Si no se ha estipulado plazo alguno para este efecto, la liquidación bilateral deberá realizarse, en principio, dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de terminación del contrato.

¹³² Conceptos 1453 del 6 de agosto de 2003, 2253 del 28 de julio de 2016 y 00002 del 16 de diciembre de 2019, entre otros, y Decisión del 29 de mayo de 2015 (conflicto de competencias radicado con el n.º 11001-03-06-000-2015-00030-00).

- iii) Si la liquidación concurrente no se logra dentro del plazo indicado en los numerales *i)* y *ii)* anteriores, y el contrato estatal es pasible de liquidarse unilateralmente (como sucede, de ordinario, en aquellos suscritos con particulares), la entidad estatal contratante puede liquidarlo, de forma unilateral, dentro de los dos meses subsiguientes.
- iv) Si dicha liquidación unilateral no se hace, dentro del término indicado, puede efectuarse, ya sea bilateral o unilateralmente, dentro de los dos años siguientes al vencimiento del plazo señalado en el numeral anterior, siempre y cuando alguna de las partes, o las dos (en conjunto o separadamente) no hayan solicitado la liquidación judicial del contrato, dentro del mismo término de dos años indicado (plazo de caducidad de la acción contractual).
- v) Cuando no sea posible, desde el punto de vista legal, efectuar la liquidación unilateral del contrato estatal, debe entenderse, entonces, que el plazo de dos años descrito en el numeral anterior empieza a contarse desde el vencimiento del término que tenían las partes para liquidar el contrato de común acuerdo (ya sea el estipulado en el contrato o, en su defecto, el legal, de cuatro meses).
- vi) Finalmente, según lo dispuesto en el numeral 7° del artículo 112 del CPACA, el plazo para liquidar un contrato estatal, en cualquiera de las hipótesis descritas en los numerales anteriores, se suspende, entre la fecha en que se radique, en la Secretaría de esta Sala, una consulta para solucionar una controversia surgida del referido contrato, hasta el día siguiente a aquel en que la misma Sala comunique (a todas las partes e intervinientes) el respectivo concepto.

En el caso que nos ocupa, las partes estipularon lo siguiente, en la cláusula vigésima cuarta del contrato:

VIGÉSIMA CUARTA- LIQUIDACIÓN: A la terminación del Contrato y dentro de los seis (6) meses siguientes se levantará un acta de liquidación suscrita por las partes en la cual se deberán declarar la [sic] sumas recibidas y se liquidarán los valores correspondientes a su ejecución, la cual debe venir soportada con el informe final y la certificación de cumplimiento del objeto suscrita por el supervisor del contrato. En el evento de que en el mismo resultaren remanentes con relación al valor total del Contrato, FONADE se compromete a reintegrarlos dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la firma del acta.

[...] [Subrayas añadidas, salvo en el título de la cláusula].

De acuerdo con dicha estipulación, es claro que las partes acordaron expresamente el plazo para hacer la liquidación bilateral del contrato: seis meses, a partir de la terminación de dicho negocio, lo cual ocurrió, como se ha indicado, el 30 de junio de 2019. Lo anterior significa que ese término venció el día 30 de diciembre de 2019.

Ahora bien, es necesario establecer si el contrato interadministrativo podía liquidarse unilateralmente, por parte del DNP o, eventualmente, por ENTerritorio.

Lo primero que debe advertirse es que ni la cláusula vigésima cuarta, ni otra cualquiera del contrato, ni sus documentos precedentes o anexos, establecen expresamente la facultad de liquidar unilateralmente el contrato, a favor de ninguna de las dos partes.

Por otro lado, debe recordarse que este es un contrato interadministrativo, esto es, suscrito entre dos entidades estatales, de aquellas que define el artículo 2 de la Ley 80 de 1993. En esa medida, las dos entidades se entienden puestas en un plano de igualdad, razón por la cual ninguna de ellas puede ejercer las cláusulas y los poderes exorbitantes que regula el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, para los contratos suscritos entre las entidades estatales y los particulares.

Aclara la Sala, en este punto, que, si bien la liquidación unilateral del contrato no puede ser calificada, técnicamente, como una cláusula exorbitante, pues no se encuentra incluida ni denominada así en los artículos 14, 15, 16 y 17 de la Ley 80, no puede desconocerse que se trata de una potestad, atribución o facultad extraordinaria, excepcional o exorbitante, que ha establecido la ley en los contratos estatales, pues, en los contratos entre particulares, regidos por el derecho común (Código Civil y Código de Comercio), ninguna de las partes tiene la atribución de liquidar unilateralmente el contrato, a menos que dicha facultad se le haya otorgado expresamente, en virtud del acuerdo de voluntades, o de alguna ley especial.

Sobre este punto, el Consejo de Estado consideró lo siguiente, en sentencia del 20 de mayo de 2004¹³³:

Además en el ordenamiento legal aparece una restricción en los CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS para la utilización de poderes excepcionales y con estos el de liquidar unilateralmente el contrato porque tanto el contratante como el contratista son sujetos públicos, relación horizontal de la Administración Estado que impide, de naturaleza, la imposición de decisiones unilaterales en el mundo de los negocios jurídicos a la contraparte que también es Estado. Y ello lo comprende así el Consejo de Estado por la integración armónica que se da entre los artículos 14, 60 y 61 de la ley 80 de 1993.

[...]

Para la Sala la integración normativa hecha con respecto a esas tres disposiciones permite ver que la facultad del Estado para liquidar unilateralmente el contrato aparece frente al contratista particular marcada por los fines institucionales que debe

¹³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de mayo de 2004, radicación número 11001-03-26-000-2003-00028-01(25154).

cumplir “() y consiste en el poder de las entidades estatales de imponer coactivamente su voluntad sobre el contratista, durante la ejecución o liquidación del contrato, y en el deber de éste último de cumplir inmediatamente las obligaciones que le sean impuestas, sin perjuicio del derecho que le reconoce la ley de solicitar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa la nulidad de los actos y la reparación de los daños antijurídicos ()”¹³⁴.

Tal facultad administrativa se atribuyó al ADMINISTRADOR DE LO PÚBLICO y únicamente frente a su COLABORADOR PRIVADO y por lo mismo no para el contrato interadministrativo, en el cual ambas partes son Agentes Públicos, pues ambos representan la Administración pública gestora del interés general y por lo tanto no imperan frente a éstas, en mundo negocial, los poderes coactivos, como así lo informa indirectamente el artículo 14 de la ley 80 de 1993 que si bien alude a **cláusulas excepcionales**, ontológicamente se erige en canon ilustrativo de la prohibición del ejercicio de poderes unilaterales del Estado contratante respecto del Estado contratista. [Negrillas, subrayas, cursivas y mayúsculas en el original].

De lo anterior, se concluye que, en los contratos y convenios interadministrativos, en los que las partes se entienden puestas en situación de igualdad, ninguna de ellas (llámese contratante o contratista) puede liquidar unilateralmente el contrato, a menos que dicha atribución se le haya otorgado expresamente, en el mismo negocio jurídico.

Por lo tanto, en el presente caso, no era posible realizar unilateralmente la liquidación del contrato interadministrativo, de lo cual se colige que el plazo de dos meses previsto, para tal efecto, en los artículos 11 de la Ley 1150 de 2007 y 164, numeral 2°, literal j, numeral v), del CPACA no puede tenerse en cuenta.

En esa medida, el término de dos años establecido en las mismas normas, para efectuar la liquidación bilateral o unilateral, si ninguna de las partes acude a la Jurisdicción para solicitar la liquidación judicial del contrato, empezaría a correr el 30 de diciembre de 2019 y vencería, en principio, el **30 de diciembre de 2021**.

Sin embargo, como esta consulta se radicó en la Secretaría de la Sala de Consulta y Servicio Civil el **16 de septiembre de 2021**, tal como consta en el respectivo documento, es claro que, a partir de esta fecha, se suspendió la contabilización del plazo legal respectivo, motivo por el cual el conteo debe reanudarse a partir del momento en que la Sala comunique el presente concepto a todas aquellas autoridades a quienes debe comunicarlo, esto es, al DNP, ENTerritorio, la ANDJE y la Procuraduría General de la Nación.

Dentro de dicho plazo, una vez emitido y comunicado el concepto, las partes deben suscribir, de mutuo acuerdo, el acta de liquidación del contrato, que ponga fin a sus

¹³⁴ «[13] *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Rodrigo Escobar Gil. Capítulo X. *Las prerrogativas de la Administración pública*, pags. 263 y ssg. ».

controversias y solucione cualquier otra duda o discrepancia surgida de la ejecución de dicho negocio, para lo cual pueden acoger las sugerencias emitidas por esta Sala, en el presente concepto.

Finalmente, vale la pena señalar que, según lo explicado en este capítulo sobre la liquidación de los contratos estatales, el plazo de quince días hábiles, que tiene ENTerritorio para devolver al DNP «los remanentes» que surjan de la liquidación del contrato interadministrativo SGR-053/215050 de 2015, podría ser modificado por las dos partes en el acta de liquidación bilateral, dejando constancia expresa de esto en el citado documento.

En atención a las consideraciones anteriores, la Sala

RESPONDE:

1.- Considerando la naturaleza del contrato, las partes y las obligaciones pactadas, ¿cómo solucionar las diferencias entre las partes sobre el cumplimiento de obligaciones o compromisos que dependen de la conducta de un tercero, como lo son las entidades territoriales beneficiarias de los proyectos, tales como la adquisición de predios o gestiones a su cargo ante otras autoridades?

A juicio de la Sala, 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 en la ley.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia y la doctrina de esta corporación, 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, aunque esto implique recibir extemporáneamente obligaciones pactadas en el contrato (y no cumplidas dentro del plazo de este), condonar o renunciar parcialmente a ciertos derechos, modificar determinadas obligaciones contractuales e, incluso, asumir algunas obligaciones nuevas, de futuro cumplimiento, pero estrictamente relacionadas con el objeto y el alcance del contrato interadministrativo que se liquida, entre otras opciones.

En este sentido, los acuerdos a los que lleguen las partes, con base en las consideraciones expuestas en este concepto, deben tener en cuenta, como criterio fundamental, 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 estos proyectos y, por encima de ello, satisfacer las necesidades básicas

insatisfechas que se pretendían solucionar con tales proyectos, en las comunidades beneficiarias.

En esa medida, aparte de establecer cuál de las partes debe asumir el costo de la realización de determinada actividad o etapa de cada proyecto específico objeto de la disputa, debe velarse porque este pueda ser estructurado, en su totalidad, aunque ello se haga más adelante y con la participación de terceros, de forma tal que el proyecto pueda ser presentado y aprobado por el respectivo órgano colegiado de administración y decisión (OCAD) y, finalmente, ejecutado.

Lo anterior se indica, claro está, a menos de que se concluya, en forma clara, técnica y objetiva, que determinado proyecto no resulte definitivamente viable, por razones jurídicas, técnicas o económicas, o que sea más oneroso para el erario reformularlo o corregirlo, que estructurar un proyecto distinto, para satisfacer la correspondiente necesidad de inversión social.

Con respecto a las actividades o gestiones que dependían de un tercero (como las entidades territoriales), es importante señalar que, según lo explicado en este concepto, ENTerritorio asumió libre y voluntariamente el riesgo de inejecución o ejecución tardía de tales labores, cuando se obligó, mediante los otrosíes números 4 y 5 de 2018, a entregar un grupo determinado de proyectos debidamente estructurados, en fase de factibilidad, en una fecha cierta, con la plena consciencia de que dicha entrega dependía de las actividades que realizaran o culminaran esos terceros y que, en las fechas de suscripción de las modificaciones contractuales citadas, no habían ejecutado o culminado.

Asimismo, se pudo verificar que, en varios de los proyectos objeto de la controversia, ENTerritorio no cumplió adecuadamente con sus obligaciones de «[g]arantizar que las actividades desarrolladas en el marco del presente contrato, cumplan con las condiciones de calidad técnica, económica razonable y de seguridad jurídica», y de «[...] realizar un trabajo mancomunado, constante y permanente con las entidades territoriales definidas por el DNP» (cláusula segunda, numerales 4 y 12), entre otras.

Por tales razones, a juicio de la Sala, el incumplimiento de esos terceros no exonera de responsabilidad a ENTerritorio, pues dicha situación no puede calificarse jurídicamente, en este caso, como el «hecho exclusivo de un tercero», una circunstancia de caso fortuito o fuerza mayor, u otro de los eventos de «causa extraña», que sirve para exonerar de responsabilidad contractual al deudor, en las obligaciones de resultado.

2. *Considerando las obligaciones de ENTerritorio en las fases de definición del perfil, prefactibilidad y factibilidad de un proyecto, ¿cuál es el alcance de la prestación contractual sobre definición del perfil?, ¿puede considerarse que ENTerritorio ha incumplido el contrato?, ¿la aprobación del perfil por parte del*

supervisor designado por el contratante, cómo incide en la responsabilidad del contratista gestor en relación con el alcance y ejecución del proyecto?, y ¿es factible, jurídicamente, que las partes acuerden modificaciones a los proyectos, cuando por alguna circunstancia el mismo no alcanza la etapa siguiente?

Este numeral contiene varias preguntas, que no necesariamente están relacionadas, por lo que es necesario responderlas por separado, así:

- *¿Cuál es el alcance de la prestación contractual sobre definición del perfil?*

El alcance de esta obligación contractual fue definido en varios documentos que forman parte integrante del contrato interadministrativo, como la oferta presentada por Fonade (ENTerritorio), los estudios técnicos elaborados por el DNP para la celebración del contrato, el Anexo Técnico y el Manual Operativo. Adicionalmente, debía tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 2.2.4.1.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015.

De acuerdo con lo pactado en el contrato interadministrativo y en los documentos citados, el desarrollo del perfil de cada proyecto y la elaboración del informe respectivo eran obligaciones de ENTerritorio, que implicaban realizar, al menos, una jornada de trabajo en campo, es decir, en el terreno, junto con la entidad territorial interesada, para tener una aproximación más certera sobre la necesidad planteada por dicha entidad; hacer un análisis sobre el entorno de la idea presentada; determinar el nivel de maduración esta; preparar y evaluar, a partir de «información de origen», las posibles alternativas para estructurar el proyecto, con análisis de costo – beneficio y análisis legales e institucionales, de la gestión predial y de las restricciones sociales, ambientales, legales y financieras, entre otras; evaluar la situación actual y la esperada con las distintas alternativas, y elaborar costeos preliminares de estudios y diseños.

Asimismo, suponía que, con base en el análisis de dicha información, ENTerritorio debía determinar si era viable seguir estructurado el proyecto, en cualquiera o cualesquiera de las alternativas planteadas, para lo cual debía tener en cuenta, además de la información y los análisis mencionados, la titularidad de los predios en los cuales se pretendiera construir o ejecutar el proyecto, según lo indicado expresamente por esa entidad, en su propuesta.

- *¿Puede considerarse que ENTerritorio ha incumplido el contrato?*

Tal como se explica detalladamente, para cada uno de los seis proyectos involucrados en la controversia, en el acápite respectivo de este concepto y en su anexo, luego de estudiar de manera completa, objetiva y sistemática el

expediente de esta consulta, así como lo manifestado por las partes en la audiencia y en las reuniones efectuadas con cada una de ellas, la Sala observa que 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 contractuales que tenía a su cargo dicha entidad.

- *¿La aprobación del perfil por parte del supervisor designado por el contratante, cómo incide en la responsabilidad del contratista gestor en relación con el alcance y ejecución del proyecto?*

Ni el contrato interadministrativo ni los documentos descritos en la primera respuesta establecen, como una obligación del DNP, la de revisar y aprobar, desaprobado o devolver con observaciones el informe de perfil. Sin embargo, debe recordarse que, durante el desarrollo de esta etapa, el DNP debía: *i)* entregar la información inicial del proyecto a ENTerritorio, con base en la solicitud y en la información entregadas por la entidad territorial interesada; *ii)* revisar y objetar o no el cronograma inicial del proyecto, elaborado por ENTerritorio; *iii)* «guiar» a ENTerritorio en la ejecución de esta fase, lo que, a juicio de la Sala, consistía en suministrarle orientaciones generales (dado su carácter de experta); *iv)* recibir el informe de perfil entregado por ENTerritorio, y *v)* definir, en conjunto con ENTerritorio, y en el seno del Comité Técnico Operativo, los requerimientos técnicos que dicha entidad debía tener en cuenta para realizar los procesos de contratación de las consultorías para la estructuración de los proyectos, así como determinar la *razonabilidad* de los resultados obtenidos por ENTerritorio, en esta fase.

Asimismo, en virtud de su deber de supervisión sobre el contrato interadministrativo, y del principio de colaboración armónica entre las entidades públicas, debía advertir a ENTerritorio acerca de cualquier error, inconsistencia o vacío que observara en la ejecución de esta fase, o en el informe respectivo.

- *¿Es factible, jurídicamente, que las partes acuerden modificaciones a los proyectos, cuando por alguna circunstancia el mismo no alcanza la etapa siguiente?*

Era factible, durante la ejecución del contrato interadministrativo e, incluso, en la etapa de liquidación, que las partes realicen modificaciones en los proyectos, para permitir que estos se puedan seguir estructurando, en la etapa siguiente,

hasta lograr la viabilidad completa de tales proyectos, en el ciclo de preinversión, y lograr así su aprobación, por parte del respectivo OCAD.

A este respecto, debe precisarse que el contrato interadministrativo era un acuerdo abierto y general, que no se refería, específicamente, a determinado proyecto o grupo de proyectos de inversión, sino a todos aquellos cuya estructuración encomendara el DNP a ENTerritorio y que alcanzaran a ser estructurados, dentro del plazo y los recursos asignados por las dos partes, en el acuerdo.

3. ¿Considerando las obligaciones pactadas en el contrato sería posible, jurídicamente, que el DNP proceda a recibir los proyectos en discusión, en el estado en que se encuentran, y realizar el pago, total o parcial, de la cuota de Gerencia o remuneración pactada a favor de ENTerritorio, habida cuenta de las diferencias surgidas entre las partes en la etapa de liquidación del contrato y expuestas en los antecedentes de la solicitud de concepto?

Tal como se manifiesta en la respuesta a la primera pregunta, es jurídicamente viable que el DNP, como acreedor de las principales obligaciones relacionadas con el componente de estructuración de proyectos, los reciba en el estado en que se encuentren, con el fin de continuar su estructuración, ya sea internamente (con su propio personal), mediante la contratación de terceros o, incluso, si así lo convienen las partes, con la colaboración de ENTerritorio, en desarrollo de otro contrato interadministrativo.

En relación con el reconocimiento de los costos involucrados en la estructuración de estos proyectos, y la parte que debe asumirlos, nos remitimos a lo explicado, para cada uno de ellos, en la parte considerativa de este concepto.

Con respecto a la cuota de gerencia u honorarios a favor de ENTerritorio por la ejecución de este componente del contrato interadministrativo, la Sala entiende, con base en la documentación y en la información suministrada por las partes, que el DNP desembolsó la totalidad de los recursos acordados en el contrato interadministrativo, por este concepto.

Ahora bien, como el contrato interadministrativo celebrado entre las dos partes constituye un negocio sinalagmático y conmutativo, y los honorarios estipulados a favor de ENTerritorio deben guardar proporcionalidad con el cumplimiento de sus obligaciones, dicha entidad solo tendría derecho a recibir la totalidad de la cuota de gerencia si hubiese cumplido cabalmente con la totalidad de sus obligaciones.

En consecuencia, y dado que la Sala ha constatado que se presentó un incumplimiento parcial del contrato, por parte de ENTerritorio, dicha entidad tendría

que devolver parte de sus honorarios, en proporción al referido incumplimiento, dentro del plazo que las partes acuerden.

Para tal efecto, la Sala sugiere que las partes calculen dicha porción, aplicando la misma relación matemática que exista entre: *i)* el valor total del contrato y *ii)* el valor total de las obligaciones incumplidas parcialmente por ENTerritorio, que equivaldría, en principio, a la sumatoria de los recursos que dicha entidad debe reintegrar, por este motivo, conforme a lo establecido en el presente concepto.

4. *Teniendo en cuenta la naturaleza del contrato, lo estipulado en el mismo, las diferencias de las partes en torno al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales, las circunstancias atribuibles a terceros, las modificaciones aceptadas por el DNP o convenidas por las entidades públicas contratantes, ¿a quién corresponden los rendimientos financieros generados por los recursos contractuales no ejecutados?, ¿si hay lugar a la devolución de los rendimientos financieros, a partir de qué momento se causan los mismos.? y ¿que [sic] sucede con los gravámenes a los movimientos financieros - GMF- causados y pagados con cargo a los recursos contractuales no ejecutados?*

Dado que este numeral se refiere a dos temas diferentes (rendimientos financieros y GMF), es pertinente separar las preguntas, para efectos de su respuesta, así:

- *¿A quién corresponden los rendimientos financieros generados por los recursos contractuales no ejecutados?, ¿si hay lugar a la devolución de los rendimientos financieros, a partir de qué momento se causan los mismos?*

En el contrato interadministrativo se pactó expresamente que los rendimientos financieros que generaran los recursos entregados por el DNP a ENTerritorio serían de propiedad de esta entidad, sin ninguna salvedad o excepción. Tal estipulación es coherente con el alcance del contrato y las obligaciones asumidas por las partes. En consecuencia, y en desarrollo de los principios de la autonomía de la voluntad, de la buena fe y de la fuerza obligatoria de los contratos (*pacta sunt servanda*), ENTerritorio no estaría obligado a devolver al DNP los rendimientos financieros obtenidos con las sumas aportadas por dicho organismo que no fueron ejecutadas.

Por el contrario, y dado que la Sala considera que los rendimientos financieros pactados en el contrato 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, tal como ocurre con la denominada «cuota de gerencia», se infiere que ENTerritorio solo podría tener derecho a percibir la totalidad de esta *remuneración* (rendimientos) si

ejecutaba cabalmente la totalidad de sus obligaciones, mas no cuando incurriera en un incumplimiento parcial, como sucedió en el caso de la consulta.

Por tal razón, la Sala considera que ENTerritorio debe reconocer y pagar o devolver al DNP, dentro del plazo que las partes acuerden, los rendimientos financieros generados por las sumas de dinero que esa entidad debería reintegrar, según lo explicado en este concepto, por haber incurrido en un incumplimiento parcial de sus obligaciones.

En dicho caso, los rendimientos a devolver serían aquellos que se hayan causado, sobre las sumas mencionadas, desde el momento en que se produjeron hasta la fecha en la que se realice su pago efectivo al DNP.

- *¿Qué sucede con los gravámenes a los movimientos financieros - GMF- causados y pagados con cargo a los recursos contractuales no ejecutados?*

Con respecto al gravamen a los movimientos financieros (GMF), la Sala considera que el costo del tributo pagado efectivamente por ENTerritorio (mediante la retención practicada por las entidades financieras) 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 ENTerritorio de las sumas a devolver al DNP, este organismo no recibiría una indemnización integral del perjuicio económico (daño emergente) sufrido por el incumplimiento parcial del contrato, atribuible a ENTerritorio.

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.

5. *¿De acuerdo con los antecedentes y demás circunstancias fácticas relacionadas en el escrito inicial y con las preguntas que se hacen en este complemento, es posible, bajo las condiciones descritas, liquidar el contrato y en qué forma?*

Tal como se menciona en la respuesta a la primera pregunta, y se desarrolla en la parte considerativa, no solamente es viable liquidar, de común acuerdo, el contrato interadministrativo, sino que, en opinión de la Sala, es la forma más adecuada, razonable, segura y, por lo tanto, recomendable para solucionar las controversias jurídicas planteadas en la consulta.

Remítase al director general del Departamento Nacional de Planeación, a la gerente general de la Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial, a la directora general de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a la Procuraduría General de la Nación -Delegada ante el Consejo de Estado- y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ANA MARÍA CHARRY GAITÁN

Presidenta de la Sala
(Con salvamento parcial de voto)

ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS

Consejero de Estado

MARÍA DEL PILAR BAHAMÓN FALLA

Consejera de Estado

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ

Consejero de Estado

REINA CAROLINA SOLÓRZANO HERNÁNDEZ

Secretaria de la Sala