



1050-2021022190
Bogotá, D.C., 20 de septiembre de 2021

Doctor
HÉCTOR RODRÍGUEZ GONZÁLEZ
Director Financiero (E)

Ref.: Contrato Interadministrativo 21000276 H3 de 2020
Asunto: Concepto jurídico – respuesta oficio 3300-2021022044 del 17 de septiembre de 2021.

Cordial saludo.

Mediante el oficio del asunto se formula consulta tendiente a establecer la aplicabilidad del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en el contrato interadministrativo de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1.- La Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, suscribió con la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. – FINDETER-, el 29 de enero de 2021, contrato interadministrativo N.º 21000276 H3, cuyo objeto es:

“PRIMERA: OBJETO: Asistencia técnica y administrativa de recursos a la Aeronáutica Civil de Colombia, para desarrollar la NUEVA TERMINAL, PLATAFORMA E INFRAESTRUCTURA CONEXA DEL AEROPUERTO El Embrujado de Providencia, incluida interventoría.”

1.2.- El valor inicial del contrato es por veinte mil doscientos millones de pesos m.cte., (\$20.200.000. 000.oo) y un plazo de ejecución hasta el 31 de diciembre de 2021.

II. PREGUNTAS

El señor Director Financiero de la Entidad, formula los siguientes interrogantes:

2.1.- *“En virtud de la cuantía fijada de \$20.200 millones, y tratándose de un contrato interadministrativo de administración de recursos, debemos aplicar lo establecido en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, para efectos de una probable incorporación de recursos adicionales, es decir no superar el 50% de su valor inicial?”*

2.- *¿El tratamiento que se deba dar a este contrato con FINDETER se puede aplicar para todos los contratos de “Administración de Recursos”?*



III. CONSIDERACIONES

Para dar respuesta a la consulta planteada, se desarrollarán los siguientes temas:

3.1.- Naturaleza jurídica de FINDETER

La FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S.A. -FINDETER, fue creada mediante la Ley 57 de 1989 y en virtud del Decreto Ley 4167 de 2011, está constituida como una sociedad de economía mixta del orden nacional, del tipo de anónimas, organizada como un establecimiento de crédito, con régimen de derecho privado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Conforme a lo establecido en el literal h) del artículo 270 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, adicionado por el artículo 28 de la Ley 1328 de 2009, FINDETER en desarrollo de su objeto social, puede prestar servicios de asistencia técnica, estructuración de proyectos, consultoría técnica y financiera, y por tanto, en ejercicio de estas facultades legales, celebra contratos y convenios para el diseño, ejecución y administración de proyectos o programas; así como la ejecución de aquellas actividades que por disposición legal le sean asignadas o las que el Gobierno Nacional le atribuya.

3.2.- Régimen de Contratación de FINDETER

El artículo 6° del Decreto – Ley 4167 de 2011, señala:

“ARTÍCULO 6°. RÉGIMEN LEGAL. El régimen de la Financiera de Desarrollo Territorial S. A. (Findeter) es el de derecho privado; en todo caso, se someterá al régimen propio de las sociedades de economía mixta no asimiladas al de las empresas industriales y comerciales del Estado, independientemente de la participación del capital público en su patrimonio.”

Así mismo, el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007, modificatorio del parágrafo 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, prescribe:

“Art. 15.- Los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del estatuto general de contratación de la administración pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.”

En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente Ley.”

Se tiene por lo tanto, que el régimen de contratación de FINDETER es el de derecho privado, salvo lo que se refiere al régimen de incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal y los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, conforme a los artículos 209 y 267 de la Constitución Política.



Por lo anterior, los procesos de contratación se registrarán de acuerdo con lo establecido en el Código Civil, Código de Comercio y demás normas que resulten aplicables.

3.3.- Contratos celebrados por FINDETER con entidades estatales.

Los contratos que FINDETER suscriba con otras entidades públicas, sujetas a la ley 80 de 1993, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1º y 2º, como es el caso de la AEROCIVIL, son contratos estatales que corresponden a la categoría de los “contratos interadministrativos” y por tanto están sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Ello es así porque, si bien a FINDETER no se le aplica en principio la Ley 80 de 1993 en los contratos que celebra, a la otra entidad estatal sí se le aplica y está obligada a cumplir con sus disposiciones, es decir, a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

Lo anterior tiene su fundamento en lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007, modificada por la Ley 1474 de 2011, en cuanto incluye la celebración de los contratos interadministrativos como uno de los casos en los que las entidades públicas pueden acudir a la “contratación directa”, y especialmente por lo previsto en el artículo 2º, numeral 4º, literal c), inciso segundo, primera parte de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011, que señala:

“ARTÍCULO 95. APLICACIÓN DEL ESTATUTO CONTRACTUAL. *Modifíquese el inciso 2o del literal c) del numeral 4 del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:*

En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad.” (Se resalta)

4.- Régimen jurídico aplicable al Contrato Interadministrativo 21000276 H3 de 2021.

4.1.- Entre la AEROCIVIL y FINDETER, se suscribió el contrato interadministrativo 21000276 H3 de 2021, conforme a las siguientes consideraciones:

“6. Que el Estatuto Anticorrupción, adoptado mediante la Ley 1474 de 2011, en su artículo 92 modificó el inciso primero del literal c) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, determinando como causal de contratación directa los “(...) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.”



8. *Que de conformidad con la Ley 1474 de 2011, en su artículo 95, modificó el inciso 2° del literal c) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 indica; "(...) En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad. (...)."*

30.- *Que el Consejo Nacional para la Gestión del Riesgo, según consta en acta de fecha 17 de noviembre de 2020, consideró que se estaba en presencia de una situación constitutiva de desastre en los términos que define la Ley 1523 de 2012 tomando en cuenta los hechos que se presentaron en el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y las consecuencias derivadas de ellos, de acuerdo con la información suministrada por la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, por lo que atendiendo a los criterios de que trata el artículo 59 de la Ley 1523 de 2012, en especial los señalados en los numerales 1, 2, 5, 6 y 7 recomendó al presidente de la República declarar la situación de desastre en el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.*

31.- *Que mediante Decreto N° 1472 del 18 de noviembre de 2020 la Presidencia de la República de Colombia declaró la existencia de una situación de Desastre Departamental en el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y sus cayos, por el término de doce (12) meses prorrogables hasta por un período igual, previo concepto favorable del Consejo Nacional para la Gestión del Riesgo.*

32.- *Que del mismo modo en el artículo segundo del citado Decreto estableció que tanto las entidades nacionales como del departamento darán aplicación al Régimen Normativo Especial para situaciones de desastre y de calamidad pública contemplado en el Capítulo VII de la Ley 1523 de 2012."*

4.2.- Efectuando un análisis de las razones por las cuales se suscribió el referido contrato interadministrativo, se tienen los siguientes aspectos para tener en cuenta, al momento de resolver la consulta, a saber:

4.2.1.- La situación fáctica que motivó la celebración del referido contrato interadministrativo, fue la declaratoria de desastre en el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y los demás cayos, en razón del huracán IOTA, mediante el Decreto 1472 de 2020.

4.2.2.- En el citado Decreto 1472 de 2020, se indica claramente que "las entidades nacionales como del departamento darán aplicación al Régimen Normativo Especial para situaciones de desastre y de calamidad pública contemplado en el Capítulo VII de la Ley 1523 de 2012". En las mismas se indica lo siguiente:



ARTÍCULO 65. RÉGIMEN NORMATIVO. *Declaradas situaciones de desastre o*

Clave: GDIR-3.0-12-06

Versión: 01

Fecha: 20/09/2011

Página: 4 de 7



*calamidad pública, conforme a lo dispuesto en el Capítulo VI de esta ley, en la misma norma se determinará el régimen especial aplicable de acuerdo con los antecedentes, la naturaleza, la magnitud y los efectos del desastre o calamidad pública. Las normas versarán entre otras materias sobre **contratación del Estado**, empréstitos, control fiscal de recursos; ocupación, adquisición, expropiación, demolición de inmuebles e imposición de servidumbres; reubicación de asentamientos, solución de conflictos, moratoria o refinanciación de deudas, suspensión de juicios ejecutivos, créditos para afectados, incentivos para la rehabilitación, reconstrucción y el desarrollo sostenible; administración y destinación de donaciones y otras medidas tendientes a garantizar el regreso a la normalidad.*

ARTÍCULO 66. MEDIDAS ESPECIALES DE CONTRATACIÓN. *Salvo lo dispuesto para los contratos de empréstito interno y externo, los contratos que celebre la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo o los celebrados por las entidades ejecutoras que reciban recursos provenientes de este fondo o los celebrados por las entidades territoriales y sus fondos de gestión del riesgo, relacionados directamente con las actividades de respuesta, de rehabilitación y reconstrucción de las zonas declaradas en situación de desastre o calamidad pública, se someterán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, con sujeción al régimen especial dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, y podrán contemplar cláusulas excepcionales de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993.”*

4.2.3.- El contrato interadministrativo se suscribió bajo la modalidad de contratación directa, entre dos entidades de derecho público: la AEROCIVIL que se rige por el estatuto de contratación estatal y FINDETER, que tiene un régimen de derecho privado.

4.2.4.- El objeto del contrato es la *“asistencia técnica y administración de recursos a la Aeronáutica Civil de Colombia, para desarrollar la nueva terminal, plataforma e infraestructura conexa del aeropuerto El Embrujo de Providencia, incluida interventoría.”* Por consiguiente el mismo tiene relación directa con el objeto de la entidad ejecutora.

4.2.5.- Respecto del valor del contrato, en el párrafo de la cláusula segunda del mismo, se pactó:

*“PARÁGRAFO: De acuerdo con lo establecido en el Estatuto General de Contratación Pública, **el presente contrato podrá ser modificado, conforme a los procedimientos y límites legales**; con el fin de buscar el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos.”* (Se resalta)

5.- **Corresponde ahora determinar si la prohibición contenida en la parte final del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, es aplicable al contrato interadministrativo de la referencia, objeto de consulta.**



La citada norma del Estatuto de Contratación Estatal, dispone:

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

Como se analizó en precedencia, atendiendo a la naturaleza del contrato que celebró la AEROCIVIL con FINDETER, en su condición de administrador de los recursos que le fueron entregados para la reconstrucción del aeropuerto El Embrujo de Providencia, como consecuencia de la declaratoria que de desastre hiciera el Gobierno Nacional, y conforme a lo previsto en el Decreto Ley 4167 de 2011, dicho contrato interadministrativo, **se rige por las normas del derecho privado**, aunado a que se dan los presupuestos previstos en el artículo 95 de la ley 1474 de 2011, esto son que **“la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad.”** Estas circunstancias conllevan a señalar sin dubitación alguna que en el caso objeto de consulta no se aplica la limitación establecida en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, razón por la cual se podrá incorporar recursos al contrato en más del cincuenta por ciento (50%) del valor inicialmente estipulado.

Sobre esta excepción, el Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil, ha conceptuado¹:

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

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

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

¹ Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00106-00(2299) - doce (12) de diciembre de dos mil diecisiete (2017) – C.P. ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS.



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

IV. CONCLUSIÓN

Conforme a lo explicado, se responde:

Pregunta 1:- *“En virtud de la cuantía fijada de \$20.200 millones, y tratándose de un contrato interadministrativo de administración de recursos, debemos aplicar lo establecido en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, para efectos de una probable incorporación de recursos adicionales, es decir no superar el 50% de su valor inicial?”*

En el caso objeto de consulta no se aplica la limitación establecida en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, razón por la cual se podrá incorporar recursos al contrato en más del cincuenta por ciento (50%) del valor inicialmente estipulado

Pregunta 2: *¿El tratamiento que se deba dar a este contrato con FINDETER se puede aplicar para todos los contratos de “Administración de Recursos”?*

Se está frente a la excepción prevista por la Ley, razón por la cual su aplicación es de carácter restrictivo, debiéndose estudiar cada caso en particular.

En estos términos se rinde el concepto solicitado.

Cordialmente,


SILVIA HELENA RAMÍREZ SAAVEDRA
 Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Adolfo León Castillo Arbeláez – Coordinador Grupo Representación Judicial OAJ
 Ruta electrónica: \\bog7\AD\Interno\2021022190

