



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Germán Alberto Bula Escobar

Bogotá D.C., nueve (9) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Radicación interna: 2410

Número Único: 11001-03-06000-2019-00012-00

Referencia: Reintegro de recursos de convenios interadministrativos.

La señora directora del Departamento Nacional de Planeación consulta sobre «la procedibilidad de la cancelación en relación con unas sumas de dinero respecto de una obligación natural, por cuenta de una declaratoria de caducidad de acción contractual, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina – CORALINA.»

I. ANTECEDENTES

Explica la directora que FONADE y CORALINA suscribieron el Convenio 195085 del 29 de diciembre de 2005, cuyo objeto fue el diseño y la adecuación de la primera etapa de la sede de Coralina, ubicada en la torre Dann de San Andrés Isla, el que no fue ejecutado en su totalidad.

El convenio tenía establecido un término de ejecución de 10 meses, pero sufrió varias suspensiones, prórrogas y adiciones, hasta que el día 5 de febrero de 2010 las partes suscribieron una suspensión indefinida.

En consecuencia, según el balance presupuestal 202 con fecha de corte 30 de junio de 2018, los recursos no ejecutados y disponibles eran de \$37.360.917.00.

Posteriormente, suscribieron el Convenio 200842 del 30 de diciembre de 2008 con el objeto de terminar la construcción de la sede de CORALINA.

Se pactó un plazo de ejecución de 13 meses, pero el 28 de mayo de 2012 se convino la suspensión indefinida.

Según balance presupuestal 203 del 30 de junio de 2018, el saldo de recursos disponibles era de \$1.209.366.111.00.

Anota que, luego de haber agotado varias fórmulas de arreglo directo que fracasaron, CORALINA demandó a FONADE por el medio de control de controversias contractuales; demanda que fue rechazada por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante auto del 4 de abril de 2018, al considerar que operó la caducidad. Esta providencia no fue apelada.

Estima que, al haberse declarado la caducidad mencionada y además la terminación de los convenios con decisión en firme, se sitúa a FONADE como mero tenedor de unos recursos ajenos y podría por tanto configurarse un enriquecimiento sin causa.

Así las cosas, formula las siguientes **PREGUNTAS**:

«a. ¿Cómo hacer el reintegro de los recursos a Coralina, como quiera que no existe un título que faculte el pago a Coralina en virtud de los convenios, ya que nunca se llevó a cabo la liquidación bilateral o judicial de los mismos, y por ende no nació obligación alguna de pago y/o devolución de recursos en contra de FONADE?»

b. ¿Cuál es la acción posible que permita adelantar pagos por consignación respecto de una obligación natural, teniendo en cuenta que el Consejo de Estado ha sostenido la imposibilidad de hacer pagos o devolución de dineros por obligaciones contractuales, después de declarada la caducidad de la acción contractual?»

c. ¿Respecto de la naturaleza jurídica de CORALINA (Creada por el artículo 37 de la Ley 99 de 2013, como una Corporación Autónoma Regional, que goza de autonomía administrativa, financiera y patrimonio propio), corresponde retornar los recursos al Presupuesto de la Nación o al Ente Territorial?»

II. CONSIDERACIONES

Para absolver la consulta, la Sala se ocupará de los siguientes temas: i) el enriquecimiento sin causa – generalidades, ii) los convenios interadministrativos, iii) el manejo de los recursos públicos, iv) la depuración contable, y v) el caso concreto.

A. El enriquecimiento sin causa – generalidades

La teoría del enriquecimiento sin causa parte de la concepción de justicia como el fundamento de las relaciones reguladas por el derecho, noción bajo la cual no se concibe un traslado de haberes del patrimonio de un sujeto al de otro, sin que exista una causa eficiente y jurídica que lo sustente¹. Esta teoría se ha decantado

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de noviembre de 2012. Expediente: 2000-03075.

en numerosas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en las que se han enumerado sus elementos constitutivos.²

Tales elementos son:

«1º) Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no solo en el sentido de adición de algo, sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio.

2º) Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento.

Es necesario aclarar que la ventaja del enriquecido puede derivar de la desventaja del empobrecido, o a la inversa, la desventaja de éste derivar de la ventaja de aquél.

Lo común es que el cambio de la situación patrimonial se opere mediante una prestación dicha por el empobrecido al enriquecido, pero el enriquecimiento es susceptible de verificarse también por intermedio de otro patrimonio.

El acontecimiento que produce el desplazamiento de un patrimonio a otro debe relacionar inmediatamente a los sujetos activo y pasivo de la pretensión de enriquecimiento, lo cual equivale a exigir que la circunstancia que origina la ganancia y la pérdida sea una y sea la misma.

3º) para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica.

En el enriquecimiento torticero, causa y título son sinónimos, por cuyo motivo la ausencia de causa o falta de justificación en el enriquecimiento, se toma en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato o un cuasicontrato, un delito o un cuasidelito, como tampoco por una disposición expresa de la ley.

(...)

El objeto del enriquecimiento sin causa es el de reparar un daño, pero no el de indemnizarlo. Sobre la base del empobrecimiento sufrido por el demandante, no se puede condenar sino hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandado...»³

Por su parte, esta Sala ha señalado que:

² Ver, entre otras, sentencias de 6 de septiembre de 1935; 6 de septiembre de 1940, M.P. Hernán Salamanca; 10 de diciembre de 1999, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; 11 de enero de 2000, M.P. Manuel Ardila Velásquez; 10 de diciembre de 1999, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

³ Gaceta Judicial XLIV, 474.

«(...) la obligación legal de reintegrar los recursos apropiados "sin justa causa" tiene soporte en principios generales del derecho, como aquel que consiste en que nadie puede enriquecerse injustamente a costa de otro. Este principio general del enriquecimiento sin justa causa, tiene aplicación en todos los campos de la legislación, en virtud de lo ordenado por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887. En desarrollo de este principio el Código Civil, en su Libro IV, Título 33, Capítulo 2º regula el denominado "cuasicontrato del pago de lo no debido", y el artículo 831 del Código de Comercio preceptúa que "[n]adie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro".

El Código Civil define el concepto del pago de lo no debido en el artículo 2313, al indicar que "[s]i el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado". Coincide la doctrina en señalar que la configuración del pago de lo no debido exige, primero, que el pago se haya verificado por el deudor, creyendo deber; segundo, que la obligación que se pretendió cumplir no tenía existencia en el momento de realizar el pago; y tercero, que el deudor haya cometido un error, es decir, que haya pagado en la creencia de estar obligado.

El fundamento que permite el pago de lo no debido es, por tanto, el error. Como se observa, en el derecho civil, el pago indebido es aquel realizado a quien no tenía derecho a recibirlo, pues lo pagado no se debía, exigiéndose el error del que paga y siendo indiferente el error de quien cobra (...)»⁴

B. Los convenios interadministrativos

La Constitución Política en los artículos 113 y 209 consagra el principio de colaboración interinstitucional y armónica como eje articulador de las actuaciones de los diferentes órganos y entidades del Estado. De esta manera se evitan actuaciones desorganizadas y aisladas y se garantiza una mejor utilización de los bienes y de los recursos públicos.

Una de las formas de concretar el mandato constitucional de colaboración interinstitucional es la celebración de convenios interadministrativos, tal como lo prevé el artículo 95 de la propia Ley 489 de 1998:

«Artículo 95. Asociación entre entidades públicas. Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro».

El ánimo de cooperación entre organismos o entidades públicas con funciones interrelacionadas o complementarias es la nota distintiva en los convenios interadministrativos por lo que no existe preeminencia del contratante respecto del contratista, sino más bien las relaciones se desarrollan en un plano de igualdad o

⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 7 de diciembre de 2015. Radicado 2235.

equivalencia, sin que existan prerrogativas en favor de una parte a costa de la otra.

Como lo sostuvo la Sala en el Concepto 1881 de 2008, es de la esencia del convenio interadministrativo que cada una de las entidades partes contratantes realice los cometidos estatales a su cargo, «[p]ues es obvio que ninguna puede buscar fines públicos diferentes de aquellos que le fueron expresamente encomendados. En desarrollo de estos convenios, cada uno de los contratantes buscará ejecutar las tareas que le fueron asignadas, sin que esto signifique que necesariamente sea la misma, pues frecuentemente se trata de fines complementarios.»

No obstante, es viable distinguir entre «convenios interadministrativos» de contenido patrimonial que se someten al régimen de los contratos interadministrativos, por un lado, y otros que, si bien implican obligaciones y responsabilidades para los intervinientes, no tienen ese elemento oneroso o económico pues esencialmente giran en torno a la forma de complementar y articular las funciones de cada entidad para el logro del bien común.

Lógicamente, en los convenios interadministrativos propiamente dichos es posible que cada entidad incurra en costos y gastos para cumplir sus funciones y los compromisos adquiridos para con la otra, razón por la cual bien pueden comprender la asunción de aportes económicos o financieros, pero sin que su objeto esencial lo constituyan prestaciones propias de los contratos interadministrativos o el pago de un precio o una remuneración.

En todo caso, es preciso señalar que los convenios interadministrativos se someten a los principios constitucionales y legales de la actividad contractual del Estado (transparencia, planeación, buena fe, entre otros) y, obviamente, a los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 CP (moralidad, economía, celeridad, entre otros).

También es innegable que los convenios interadministrativos están cobijados por el principio de protección de los recursos públicos.

C. El manejo de los recursos públicos

El buen manejo de los recursos públicos involucra el interés general de la comunidad porque además de ser un aporte de todos los contribuyentes, su destinación implica el cumplimiento de los fines del Estado.⁵

⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 19 de julio de 2017. Expediente 2011-00387.

De allí la existencia del principio de protección de los recursos públicos que exige la estricta observancia de la moralidad administrativa y la mayor eficacia en la defensa del interés colectivo.⁶ (C- 088 de 2000)

Los bienes y recursos públicos garantizan la actuación del Estado y, por ende, el cumplimiento de sus fines. Es decir, no se puede equiparar el tratamiento que se debe dar a los recursos públicos con el que cada particular les da a los propios.

Sin ese trato diferenciador es imposible la realización de los fines que le son propios al Estado.⁷

D. La depuración contable

Para el desarrollo de este acápite es preciso tener en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Contaduría General de la Nación:

En el artículo 354 de la Constitución se prevé la existencia del Contador General de la Nación como funcionario de la Rama Ejecutiva con las funciones de llevar la contabilidad general de la Nación y consolidarla con la de las entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, excepto la referente a la ejecución del presupuesto que compete a la Contraloría.

También tiene a su cargo uniformar, centralizar y consolidar la contabilidad pública, elaborar el balance general y determinar las normas contables que deben regir en el país conforme a la ley.

En el año 1996 se expidió la Ley 298 «*Por la cual se desarrolla el artículo 354 de la Constitución Política de la República de Colombia, se crea la Contaduría General de la Nación como una unidad administrativa especial, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y se dictan otras disposiciones*».

El artículo 4 de la ley asigna a la Contaduría las funciones que a continuación se destacan:

«a) Determinar las políticas, principios y normas sobre contabilidad, que deben regir en el país para todo el sector público;

b) Establecer las normas técnicas generales y específicas, sustantivas y procedimentales, que permitan unificar, centralizar y consolidar la contabilidad pública;

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-088 de 2000.

⁷ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 8 de mayo de 2014. Expediente 2012-00044.

c) Llevar la Contabilidad General de la Nación, para lo cual expedirá las normas de reconocimiento, registro y revelación de la información de los organismos del sector central nacional;

(...)

g) Establecer los libros de contabilidad que deben llevar las entidades y organismos del sector público, los documentos que deben soportar legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas y los requisitos que éstos deben cumplir;

(...)

i) Emitir conceptos y absolver consultas relacionadas con la interpretación y aplicación de las normas expedidas por la Contaduría General de la Nación;

j) La Contaduría General de la Nación, será la autoridad doctrinaria en materia de interpretación de las normas contables y sobre los demás temas que son objeto de su función normativa;

k) Expedir las normas para la contabilización de los bienes aprehendidos, decomisados o abandonados, que entidades u organismos tengan bajo su custodia, así como para dar de baja los derechos incobrables, bienes perdidos y otros activos, sin perjuicio de las acciones legales a que hubiere lugar;

(...))»

Entonces, las entidades públicas deben garantizar que las cifras y demás datos contables, contenidos en sus estados, informes y reportes, cumplan con las características cualitativas de confiabilidad, relevancia y comprensibilidad definidas por la Contaduría General de la Nación.

La información contable es confiable si se elabora a partir de principios, normas técnicas y procedimientos que permitan conocer la gestión, el uso, el control y las condiciones de los recursos y el patrimonio público.

Ahora bien, en atención a la obligación constitucional de las entidades públicas de diseñar y aplicar métodos y procedimientos de control interno (C.P. artículo 269), cada entidad es responsable de implementar las políticas y procedimientos que se tendrán en cuenta para llevar a cabo la depuración de la información contable, para lo cual deberán definir las instancias administrativas competentes para autorizar la incorporación o eliminación de partidas, al igual que señalar cuáles son los documentos soporte para sustentar la decisión adoptada⁸.

Así las cosas, y de conformidad con el numeral 3.2.1 del Procedimiento de Control Interno Contable adoptado por la Contaduría General de la Nación, las entidades

⁸ Contaduría General de la Nación. Doctrina Contable Compilada, concepto 20096-131487 del 07-07-09, p. 883.

públicas deberán depurar las cifras que revelen cualquiera de las siguientes situaciones:

«1.- Valores que afecten la situación patrimonial y no representen derechos, bienes u obligaciones para la entidad;

2.- Derechos que no es posible hacer efectivos mediante la jurisdicción coactiva;

3.- Derechos respecto de los cuales no es posible ejercer cobro, por cuanto opera alguna causal relacionada con su extinción;

4.- Derechos e ingresos reconocidos, sobre los cuales no existe probabilidad de flujo hacia la entidad, y

5.- Valores respecto de los cuales no haya sido legalmente posible su imputación a alguna persona por la pérdida de los bienes o derechos que representan.»⁹

Entonces, para llevar a cabo la depuración, las entidades públicas están en la obligación de adoptar un procedimiento de control interno contable en el que se incluyan las pautas establecidas por la Contaduría General de la Nación; también deben definir cuáles son las instancias administrativas competentes y los documentos idóneos para adoptar la respectiva decisión.¹⁰

E. Caso concreto

FONADE afirma ser un «mero tenedor de recursos ajenos»¹¹, tal y como se refleja en sendos balances de esa entidad, así:

Respecto al Convenio 195085 del 29 de diciembre de 2005, el balance presupuestal 202 con fecha de corte 30 de junio de 2018 arroja que los recursos no ejecutados y disponibles eran de \$37.360.917.00.

Sobre el Convenio 200842 del 30 de diciembre de 2008, según balance presupuestal 203 del 30 de junio de 2018, el saldo de recursos disponibles era de \$1.209.366.111.00.

Habida cuenta de la situación descrita, a FONADE le asiste la preocupación sobre el mecanismo aplicable para el reintegro de dichos dineros a CORALINA.

La Sala considera que, como entidad pública, FONADE está en la obligación de proteger los recursos públicos y prestar su concurso para que sean destinados al cumplimiento de los fines estatales.

⁹[http://www.contaduria.gov.co/wps/wcm/connect/48a87b4c-dfa2-48a1-aca6-7b1b53e2c1f3/Proyecto+Procedimiento+Control+Interno+Contable+\(17-12-2015\)+\(1\).pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=48a87b4c-dfa2-48a1-aca6-7b1b53e2c1f3](http://www.contaduria.gov.co/wps/wcm/connect/48a87b4c-dfa2-48a1-aca6-7b1b53e2c1f3/Proyecto+Procedimiento+Control+Interno+Contable+(17-12-2015)+(1).pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=48a87b4c-dfa2-48a1-aca6-7b1b53e2c1f3)

Página consultada el 13 de junio de 2018.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2170 de 2013.

¹¹ Folio 9 de la consulta.

Así, salta a la vista que FONADE no debe mantener en su poder recursos que admite que son ajenos, que pertenecen a CORALINA, y sobre los que sin dubitación considera ser un mero tenedor.

En suma, son valores que no corresponden a derechos de los cuales FONADE sea titular.

En tal virtud, aparece la herramienta de la depuración contable cuando se verifique la ocurrencia de alguna de las condiciones definidas en el numeral 3.2.1 del Procedimiento de Control Interno Contable adoptado por la Contaduría General de la Nación o aquellas otras que sean incluidas por las entidades en sus políticas y procedimientos respectivos.

La consecuencia de la depuración y castigo de dichas cuentas implica que desaparezcan definitivamente de los registros contables.

En resumen:

- Dada la naturaleza del convenio administrativo en el cual se origina su tenencia -arriba analizada-, los valores que FONADE detenta no le pertenecen. Toda vez que no representan derechos de esa entidad, obedecen a la situación descrita en el numeral 1 del artículo 3.2.1. del Procedimiento de Control Interno Contable de la Contaduría General de la Nación, y deben ser depurados.
- En todo caso, los recursos en poder de FONADE son públicos, y es entendido -por la misma razón aludida de la naturaleza especial del convenio administrativo- que representan derechos de CORALINA. Ambas entidades públicas están en la obligación de protegerlos, a partir de la misma correcta contabilización y ordenación de su tenencia, como condición para que sean administrados con eficacia, en procura de la satisfacción del interés público.

Advierte la Sala que el concepto que emite se contrae de manera exclusiva a precisar la manera en que FONADE puede hacer la devolución de unas sumas de dinero a CORALINA, con base en las precisas condiciones informadas. En consecuencia, la Sala no se pronuncia sobre la justeza de los montos ni sobre la pertinencia o no de reclamaciones, negociaciones o ajustes entre las partes intervinientes en los convenios que dieron origen a la presencia, en las arcas de FONADE, de dineros no ejecutados.

III. La Sala RESPONDE:

a. ¿Cómo hacer el reintegro de los recursos a Coralina, como quiera que no existe un título que faculte el pago a Coralina en virtud de los convenios, ya que nunca

se llevó a cabo la liquidación bilateral o judicial de los mismos, y por ende no nació obligación alguna de pago y/o devolución de recursos en contra de FONADE?

b. ¿Cuál es la acción posible que permita adelantar pagos por consignación respecto de una obligación natural, teniendo en cuenta que el Consejo de Estado ha sostenido la imposibilidad de hacer pagos o devolución de dineros por obligaciones contractuales, después de declarada la caducidad de la acción contractual?

Por su unidad temática se responden las preguntas a y b.

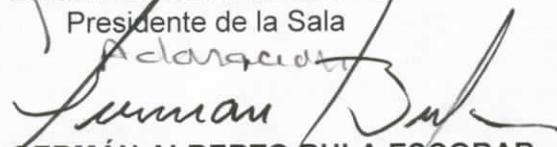
Para proceder a la devolución de los recursos no ejecutados y disponibles que según los balances de FONADE son ajenos y pertenecen a CORALINA, podrá acudir al mecanismo de depuración contable.

Específicamente, el numeral 3.2.1 del Procedimiento de Control Interno Contable adoptado por la Contaduría General de la Nación prevé que se deberán realizar las acciones administrativas necesarias para evitar que la situación financiera refleje «[v]alores que afecten la situación patrimonial y no representen derechos, bienes u obligaciones para la entidad».

c. ¿Respecto de la naturaleza jurídica de CORALINA (Creada por el artículo 37 de la Ley 99 de 2013, como una Corporación Autónoma Regional, que goza de autonomía administrativa, financiera y patrimonio propio), corresponde retornar los recursos al Presupuesto de la Nación o al Ente Territorial?"

El reintegro de los recursos debe efectuarse a los presupuestos de origen, es decir a donde fueron cargadas las respectivas erogaciones según los certificados de disponibilidad presupuestal.

Remítanse copias a la señora directora del Departamento Nacional de Planeación y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.


EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Presidente de la Sala
Adelgado

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado


ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado


LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Germán Alberto Bula Escobar.

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Radicación interna: 2410

Número Único: 11001-03-06-000-2019-00012-00

Referencia: Reintegro de recursos de convenios interadministrativos.

ACLARACIÓN DE VOTO

Comparto las consideraciones realizadas en el concepto de la referencia, que además atiende a la lógica de lo razonable, teniendo en cuenta que en la controversia contractual una de las entidades públicas reconoce su calidad de mero tenedor de los recursos públicos de la otra entidad.

En forma adicional, considero que podría haberse analizado la procedencia para reconocer una obligación natural, en la medida en que se trata de dos entidades públicas y que la naturaleza del recurso público se mantiene incólume.

La Sala ya había tenido oportunidad de analizar¹ la procedencia para reconocer una obligación natural por parte de una entidad pública en favor de una entidad privada. Al respecto, conceptuó la imposibilidad de su reconocimiento, teniendo en cuenta la naturaleza del recurso público de titularidad de la entidad estatal y las limitaciones de sus servidores públicos para disponer de ellos o transferirlos a un particular.

En este caso, como se puede observar, la situación es distinta, pues se trata de dos entidades públicas y la naturaleza de los recursos

¹ En el concepto 2253 del 28 de junio de 2018

públicos no se modifica teniendo en cuenta que la entidad tenedora los restituye a la otra entidad pública.

Por esta razón, también podría haberse sustentado el concepto en el reconocimiento hecho por FONADE de ser mero tenedor del recurso público, y por lo tanto, de la existencia de una obligación natural, para ser entregado a la otra entidad pública, sin perder su naturaleza.

Además, su pertinencia también radica en que se trata de un tema sin mayor desarrollo en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En los anteriores términos, dejo rendida mi aclaración.


ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado