

AL CONTESTAR CITE ESTE NÚMERO: CI - 2015337370
 ASUNTO: Revisión proyecto Acta de Liquidación Radicación Interna No.
 17 de Agosto 31 de 2015.
 DEPENDENCIA: 164 - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
 CONTRATACION

Bogotá, D.C., Septiembre 1 de 2015

Doctor
ALVARO TURRIAGO HOYOS
 Secretario
 Ciencia Tecnología e Innovación

*Recibido
 Paola Perez
 7/19/2015.*

Referencia: Revisión proyecto Acta de Liquidación Radicación Interna No. 17 de Agosto 31 de 2015.

Respetado Doctor

En atención al asunto de la referencia, y en cumplimiento de la función de la Unidad Administrativa Especial de Contratación, como asesora en materia de contratación, dando respuesta a la solicitud de concepto solicitada, me permito manifestarle:

SE PREGUNTA

Se remite, la solicitud sin ningún antecedente y en el cual “solicito el respectivo análisis, con el fin de remitir al DNP la posición del departamento sobre estos particulares”.

Las particularidades son derivadas de una auditoría, en las cuales dejan dos (2) observaciones como oportunidad de mejoras, a saber:

“No hay claridad con relación a la figura del primer desembolso. Toda vez que presentada características de anticipo y de pago anticipado, limitado la toma de decisiones con la identificación de los riesgos en el manejo de la inversión y sus correspondientes acciones de mitigación y distribución.” (sic)

“Los amparos de cumplimiento y de calidad de las pólizas expedidas y aprobadas que se constituyen para amparar el convenio principal, no son concordantes en el valor a amparar de conformidad a lo expuesto en el estatuto de contratación



pública, Decreto 1510 de 2013, ya que sólo amparan el valor de recursos del SGR y no el valor total del convenio.”

SOPORTES

Se remitió únicamente la solicitud sin ninguna clase de antecedente.

Se informa que en una auditoría del mes de julio de 2015, del DPN, se establecieron unas oportunidades de mejora en los dos (2) temas atrás planteados, relacionados con los convenios financiados con recursos del Sistema General de Regalías.

PROBLEMA JURÍDICO

“Solicito el respectivo análisis, con el fin de remitir al DNP la posición del departamento sobre estos particulares”.

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo descrito en la solicitud, se puede extraer:

Para el primer tema conviene analizar los conceptos de anticipo y pago anticipado.

Tales conceptos los define expresamente el documento de la Procuraduría General de la Nación, “APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS”, en los siguientes términos:

“ANTICIPO: Es la suma de dinero que se entrega al contratista para facilitarle el cumplimiento del objeto contractual. El anticipo no se considera pago y, por tanto, no extingue las obligaciones a cargo de la entidad. Continúa siendo de propiedad del contratante y debe ser amortizado.”

Los dineros provenientes del anticipo deben ser empleados/aplicados de acuerdo con el programa de inversiones debidamente aprobado por el supervisor o interventor del contrato.

Dichos dineros no pueden destinarse a fines distintos a los relacionados con la ejecución y el cumplimiento del contrato, y tienen la condición de fondos públicos hasta el momento que sean amortizados mediante su ejecución, por lo cual, su manejo inadecuado, el cambio de su destinación o su aprobación darán lugar a las responsabilidades correspondientes.

La amortización es el porcentaje que descuenta la entidad pública al contratista



del valor que reciba en cada pago, con el fin de compensar el valor entregado por ésta en calidad de anticipo.

El contratista deberá entregar los informes de inversión y buen manejo de anticipo que le solicite el supervisor o interventor del contrato.

PAGO ANTICIPADO: suma de dinero que se entrega al contratista en calidad de primer PAGO del contrato y que, por tanto, pasa a ser de su propiedad y puede ser invertida libremente.

Con el fin de salvaguardar los recursos del Estado se deben efectuar dos (2) recomendaciones:

1. No supeditar el inicio del plazo de ejecución de los contratos al giro de los recursos pactados en calidad de anticipo o pago anticipado, toda vez que, dentro del proceso de selección correspondiente, se efectuaron exigencias y revisiones orientadas a verificar la solvencia económica y técnica del contratista que lo capacitan para iniciar la ejecución del objeto contractual sin condicionamientos económicos.

En todo caso, el giro de recursos en cualquier modalidad deberá efectuarse hasta tanto se haya verificado el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato.

2. Dentro de los requisitos de ejecución, para este efecto, se sugieren incluir las licencias, los permisos y las autorizaciones que deben existir de forma previa al inicio de las actividades concertadas.

El marco Constitucional de los convenios de ciencia y tecnología se encuentra en los artículos 69, 70 y 71. El primero, establece el deber del estado Colombiano de fortalecer la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecer las condiciones para su desarrollo; el segundo, establece el deber del Estado de promover y fomentar el acceso a la cultura, lo cual conlleva la enseñanza científica, para luego establecer expresamente que es su deber promover la investigación y la ciencia.

Por su parte el artículo 71 dispone que los planes de desarrollo económico y social deben incluir el fomento a las ciencias y en general a la cultura. Ordena la norma la creación de incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología, así como ofrecer estímulos especiales a las personas e instituciones que ejerzan dichas actividades.

Una de las modalidades de asociación para el fomento y promoción de la ciencia y la tecnología se desprende de la Ley 28 de 1990, por la cual se dictaron



disposiciones para el fomento de la investigación científica y desarrollo tecnológico, y se concedieron facultades al ejecutivo, quien en ejercicio de las mismas expidió el Decreto extraordinario 393 de 1991, norma que consagró la modalidad de celebración de convenios especiales de cooperación.

Ahora bien, es evidente que los convenios de "aunar esfuerzos", técnicamente no manejan, ni pagos anticipados, ni anticipos las partes hacen unos aportes en aras de un fin común. El pago lleva implícito una contraprestación, que es precisamente la que se cancela con los pagos, pero en los convenios de "aunar esfuerzos", las entidades públicas y particulares, hacen unos aportes para lograr un fin común a ambas partes, es decir, no hay intereses contrapuestos, no se hace un pago , técnicamente hablado, sino que hacen aportes, luego no se puede hablar ni de anticipo, ni menos de pago anticipado, no se paga una contraprestación, las entidades se unen a fin de lograr un interés común, que se regulan en el mismo artículo 2º del Decreto 393 de 1991, a título enunciativo.

El anticipo es una institución propia de las normas de contratación de Ley 80 de 1993, regido por el parágrafo del artículo 40, para los contratos estatales, obviamente regido por sus normas. El convenio especial de cooperación, objeto de materia tiene reglamentación propia, inclusive anterior a la existencia de la Ley 80 de 1993, la normatividad del convenio de cooperación se funda en la Ley 29 de 1990, su modificatoria 1286 de 2009, el Decreto Ley 393 de 1991, el Decreto 591 de 1991, es decir, para los convenios especiales de cooperación, como el que se analiza no aplican las normas de Ley 80 de 1993.

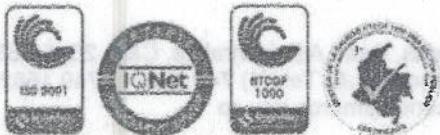
Si bien es cierto, el artículo 2, numeral 4, literal e, de la Ley 1150 de 2007, tiene como causal de contratación directa "Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas", la misma ley en norma posterior, artículo 14, exceptúa de estar sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, los contratos de ciencia y tecnología. Dice la norma:

"Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes."

En materia de convenios especiales de cooperación, opera la expresión latina de "pacta sunt servanda" que no es otra cosa que la expresión de la autonomía de la voluntad, con lo cual lo pactado obliga, o en otras palabras, se expresa que "toda convención debe ser fielmente cumplida por las partes de acuerdo con lo pactado", en los términos y condiciones que se estipularon.

El mismo artículo 6º del Decreto 393 de 1991 sobre ese propósito común expresa:

"En virtud de estos convenios especiales de cooperación las personas que los celebren aportan recursos de distinto tipo para facilitar, fomentar, desarrollar y



alcanzar en común algunos de los propósitos contemplados en el artículo segundo." (negrilla fuera de texto).

Sobre las reglas que debe regir esta clase de convenios, la misma norma del Decreto 393 de 1991, señaló de forma expresa que se rigen por el derecho privado. Dijo el artículo 70, numeral 5º:

"Estos convenios se regirán por la normas del Derecho Privado."Dicho artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-316 del 13 de julio de 1995, luego aplica en su integridad.

En el mismo sentido se repite el parágrafo del artículo 8 ibídem:

Parágrafo. El convenio especial de cooperación no requiere para su celebración y validez requisitos distintos de los propios de la contratación entre particulares, pero exige su publicación en el DIARIO OFICIAL, pago del impuesto de timbre nacional, y apropiación y registro presupuestal si implica erogación de recursos públicos. (negrilla fuera de texto)

Con base en esa autonomía y las reglas citadas, las partes involucradas de esos convenios especiales de Cooperación con recursos del SGR, estipularon una forma de efectuar los aportes, a través de unas condiciones para los desembolsos parciales que pactaron, aportes que corresponden a ese concepto, y no la connotación de anticipo, o pago anticipado o pagos parciales, simplemente las partes en uso de esa autonomía de la voluntad consagran una forma de hacer los aportes, como quiera que el convenio no está regido por las normas de ley 80 de 1993, sino por el derecho privado.

Ahora bien, sobre la formalidad y requisitos que debe contener esta clase de convenios el mismo Decreto 393 de 1991, expresa:

"Artículo 8. REQUISITOS. El convenio especial de cooperación, que siempre deberá constar por escrito, contendrá como mínimo cláusulas que determinen: su objeto, término de duración mecanismos de administración, sistemas de contabilización, causales de terminación y cesión."

Por su parte el Decreto 591 de 1991, sobre el mismo tema expresa:

"ARTÍCULO 18º. El convenio especial de cooperación contendrá como mínimo cláusulas que determinen su objeto, término de duración, mecanismos de administración sistemas de contabilización causales de terminación y cesión, y estará sometido a las siguientes reglas:

1. No existirá régimen de solidaridad entre las personas que lo celebren, pues



cada una responderá por las obligaciones que específicamente asume en virtud del convenio.

2. Se precisará la propiedad de todos los resultados que se obtengan y los derechos de las partes sobre los mismos.
3. Se definirán las obligaciones contractuales, especialmente de orden laboral, que asume cada una de las partes.
4. El manejo de recursos aportados para la ejecución del convenio podrá efectuarse mediante encargo fiduciario o cualquier otro sistema de administración.”

Pasando a la otra observación como oportunidad de mejora, relacionada con los amparos de cumplimiento y de calidad de las pólizas expedidas y aprobadas, pues aplica el mismo criterio atrás analizado, como quiera que no rigen las disposiciones de la Ley 80 de 1993 y menos del derogado Decreto 1510 de 2013, mencionado en la Auditoría. Además, no es consecuente pedirle al cooperante, que constituya una póliza para garantizar el cumplimiento y calidad de sus propios recursos, o sea que no solo aporta sino que se gravan sus aportes, cuando lo que se pretende al pedir una garantía, es cuidar el recurso público, es decir, los aportes de la Entidad Pública. La entidad debe velar porque sus recursos públicos estén salvaguardados, pues son esos sus aportes, luego no es viable gravar al particular en sus aportes, siendo que son de ellos mismos y en muchos casos dichos aportes son en bienes y servicios, aunque también podrán ser en dinero, pero igual son sus recursos propios.

Con base en lo anterior, la Unidad Administrativa Especial de Contratación,

SE RESPONDE

“...solicito el respectivo análisis, con el fin de remitir al DNP la posición del departamento sobre estos particulares”.

Las particularidades son derivadas de una auditoría, en las cuales dejan dos (2) observaciones como oportunidad de mejoras, a saber:

“No hay claridad con relación a la figura del primer desembolso. Toda vez que presenta características de anticipo y de pago anticipado, limitando la toma de decisiones con la identificación de los riesgos en el manejo de la inversión y sus correspondientes acciones de mitigación y distribución.” (sic)

“Los amparos de cumplimiento y de calidad de las pólizas expedidas y aprobadas que se constituyen para amparar el convenio principal, no son concordantes en el valor a amparar de conformidad a lo expuesto en el estudio de contratación



pública, Decreto 1510 de 2013, ya que sólo amparan el valor de recursos del SGR y no el valor total del convenio."

Tanto para la figura del desembolso y las garantías que se constituyan en los convenios especiales de cooperación, aplica en todo la autonomía de la voluntad, como quiera que "**Estos convenios se regirán por las normas del Derecho Privado**", luego lo pactado es la Ley para las partes.

Finalmente, se aclara que este concepto se emite de conformidad con lo señalado en el artículo 28 de la ley 1437 de 2011. **Alcance de los conceptos.** Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,



OMAR HERNANDO ALFONSO RINCÓN
Director técnico de la unidad administrativa
Especial de Contratación.



