



Concepto Sala de Consulta C.E. 00102 de 2017 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONTRATOS Y CONVENIOS DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN – Régimen jurídico

El Decreto 393 de 1991 reguló las siguientes formas de asociación, a través de las cuales la Nación o las entidades descentralizadas pueden unirse a un particular o a otra entidad pública, con el fin de adelantar actividades científicas y tecnológicas: Las asociaciones que tienen por objeto crear sociedades civiles y comerciales o personas jurídicas sin ánimo de lucro, y los convenios especiales de cooperación. Por su parte, el Decreto 591 de 1991 individualizó las siguientes modalidades de contratos para el fomento de las actividades científicas, tecnológicas y de innovación: los contratos de financiamiento, los de administración de proyectos; los contratos de fiducia; los de prestación de servicios científicos y tecnológicos; los contratos de consultoría científica o tecnológica; los contratos de obra pública, los contratos de consultoría e interventoría en obra pública; los contratos de arrendamiento, los contratos de compraventa y permuto y suministro de bienes muebles; los contratos de donación, y por último, los convenios especiales de contratación ya previstos por el Decreto 393 de 1991. Posteriormente, la Ley 80 de 1993 derogó las disposiciones del Decreto 591 ibídem, con excepción de las normas que individualizan y caracterizan los contratos de financiamiento (art. 8º), los de administración de proyectos (art. 9) y los convenios especiales de cooperación (art. 17). Por su parte, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública guardó silencio sobre la derogatoria o vigencia del Decreto 393 de 1991, lo que permite deducir que el legislador tuvo la clara voluntad de mantener vigentes las modalidades de asociación prevista en esta normatividad. (...) Es posible concluir que los negocios individualizados y regulados por el ordenamiento jurídico colombiano, para el fomento de las actividades de ciencia, tecnología e innovación, son los siguientes: las asociaciones dirigidas a crear sociedades civiles y comerciales, y personas jurídicas sin ánimo de lucro como fundaciones y corporaciones; los convenios especiales de cooperación; los contratos de financiamiento (en la modalidad de reembolso obligatorio, reembolso condicional, reembolso parcial y reembolso contingente) y, los contratos de administración de proyectos. Este cuadro normativo no excluye la posibilidad de que las entidades de fomento de las actividades científicas y tecnológicas puedan convenir libremente negocios distintos a los expresamente previstos en la ley o el reglamento, en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad. (...) El párrafo 1, del art. 20 de la Ley 1286 de 2009 -por medio de la cual se transformó a Colciencias en Departamento Administrativo, se fortaleció el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación en Colombia y se dictaron otras disposiciones en esta materia

FUENTE FORMAL: DECRETO 393 DE 1991 / DECRETO 591 DE 1991 / LEY 80 DE 1993 / LEY 1286 DE 2009 – ARTÍCULO 20

CONVENIOS ESPECIALES DE COOPERACIÓN – Régimen contractual / CONVENIOS ESPECIALES DE COOPERACIÓN – Comprenden subvenciones / CONVENIOS ESPECIALES DE COOPERACIÓN – Condición resolutoria tácita

El art. 7 del Decreto ley 393 de 1991 sometió a los convenios especiales de cooperación, para el desarrollo de las actividades de ciencia y tecnología, al régimen de derecho privado. Posteriormente, el art. 24 de la Ley 80 de 1993 reguló expresamente los contratos de ciencia y tecnología, al prever la posibilidad de que estos fuesen celebrados a través del régimen de contratación directa. De esta manera, la Ley 80 entró a gobernar los convenios de ciencia y tecnología celebrados por COLCIENCIAS, de manera conjunta con las normas especiales previstas para este tipo de convenios, y con la aplicación subsidiaria del régimen de derecho privado al cual se refiere el Decreto ley 393 de 1991. (...) De conformidad con la interpretación de la Sección Tercera del Consejo de Estado, los contratos que se celebren con el objeto de fomentar la ciencia y la tecnología se encuentran sujetos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y demás normas que lo modifiquen o adicionen, a las normas especiales vigentes de los Decretos Leyes 393 y 591 de 1991, y a las normas de derecho privado, en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993, en todo aquello no regulado expresamente por el citado estatuto y las mencionadas disposiciones especiales. Teniendo en consideración las preguntas que se formulan en la consulta, es importante señalar que este esquema no sufrió variación con la Ley 1286 de 2009, toda vez que el inciso de su art. 33 dispuso: "Las actividades, contratos y convenios que tengan por objeto la realización de actividades definidas como de ciencia, tecnología e innovación que celebren las entidades estatales, continuarán rigiéndose por las normas especiales que les sean aplicables. En consecuencia, tales contratos se celebrarán directamente". (...) El cotejo de estos elementos, con el contenido de los convenios especiales de cooperación allegados por COLCIENCIAS, permite concluir que estos comprenden una especie de subvención, comoquiera que los mismos comportan: i) una prestación expresada en dinero; ii) cuyo sujeto activo es el Gobierno o una entidad descentralizada que tiene dentro de sus funciones el fomento de las actividades de ciencia y tecnología; iii) el sujeto pasivo es otra persona jurídica de derecho público o un sujeto privado que realiza dichas actividades; iv) y la entrega del dinero por parte de

COLCIENCIAS no representa el pago por un servicio prestado por su cooperante, sino que encuentra su justificación en el desarrollo de una determinada actividad de ciencia, tecnología e innovación, a través de la cual se promueve un interés público a cargo de la Entidad. En este orden de ideas, es menester señalar que la institución jurídica de las subvenciones - bajo distintas modalidades y denominaciones, como subsidios, apoyo económico, incentivos, etc.-, es ampliamente conocida por el ordenamiento jurídico colombiano y ha sido utilizada para garantizar determinados fines que son considerados por el legislador como relevantes para el cumplimiento del interés general. Pero a partir de la Carta Política de 1991 existe una prohibición general para que las entidades públicas puedan otorgar subsidios o subvenciones a las personas de derecho privado, con excepción de aquellas destinadas a la ejecución de una determinada actividad de interés público. (...) La Corte consideró procedente la posibilidad de que el Gobierno o las entidades descentralizadas pudieran otorgar, a través de los convenios especiales de cooperación, subvenciones para el fomento de las actividades de ciencia, tecnología e innovación. (...) Estos convenios llevan insita una condición resolutoria tácita, que se activa con el vencimiento del plazo previsto para su ejecución, sin que los recursos entregados hayan sido utilizados para el desarrollo de la actividad para la cual fueron destinados, y que hace exigible la obligación del cooperante de restituirlos a COLCIENCIAS, tal y como se deduce de la naturaleza misma del negocio

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 393 DE 1991 – ARTÍCULO 7 / DECRETO LEY 393 DE 1991 – ARTÍCULO 8 / LEY 591 DE 1991 – ARTÍCULO 7 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 24 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 14 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 40 / LEY 1286 DE 2009 – ARTÍCULO 33

CONTRATOS DE FINANCIAMIENTO – Concepto / CONTRATOS DE FINANCIAMIENTO – Reembolso obligatorio / CONTRATOS DE FINANCIAMIENTO – Reembolso condicional / CONTRATOS DE FINANCIAMIENTO – Reembolso parcial / CONTRATOS DE FINANCIAMIENTO – Recuperación contingente

El concepto de financiamiento como acción de financiar, la cual supone el suministro de dinero a una persona para que desarrolle cierta actividad, o un aporte en dinero necesario para una empresa o proyecto. Como ejemplo de una modalidad de financiación se tipifica entonces el contrato de mutuo o préstamo de consumo (art. 2221 C.C), o aún el préstamo de dinero (art. 2224 C.C.) regulados por nuestra legislación civil. Pero también, el concepto de financiar tiene como sinónimo el de subvencionar, sufragar, invertir, entre otros. Las anteriores consideraciones conducen a afirmar que el concepto de financiamiento puede abarcar diferentes negocios jurídicos, con características distintas, según lo definido por la ley que los gobierna y, en su defecto, por lo pactado por las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad. (...) El art. 8 del mismo Decreto, cuya vigencia fue amparada expresamente por el art. 81 de la Ley 80 de 1993, establece que los contratos de financiamiento pueden celebrarse a través de cualquiera de las modalidades, cuyas definiciones se transcriben y analizan a continuación: i) "Reembolso obligatorio. El contratista beneficiario del financiamiento deberá pagar los recursos en las condiciones de plazo e intereses que se hayan pactado". (...) Es claro que en esta modalidad contractual la Nación o una Entidad descentralizada entrega recursos públicos a su contraparte (persona pública o privada), con el fin de financiar una determinada actividad de ciencia, tecnología o innovación, y por ende el contratista debe invertirlos exclusivamente en la actividad a la cual fueron destinados y, adicionalmente, reintegrarlos al final del contrato o en el momento previsto en el mismo, con la respectiva retribución por el uso de estos dineros (intereses). (...) ii) Reembolso condicional. La entidad contratante podrá eximir parcial o totalmente la obligación de pago de capital y/o intereses cuando, a su juicio, la actividad realizada por el contratista ha tenido éxito. Esta decisión se adoptará mediante resolución motivada. En este tipo de financiamiento, de forma similar a lo que sucede en la modalidad analizada en el literal anterior, la entidad pública hace entrega inicial de los dineros a título de financiamiento, con la correlativa obligación del sujeto particular o de la entidad pública que los recibe, de utilizarlos en el desarrollo de la actividad de ciencia y tecnología a la cual fueron destinados y de restituirlas al vencimiento del plazo previsto para la ejecución del contrato, con los respectivos intereses. (...) Esta modalidad de financiamiento, adicionalmente, si la actividad para la cual ha sido entregado el dinero tiene éxito y así lo declara la entidad que entregó los recursos mediante resolución motivada, la obligación de reembolso desaparece y, por lo tanto, se extingue la deuda. En cuanto a la oportunidad para expedir la resolución mediante la cual la Entidad declara que la actividad realizada por el contratista tuvo éxito, la Sala encuentra que este aspecto debe estar gobernado, en primer lugar, por lo que pacten las partes en ejercicio de su autonomía contractual. De no mediar pacto contractual, la resolución podrá dictarse mientras no expire el término legal o convencional para la liquidación unilateral o bilateral de estos contratos. (...) iii) "Reembolso parcial. Para inversiones en actividades precompetitivas, de alto riesgo tecnológico, de larga maduración o de interés general, la entidad contratante podrá determinar en el contrato la cuantía de los recursos reembolsables y la de los que no lo son". En este caso, el negocio jurídico podría considerarse eventualmente de naturaleza mixta, toda vez que comparte, de una parte, las características del contrato de financiamiento con rembolso obligatorio, y por la otra, la de una especie de subvención con destinación específica. (...) iv) "Recuperación contingente. La obligación de pago del capital e intereses sólo surge cuando, a juicio de la entidad contratante, se determine que se ha configurado una de las causales específicas de reembolso que se señalen en el contrato. La existencia de la obligación será establecida mediante resolución motivada". (...) La obligación de restitución de los dineros recibidos por la entidad contratante, sólo surge con la resolución motivada en la que se declare la ocurrencia de una de las causales específicas de reembolso previstas en el contrato. Obviamente, como lo expondrá la Sala más adelante, esta resolución no puede expedirse una vez vencido el plazo máximo para la liquidación del contrato

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 2221 / CÓDIGO CIVIL – 2224 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 81 / DECRETO 591 DE 1991

CONTRATOS DE ADMINISTRACIÓN DE PROYECTOS - Concepto / CONTRATOS DE ADMINISTRACIÓN DE PROYECTOS - Especie de contratos de administración delegada / CONTRATOS DE ADMINISTRACIÓN DE PROYECTOS - Mero administrador / CONTRATOS FINANCIAMIENTO Y ADMINISTRACIÓN DE PROYECTOS - Régimen contractual

Estos contratos fueron concebidos por el art. 9 del Decreto ley 591 de 1991 -el cual mantuvo vigente el art. 81 de la Ley 80 de 1993- como una tipología contractual a través de la cual, la Nación y las entidades públicas descentralizadas pueden desarrollar actividades científicas y tecnológicas. Sin embargo, a diferencia de los contratos de financiación, estos no fueron específicamente definidos por el Gobierno Nacional. (...) Es decir, el tercero - administrador del proyecto- es una persona al servicio de la entidad estatal que funge como titular del proyecto, ya que esta última se ve en la necesidad de que un tercero que cuenta con la capacidad técnica y administrativa para el efecto, administre el proyecto. En este orden de ideas, encuentra la Sala que estos negocios podrían ser calificados como una especie de los contratos de administración delegada, en los cuales la entidad estatal mantiene la titularidad del proyecto y de los dineros destinados para su ejecución, mientras que el tercero sólo los administra y ejecuta a cambio de una contraprestación. En consecuencia, no existe duda de que los recursos entregados para la ejecución del proyecto se mantienen vinculados a la titularidad de la entidad contratante, toda vez que el administrador del proyecto actúa como mero administrador de los mismos. (...) La Sala considera que los contratos de financiamiento y los contratos de administración de proyectos están gobernados por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las normas especiales que regulan los contratos de financiación para el fomento de las actividades de ciencia y tecnología, con la aplicación subsidiaria de las normas de derecho privado. (...) También se debe señalar que el régimen jurídico que gobierna a los contratos de financiamiento y a los contratos de administración de proyectos para el fomento de las actividades científicas y tecnológicas no fue modificado por el art. 33 de la Ley 1286 de 2009, toda vez que la expresión "continuarán rigiéndose por las normas especiales que le sean aplicables" contenido en esta norma, evoca al régimen legal vigente para estos contratos al momento de expedición de la ley

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 591 DE 1991 - ARTÍCULO 9 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 81 / LEY 1286 DE 2009 - ARTÍCULO 33

RECURSOS DE LOS CONTRATOS DE CIENCIA TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN - Naturaleza jurídica / RECURSOS DE LOS CONTRATOS DE CIENCIA TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN - Restitución

No existen disposiciones legales que determinen la naturaleza jurídica de estos recursos y, por regla general, este aspecto tampoco es definido por COLCIENCIAS en el contenido de los contratos o convenios celebrados para la promoción de las actividades de ciencia y tecnología. (...) Estos recursos mantienen, en su aspecto funcional, la naturaleza de recursos públicos, teniendo en cuenta que: i) son recursos de origen público según la naturaleza de la entidad contratante y del ordenamiento jurídico que los regula; ii) su "entrega" por parte de COLCIENCIAS se realiza afecta a un fin o destinación específica, con el cual se da cumplimiento a un objetivo o finalidad pública a cargo de la entidad y, iii) su contratista o cooperante recibe los recursos, exclusivamente, para utilizarlos en la actividad objeto del contrato. (...) Para el caso de los contratos de administración de proyectos, la tesis de la naturaleza pública de los recursos entregados por COLCIENCIAS al contratista de la entidad, encuentra respaldo en el alcance mismo del contrato de administración de proyectos, teniendo en cuenta la calidad de simple "administrador" que adquiere el contratista frente a los recursos entregados por la entidad contratante, muy distinto a lo que sucede con los dineros que le son entregados a título de pago de sus honorarios. Ahora bien, la naturaleza pública de los recursos entregados por COLCIENCIAS, inherente a su destinación específica afecta a un fin de interés general, muestra que su restitución no solo está amparada por la acción de controversias contractuales, sino además por otro tipo de acciones y de responsabilidades concebidas por el ordenamiento jurídico para la protección de los recursos públicos

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL - Concepto / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL - Plazos / LIQUIDACIÓN BILATERAL O UNILATERAL POR FUERA DEL PLAZO MÁXIMO DISPUESTO POR LA LEY - Nulidad / LIQUIDACIÓN DE CONVENIOS Y CONTRATOS DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA - Régimen aplicable

La liquidación de un contrato estatal es un "procedimiento por medio del cual, concluido el contrato, las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas derivadas del mismo, con el fin de establecer si se encuentran o no a paz y salvo por todo concepto en relación con su ejecución". En términos generales, "se trata de un trámite que busca determinar el resultado final de los derechos y deberes de las partes". (...) El art. 60 de la Ley 80 de 1993 (modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 217 del Decreto 0019 de 2012), establece que la liquidación de los contratos estatales es obligatoria en los contratos de trato sucesivo, en aquellos cuya ejecución se prolongue en el tiempo y en los demás que lo requieran. Por su parte, será potestativo en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. (...) Si para la liquidación del contrato no hay plazos acordados por las partes, el término máximo para que la entidad estatal pueda proceder a liquidar el contrato, en ejercicio de las funciones atribuidas por ley, es de dos años y seis meses siguientes a la expiración del mismo (artículos 11 de la Ley 1150 de 2007 y 164 CPACA). Vencido este plazo, no es posible realizar la liquidación del contrato,

y los funcionarios de la entidad contratante pierden cualquier competencia en este sentido. De manera adicional, si durante este término no se ha ejercido la acción de controversias contractuales, por regla general, también habría caducado la oportunidad para presentarla, de conformidad con lo previsto en el art. 164, numeral 2, literal j) del CPACA. (...) La existencia de un consenso jurisprudencial acerca del principio de legalidad y de la competencia temporal a la que está sometida la facultad para liquidar los contratos estatales, en el sentido de que la liquidación bilateral o unilateral solo puede realizarse dentro del plazo máximo de dos años previstos para la interposición del medio de control de controversias contractuales; término que deberá contarse a partir de la expiración de los plazos iniciales para la liquidación bilateral o unilateral del contrato. Todo esto, sin que exista la posibilidad de reabrir los plazos ya precluidos. De modo que las liquidaciones bilaterales o unilaterales que se realicen por fuera de este término resultan inválidas: las primeras, debido a la falta de competencia temporal de la entidad que concurre en esa circunstancia anómala a expresar su voluntad y por el vicio de nulidad absoluta por objeto ilícito, al desconocer las normas de orden público que establecen el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales (art. 164, Ley 1437 de 2011); y las segundas, también por falta de competencia temporal (ratio temporis) y extralimitación de funciones (arts. 6, 121 y 122 C.P.). (...) Liquidaciones bilaterales o unilaterales realizadas por fuera del plazo máximo dispuesto por la ley para la liquidación de los contratos estatales son improcedentes y, por consiguiente, están viciadas de nulidad; circunstancia que a todas luces se extiende a cualquier acto, unilateral o bilateral, que con posterioridad al vencimiento del término de liquidación del contrato esté orientado a realizar revisiones, ajustes de cuentas entre las partes o, toma de decisiones, que comporten el reconocimiento de deudas o valores a cargo de la entidad estatal contratante y a favor del contratista o cooperante. (...) A los convenios especiales de cooperación de ciencia y tecnología celebrados por COLCIENCIAS se les aplica el régimen de liquidación de los contratos estatales, teniendo en cuenta además que estos contratos se configuran como negocios jurídicos que se extienden en el tiempo y, con mayor razón, porque comportan la entrega de dineros públicos al cooperante con un determinado fin, lo que determina la exigencia de realizar un ajuste de cuentas al final del contrato, que permita verificar por parte de la entidad estatal de fomento, el efectivo cumplimiento de las obligaciones adquiridas por su cooperante

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 60 / LEY 1150 DE 2007 - ARTÍCULO 11 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 164 NUMERAL 2 LITERAL J

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN CONTRACTUAL - Imposibilidad de exigir restituciones derivadas del incumplimiento contractual / COBRO EJECUTIVO - Obligaciones claras, expresas y exigibles / FACULTAD, PODER O DEBER DE LA ENTIDAD UNA VEZ EXPIRE EL TÉRMINO DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Negociación de cartera vencida / FACULTAD, PODER O DEBER DE LA ENTIDAD UNA VEZ EXPIRE EL TÉRMINO DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Cierre del expediente del contrato estatal

La acción de controversias contractuales regulada por el art. 164, numeral 2, literal j) del CPACA, la cual fija un término máximo de dos (2) años para su presentación, contados a partir del día siguiente al que se realiza la liquidación o se vence el término para el efecto, si el contrato es de trato sucesivo. En consecuencia, vencido este término sin que se haya liquidado el contrato, ni presentado la acción de controversias contractuales, no es posible perseguir por esta vía las responsabilidades y restituciones derivadas del incumplimiento contractual. Lo anterior no impide que la entidad pueda adelantar el cobro persuasivo de estos dineros, e incluso realizar acuerdos de pago sobre los mismos, pues en este caso, tales acuerdos resultan vinculantes para las partes. (...) La regulación de la pretensión contractual y de la caducidad de la acción es independiente de la acción ejecutiva mediante la cual se pretende cobrar al contratista o cooperante una suma líquida de dinero, con base en el negocio jurídico celebrado por las partes, siempre y cuando exista un título ejecutivo que dé cuenta de esta obligación, de manera clara, expresa y exigible. (...) Si a pesar de la extinción del término máximo de liquidación de los contratos estatales, la entidad estatal puede acreditar la existencia de una obligación clara, expresa y exigible a su favor, a través de un título ejecutivo simple o complejo, la misma cuenta con 5 años contados a partir de la fecha de exigibilidad de la respectiva obligación para presentar la acción ejecutiva correspondiente. De manera adicional, se debe señalar que de conformidad con el art. 98 del CPACA, las entidades públicas están revestidas de la prerrogativa de cobro coactivo de las obligaciones creadas a su favor, que consten en documentos que presten mérito ejecutivo de conformidad con el mismo Código, sin perjuicio de la posibilidad de acudir ante los jueces competentes. (...) Expirado el plazo para la liquidación del contrato, sin que esta se haya realizado y sin que se haya adelantado la acción contractual por incumplimiento, COLCIENCIAS, en cumplimiento de los principios que gobiernan las actuaciones administrativas (art. 209 C.P.), en especial el de transparencia, debe reflejar contablemente la imposibilidad de realizar el cobro coercitivo de estas obligaciones a través de la acción contractual. En consecuencia, si bien la entidad podría registrar estos valores como cartera vencida a favor de la entidad, dicho registro deberá reflejar la falta de coercibilidad del pago de estos dineros a través de la acción contractual y su condición de difícil recuperación. (...) El trámite del cierre del expediente del proceso de contratación procede cuando se ha efectuado la liquidación del contrato, a efectos de dejar las constancias sobre el vencimiento de las garantías y la condición de los bienes y obras desde la perspectiva ambiental, y también en los casos en los cuales no se haya efectuado dicha liquidación, a efectos de dejar constancia sobre el punto final de la actuación contractual. (...) Las entidades pueden y deben proceder al cierre y archivo del expediente del proceso de contratación, en los términos citados, incluso en aquellos casos en los cuales no se haya efectuado la liquidación del contrato, como un tipo de constancia, que en forma alguna puede constituirse en una liquidación extemporánea del contrato o revivir términos que ya precluyeron, pues cualquier acto en este sentido estaría afectado de nulidad. En efecto, el archivo del expediente debe entenderse como una actuación interna y de trámite, que no comporta la expedición de un acto administrativo de carácter contractual, en el que se puedan determinar las obligaciones a cargo de cada una de las partes; acto para cuya expedición no existiría competencia de la entidad dada su extemporaneidad. De manera adicional, en relación con los convenios y contratos de ciencia y tecnología analizados en este concepto, es menester señalar la necesidad de que el archivo de los respectivos expedientes contractuales esté precedido de las actuaciones de cobro persuasivo de la obligación de restitución de los recursos

públicos entregados y no utilizados para estos efectos, así como del ejercicio de las demás acciones con las cuales cuenta la entidad para la protección de los recursos públicos invertidos en estos convenios o contratos. Solo así se protege el interés general y la utilidad pública insitios en estos contratos y convenios de ciencia, tecnología e innovación, los cuales imponen a las entidades estatales y los servidores públicos, en estos casos, una actuación diligente, clara y eficiente, dirigida a proteger los recursos públicos comprometidos en estos contratos y convenios.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 209 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 164 NUMERAL 2 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 98

ACCIONES ENCAMINADAS A PROTEGER LOS RECURSOS ENTREGADOS A COLCIENCIAS - Acción de responsabilidad fiscal y penal / ACCIONES ENCAMINADAS A PROTEGER LOS RECURSOS ENTREGADOS A COLCIENCIAS - Acción civil para la reparación del daño derivada de un delito / ACCIONES ENCAMINADAS A PROTEGER LOS RECURSOS ENTREGADOS A COLCIENCIAS - Acción popular instituida para la protección del patrimonio público

La procedencia del control fiscal también se presenta en aquellos casos en los que el contratista recibe dineros públicos de la entidad estatal de fomento, a título de financiamiento, de administración de proyectos, de subvención o bajo cualquier otra modalidad convencional, supeditados a una destinación específica que se traduce en el desarrollo de una actividad de interés público. Para efectos del control fiscal es necesario precisar si las obligaciones pactadas en los convenios o contratos celebrados por COLCIENCIAS incorporan obligaciones de medio o de resultado por parte de su contratista colaborador, teniendo en cuenta que los proyectos de investigación en ciencia y tecnología, por su mismo naturaleza, no son siempre de resultado. En cuanto a las obligaciones de medio, el control fiscal sobre la obligación del contratista estará dirigido ha determinar si los recursos públicos fueron invertidos en las obligaciones pactadas en el contrato, con independencia de un resultado específico. Bajo esta premisa, es importante observar que la acción de responsabilidad fiscal procede cuando se presenta: i) un daño patrimonial al Estado; ii) derivado de la culpa o dolo del servidor público o particular que ejerce la gestión fiscal y, iii) y que exista el nexo de causalidad entre el primero y el segundo. (...) Se debe indicar que la Ley 610 de 2000 estatuye expresamente que: "La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal (art. 9 ibidem) (...) La responsabilidad penal que se puede predicar de los contratistas o cooperantes que no destinan los recursos entregados por COLCIENCIAS a la actividad de ciencia y tecnología pactada, pese a la obligación expresa de su reintegro o de tratarse de una actividad de fomento o subvención, corresponderá a la justicia penal determinar los tipos penales en los que podría ser subsumida la conducta del contratista o cooperante -o de su representante legal y funcionarios, en el caso de las personas jurídicas- que recibe los dineros en virtud del contrato o del convenio de ciencia y tecnología, pero no desarrolla la actividad pactada y en su lugar se apropiá de los dineros de la entidad, según las situaciones subjetivas y específicas surgidas en cada contrato. Para los efectos analizados en esta consulta, cabe señalar que de conformidad con lo previsto en el art. 83 del Código Penal, "la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco años, ni excederá de veinte (20)" salvo lo dispuesto en el inciso siguiente del mismo artículo. (...) En lo relativo a la procedencia de promover las acciones penales que permitan perseguir la responsabilidad penal de los contratistas o cooperantes de COLCIENCIAS, que recibieron dineros de la entidad y que no lo utilizaron para realizar las actividades de ciencia y tecnología a las cuales fueron destinados contractualmente, la Sala observa la procedencia de que COLCIENCIAS adelante las acciones civiles para la indemnización de los perjuicios causados por sus contratistas o cooperantes, con la comisión de los delitos que podrían configurarse por la apropiación indebida de los recursos entregados con una destinación específica y que no fueron utilizados para ese fin. (...) La acción civil para la reparación de los daños que se derivan de un delito tiene dos términos de prescripción: i) una para aquellos casos en los que el afectado se hace parte civil en el proceso penal y que está sujeta a los resultados de este proceso y ii) la que aplica para los eventos en los que el perjudicado ejerce la acción de manera independiente, casos en los que la ley penal remite a la ley civil, mientras que esta reenvía a la ley penal (art. 2358 C.C.). En este segundo escenario, se presenta entonces una ambigüedad sobre la verdadera fecha desde la cual debe comenzar a contarse el término de prescripción de la acción civil para indemnización por los daños de conductas punibles, la cual ha sido definida por la más autorizada doctrina, en el sentido de que en estos eventos se debe aplicar el término de prescripción ordinaria previsto en el Código Civil, que actualmente es de 10 años (...) La acción popular, como mecanismo de protección del patrimonio público, opera de manera independiente y autónoma de las obligaciones que surgen de los contratos y convenios analizados, es viable y procedente el ejercicio de esta acción por parte de COLCIENCIAS, cuando se presenten los presupuestos de hecho necesarios, a efectos de perseguir la restitución de los recursos públicos comprometidos y no utilizados para las actividades de ciencia y tecnología contratadas y que fueron objeto de apropiación por parte del contratista.

FUENTE FORMAL: LEY 610 DE 2000 - ARTÍCULO 9 / CÓDIGO PENAL - ARTÍCULO 83 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 2358

CONTRATOS ESTATALES Y CONVENIOS - Diferencias

caracterizados por la existencia de un acuerdo de voluntades generador de obligaciones jurídicas para cada una de las partes. Así, mientras que los contratos estatales son negocios jurídicos mediante los cuales un sujeto particular u otra entidad del estado (llamada contratista) se obliga con la otra (entidad contratante) a una determinada prestación (dar, hacer o no hacer), mientras que esta última se obliga a pagar un precio o remuneración en contraprestación a la prestación del contratista, los convenios estatales son productos del criterio de la asociación de esfuerzos entre las partes cooperantes, para obtener fines que le son propios a cada uno de ellos. Dicho de otra forma, los convenios celebrados por la administración comportan la conjunción de voluntades en torno a intereses que son compartidos por ambos cooperantes, lo que excluye la existencia de intereses patrimoniales contrapuestos sobre el negocio

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ

Bogotá D.C., ocho (08) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00102-00(2298)

Actor: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN - COLCIENCIAS

La Directora del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación - COLCIENCIAS - formula a la Sala una consulta relacionada con los instrumentos jurídicos para realizar el cobro de las sumas adeudadas a la Entidad, en virtud de los contratos especiales de Ciencia y Tecnología celebrados con entidades públicas y privadas, en aquellos eventos en los que ha expirado el plazo para la liquidación unilateral o bilateral del contrato.

I. ANTECEDENTES

En su escrito de la consulta, la Directora del Departamento Administrativo de Ciencia y Tecnología presentó un recuento de los siguientes hechos y normas:

1. En primer lugar, una exposición del marco constitucional de las actividades de ciencia, tecnología e innovación cuya promoción está a cargo de COLCIENCIAS, entre ellos, el artículo 71 superior, en el que se establece que el Estado debe crear incentivos para persona e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia, la tecnología y demás manifestaciones culturales, y debe ofrecer estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades.

2. A renglón seguido, realizó una presentación de las siguientes modalidades de contratación consagradas en el ordenamiento colombiano para el desarrollo de actividades especiales de ciencia y tecnología celebradas por la entidad:

i) los contratos de financiamiento, señalando que se trata de contratos sometidos al régimen de contratación estatal y que pueden ser celebrados bajo la modalidad de la contratación directa.¹

ii) los contratos de administración de proyectos, (art. 9 del Decreto-Ley 591 de 1991), también sometidos al régimen de contratación estatal y que pueden ser celebrados directamente;

iii) los convenios especiales de cooperación, advirtiendo que los mismos son gobernados por el régimen de derecho privado de acuerdo con lo previsto en el Decreto 393 de 1991 y, finalmente;

iv) los contratos de financiamiento y de administración de proyectos celebrados con los recursos del Fondo Francisco José de Caldas (Fondo para el Financiamiento de las Ciencias), con la precisión de que estos están sujetos al régimen de derecho privado de acuerdo con la Ley de creación de Fondo (Ley 1286 de 2009)

3. Posteriormente, destacó que a efectos de la “liquidación” de los contratos mencionados, en particular de los contratos de financiamiento con rembolso contingente, la entidad incorpora la siguiente cláusula:

“REINTEGRO: A la finalización del proyecto, la Entidad reintegrará a COLCIENCIAS los recursos recibidos y no ejecutados, más los intereses bancarios corrientes causados desde la fecha de terminación del plazo del contrato, a las tasas vigentes en el momento de la restitución, previo agotamiento de los trámites necesarios que garanticen a la ENTIDAD sus derechos de defensa y contradicción. En caso de que la Entidad no reintegre los dineros, la obligación se consignará en el acta de liquidación por las partes o mediante resolución motivada!.

4. Señaló que para dar cumplimiento a dicha cláusula de reintegro, la entidad aplica los términos legales de liquidación previstos en la Ley 1150 de 2007: esto es, los cuatro (4) meses previstos para la liquidación bilateral, sumados los dos (2) meses previstos para la liquidación unilateral y los dos años de caducidad de la acción de controversias contractuales a los que hace referencia el art. 136 del C.C.A., para un total de 30 meses a partir de la finalización del término previsto para la celebración del contrato.

5. Luego, COLCIENCIAS realizó un recuento del procedimiento adelantado por esta Entidad para el cobro de las sumas que no son utilizadas en la actividad de ciencia y tecnología para las cuales fueron destinadas contractualmente, en aquellos eventos en que expiró el término para la liquidación del respectivo contrato; procedimiento que se puede sintetizar de la siguiente manera: i) la elaboración de un informe financiero del contrato o convenio; ii) el envío de una solicitud de pago de los dineros adeudados a la entidad de conformidad con los resultados arrojados por el informe financiero; iii) la verificación de las respuestas dadas por las entidades públicas y privadas a las solicitudes de reintegro y, finalmente, iv) el cobro persuasivo de las sumas que resultan de la confrontación entre el informe financiero y las observaciones presentados por las entidades en sus respuestas; esto último, amparada en la cláusula de reintegro prevista en los contratos de ciencia y tecnología, en especial, en los contratos de financiamiento.

6. Por último, COLCIENCIAS resaltó como, fruto de la gestión de los cobros persuasivos que adelanta, la Entidad ha logrado recuperar recursos que fueron entregados para la ejecución de contratos y convenios celebrados por la Entidad, pero que no fueron efectivamente utilizados para la actividad de ciencia y tecnología a la cual fueron destinados, y frente a los cuales expiró el término para realizar una liquidación unilateral o bilateral del contrato.

7. Con fundamento en los hechos, la normatividad y los antecedentes expuestos, COLCIENCIAS planteó los siguientes interrogantes:

- *“Puede COLCIENCIAS en los contratos o convenios en que ha pasado más de 30 meses desde la finalización del plazo y no se han liquidado, continuar haciendo solicitudes de reintegro y cobros de las sumas de dinero que se evidencia adeudan las entidades como consecuencia de las evaluaciones que hacen los supervisores de Colciencias a la finalización de los proyectos en relación a los contratos de Ciencia, Tecnología e Innovación?”*

- *“En el evento de ser positiva la respuesta anterior, puede Colciencias ingresar las sumas adeudadas contablemente como cartera de la entidad y pasado los 180 días realizar negociación con CENTRAL DE INVERSIONES CISA en los términos del numeral 5º del Artículo 1º del Decreto 047 de 2014?”*

- *“En el evento de ser positiva la primera respuesta puede Colciencias aceptar y firmar acuerdos de pago con las entidades a las que se les están realizando estas solicitudes de reintegro y cobros persuasivos, después de vencidos los 30 meses para liquidar?”*

- En caso de que Colciencias no pueda efectuar el cobro de las sumas adeudadas cuando se hayan vencido los 30 meses para liquidar, podría COLCIENCIAS mediante acto administrativo motivado proceder a archivar los expedientes contractuales, así hayan saldo pendientes de reintegrar?

- En el evento de que Colciencias no pueda efectuar el cobro de las sumas adeudadas cuando se hayan vencido los 30 meses para liquidar, qué pasaría con las sumas que se han recuperado en los últimos años y que ya ingresaron a las arcas del tesoro? En este interrogante es preciso tener en cuenta que las entidades destinatarias de los cobros tuvieron un debido proceso administrativo en el procedimiento, pudiendo controvertir el informe financiero o acta de liquidación o acta de liquidación y una vez convencidos de su contenido o estando de acuerdo con éste procedieron a efectuar los reintegros respectivos.

- En aquellos contratos y convenios firmados desde 1990 y que vencieron hace más de 5 años y que no tienen ninguna gestión de liquidación, ni cobro y frente a los cuales es imposible conseguir información, podría COLCIENCIAS tomar la decisión de archivarlos y cerrarlos en el estado en que se encuentren, sin incurrir en detrimento patrimonial? Esta pregunta aplica para contratos que se rigen por el estatuto de contratación y por derecho privado.

- Puede decirse con base en el artículo 33 de la Ley 1286 de 2009 que COLCIENCIAS tiene un régimen especial de contratación para la contratación de actividades de ciencia, tecnología e innovación?".

8. Con la finalidad de aclarar algunos aspectos de la consulta, en especial el ámbito objetivo de los interrogantes planteados por COLCIENCIAS, la Sala de Consulta y Servicio Civil se reunió con las Doctoras, Liliana Zapata Bustamante, Secretaria General de COLCIENCIAS y Paula Fernanda Chiquillo, Directora Administrativa y Financiera - funcionarias designadas por la Directora de Colciencias para esta reunión-, quienes expusieron los aspectos relevantes de los contratos y convenios sobre los cuales versa la consulta de la entidad; precisaron el alcance de algunos de los interrogantes planteados en la misma y adjuntaron varios contratos y convenios de ciencia y tecnología celebrados por COLCIENCIAS, para el estudio y mejor proveer de esta Sala.

Posteriormente, allegaron por correo electrónico una presentación de las modalidades contractuales celebradas por COLCIENCIAS y el régimen jurídico que a consideración de la Entidad le es aplicable a estos negocios jurídicos, de conformidad con la normatividad vigente.

II. PROBLEMA JURÍDICO

La consulta planteada tiene como objeto principal determinar cuáles son los instrumentos jurídicos con los que cuenta COLCIENCIAS, para ajustar cuentas y recuperar los dineros entregados en la ejecución de los contratos y convenios de ciencia y tecnología celebrados por la Entidad, y que no fueron utilizados para el desarrollo de las actividades para las cuales fueron destinados, cuando ha expirado el término para la liquidación unilateral y bilateral de estos contratos y convenios, sin que se haya procedido en tal sentido.

III. CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico planteado, así como los demás interrogantes que se derivan del mismo, la Sala estima necesario analizar los siguientes aspectos, en el mismo orden que se indica a continuación: 1) consideraciones generales sobre la naturaleza y alcance de los contratos de ciencia, tecnología e innovación; 2) naturaleza de los recursos entregados en la ejecución de los contratos de ciencia, tecnología e innovación; 3) régimen contractual de los contratos científicos y tecnológicos y el consecuente régimen de liquidación del contrato y de caducidad de la acción contractual; 4) la figura de la liquidación de los contratos estatales; su naturaleza, procedencia, plazos y su aplicabilidad a los convenios y contratos de ciencia y tecnología y, finalmente, 5) las facultades, poderes o deberes con que cuenta una entidad estatal, una vez que expiran los términos de liquidación de los contratos, a efectos del cobro y recuperación de las sumas adeudadas por su contraparte o cooperante en virtud de un contrato, con especial referencia a los contratos de ciencia y tecnología celebrados por COLCIENCIAS.

1. Consideraciones generales sobre la naturaleza y alcance de los contratos y convenios de ciencia, tecnología e innovación.

En nuestro ordenamiento la regulación de los contratos y convenios de ciencia y tecnología tiene como punto de partida la Ley 29 de 1990, “*por la cual se dictan disposiciones para el fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico (...)*”², y se concedieron facultades extraordinarias al Gobierno para “*dictar las normas a que deben sujetarse la Nación y sus entidades descentralizadas para asociarse con particulares en actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías*” así como “*regular las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas*³”.

En desarrollo de estas facultades extraordinarias, el Gobierno expidió los Decretos Leyes 393 de 1991 “*Por el cual se dictan normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías*”, y 591 de ese mismo año, “*por el cual se regulan las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas*”; decretos que se encuentran parcialmente vigentes y contienen las reglas especiales de las asociaciones y contratos de ciencia y tecnología.

El Decreto 393 de 1991 reguló las siguientes formas de asociación, a través de las cuales la Nación o las entidades descentralizadas pueden unirse a un particular o a otra entidad pública, con el fin de adelantar actividades científicas y tecnológicas:

- Las asociaciones que tienen por objeto crear sociedades civiles y comerciales o personas jurídicas sin ánimo de lucro,
- y los convenios especiales de cooperación⁴

Por su parte, el Decreto 591 de 1991 individualizó las siguientes modalidades de contratos para el fomento de las actividades científicas, tecnológicas y de innovación: los contratos de financiamiento, los de administración de proyectos; los contratos de fiducia; los de prestación de servicios científicos y tecnológicos; los contratos de consultoría científica o tecnológica; los contratos de obra pública, los contratos de consultoría e interventoría en obra pública; los contratos de arrendamiento, los contratos de compraventa y permuta y suministro de bienes muebles; los contratos de donación, y por último, los convenios especiales de contratación ya previstos por el Decreto 393 de 1991.

Posteriormente, la Ley 80 de 1993 derogó las disposiciones del Decreto 591 ibídem, con excepción de las normas que individualizan y caracterizan los contratos de financiamiento (art. 8º), los de administración de proyectos (art. 9) y los convenios especiales de cooperación (art. 17)⁵.

Por su parte, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública guardó silencio sobre la derogatoria o vigencia del Decreto 393 de 1991⁶, lo que permite deducir que el legislador tuvo la clara voluntad de mantener vigentes las modalidades de asociación prevista en esta normatividad.

En este escenario, es posible concluir que los negocios individualizados y regulados por el ordenamiento jurídico colombiano, para el fomento de las actividades de ciencia, tecnología e innovación, son los siguientes:

- las asociaciones dirigidas a crear sociedades civiles y comerciales, y personas jurídicas sin ánimo de lucro como fundaciones y corporaciones;
- los convenios especiales de cooperación;
- los contratos de financiamiento (en la modalidad de reembolso obligatorio, reembolso condicional, reembolso parcial y reembolso contingente) y,
- los contratos de administración de proyectos.

Este cuadro normativo no excluye la posibilidad de que las entidades de fomento de las actividades científicas y tecnológicas puedan convenir libremente negocios distintos a los expresamente previstos en la ley o el reglamento, en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad. Así lo confirma la más reciente normatividad del Sistema de Ciencia y Tecnología y la Innovación.

En efecto, el párrafo 1, del art. 20 de la Ley 1286 de 2009 -por medio de la cual se transformó a Colciencias en Departamento Administrativo, se fortaleció el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación en Colombia y se dictaron otras disposiciones en esta materia-, prevé lo siguiente:

"Las organizaciones públicas, privadas o mixtas a que hace referencia el presente artículo podrán ser objeto de apoyo por parte de las entidades de fomento de la ciencia, la tecnología y la innovación."

Cada entidad de fomento establecerá la naturaleza de dicho apoyo y las condiciones bajo las cuales se podrá obtener, de acuerdo con los lineamientos de política que orienten la acción del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación -SNCTI- y de conformidad con las normas que regulan este campo".

(Subraya la Sala)

Ahora bien, de conformidad con lo expresado por COLCIENCIAS en su escrito de consulta y en la reunión sostenida con esta Sala, los contratos y convenios celebrados por la Entidad se encuadran en los contratos y convenios regulados por los Decretos 393 y 591 de 1991, en especial, los convenios especiales de cooperación y los contratos de financiamiento.

A continuación se analizará brevemente la naturaleza y alcance de estos contratos y convenios, a efectos de definir las obligaciones que surgen de cada uno de ellos, como presupuesto para determinar su posibilidad de cobro una vez expirado el término de liquidación de estos negocios, sin que las partes hayan procedido en este sentido.

a. Los convenios especiales de cooperación.

Como se anunció atrás, estos convenios fueron regulados por el Decreto Ley 393 de 1991, como una de las modalidades de asociación que pueden celebrar las entidades públicas con los particulares, con el objeto de facilitar, fomentar o desarrollar actividades científicas o tecnológicas, o alcanzar propósitos comunes en estas materias, en ambos casos, a través del aporte de dinero, especie o industria de las partes.

En la actualidad, estas modalidades de asociación se encuentran en armonía con lo dispuesto en la Ley 489 de 1998, que autoriza a las entidades públicas para asociarse con los particulares bajo las mismas modalidades, con el fin de desarrollar en forma conjunta *"actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas la ley."*

En lo referente a los propósitos de estas asociaciones, el art. 2 del mismo decreto precisa que las mismas pueden llevar a cabo, entre otras, las siguientes actividades:

"a) Adelantar proyectos de investigación científica.

b) Apoyar la creación, el fomento, el desarrollo y el financiamiento de empresas que incorporen innovaciones científicas o tecnológicas aplicables a la producción nacional, al manejo del medio ambiente o al aprovechamiento de los recursos naturales.

c) Organizar centros científicos y tecnológicos, parques tecnológicos, e incubadoras de empresas.

d) Formar y capacitar recursos humanos para el avance y la gestión de la ciencia y la tecnología.

e) Establecer redes de información científica y tecnológica.

f) Crear, fomentar, difundir e implementar sistemas de gestión de calidad.

g) Negociar, aplicar y adaptar tecnologías nacionales o extranjeras.

h) Asesorar la negociación, aplicación y adaptación de tecnologías nacionales y extranjeras.

i) Realizar actividades de normalización y metrología.

j) Crear fondos de desarrollo científico y tecnológico a nivel nacional y regional, fondos especiales de garantías, y fondos para la renovación y el mantenimiento de equipos científicos.

k) Realizar seminarios, cursos y eventos nacionales o internacionales de ciencia y tecnología.

l) Financiar publicaciones y el otorgamiento de premios y distinciones a investigadores, grupos de investigación e investigaciones".

Con posterioridad al Decreto 393 de 1991, los convenios especiales de cooperación también fueron incorporados y regulados por el art. 7 del Decreto Ley 591 de 1991, como una de las *tipologías de contratos para el fomento de las actividades científicas y tecnológicas*, sin que el legislador distinguiera, como lo ha hecho la ciencia jurídica colombiana⁷, entre los "convenios" y los "contratos" estatales propiamente dichos.

Esta diferencia también ha sido decantada por esta Sala en otras oportunidades⁸, donde se ha precisado que los convenios gozan de una naturaleza distinta a la de los contratos estatales, aunque ambos institutos se configuren como negocios jurídicos, caracterizados por la existencia de un acuerdo de voluntades generador de obligaciones jurídicas para cada una de las partes.

Así, mientras que los *contratos* estatales son negocios jurídicos mediante los cuales un sujeto particular u otra entidad del estado (llamada contratista) se obliga con la otra (entidad contratante) a una determinada prestación (dar, hacer o no hacer), mientras que esta última se obliga a pagar un precio o remuneración en contraprestación a la prestación del contratista, los *convenios* estatales son productos del criterio de la asociación de esfuerzos entre las partes cooperantes, para obtener fines que le son propios a cada uno de ellos.

Dicho de otra forma, los convenios celebrados por la administración comportan la conjunción de voluntades en torno a intereses que son compartidos por ambos cooperantes, lo que excluye la existencia de intereses patrimoniales contrapuestos sobre el negocio⁹.

Justamente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 17 del Decreto 591 de 1991¹⁰, los convenios especiales de cooperación se configuran como acuerdos de voluntades que pueden ser celebrados entre la Nación o sus entidades descentralizadas, con un particular u otra entidad pública de cualquier orden¹¹, con el objeto de aportar recursos en dinero, especie o industria, para facilitar, fomentar o desarrollar alguna de las actividades de ciencia o tecnología definidas en el mismo decreto. En otras palabras, se trata de convenciones que tienen como objeto unir esfuerzos a efectos de realizar una actividad de interés para ambas partes y que a su vez se configura como una actividad de interés público.

Ahora bien, en relación con el contenido y alcance de los convenios especiales de cooperación de ciencia, tecnología e innovación, la Sala observa que el ordenamiento jurídico deja un amplio margen de actuación a la autonomía de las partes, sin perjuicio de las exigencias contenidas en los arts. 7 y 8 del Decreto 393 de 1991, en los que se impone la obligación de individualizar, en cada convenio especial de cooperación, los siguientes aspectos:

- El aporte que realiza cada cooperante;
- el origen de los recursos correspondientes;
- la forma de disponibilidad presupuestal;
- el sistema de administración y contabilización que se adopte y,
- la propiedad de todos los resultados que se obtengan y los derechos de las partes sobre los mismos.

(Subraya la Sala)

Una confrontación de estas exigencias con el contenido de los convenios especiales de cooperación celebrados por COLCIENCIAS, o por lo menos de aquellos allegados a la Sala para el mejor proveer de esta consulta, permite advertir que en estos no se especifica el sistema de administración y contabilización de los aportes realizados por las partes, ni la propiedad de los resultados obtenidos; estos convenios se limitan a indicar que los dineros entregados por COLCIENCIAS constituyen un “aporte” realizado para el desarrollo del proyecto de ciencia y tecnología objeto del contrato y que la entidad cooperante tiene la obligación de utilizarlos para el desarrollo de la actividad a la cual fueron destinados.

Por estas razones, la Sala considera pertinente realizar las siguientes recomendaciones y observaciones a la entidad consultante:

- i) En primer lugar, la exigencia de que los convenios especiales de cooperación definan todos y cada uno de los requisitos previstos en los art. 7 y 8 del Decreto 393 de 1991, en cumplimiento de la normatividad vigente, pero además, como garantía de la correcta ejecución y liquidación de estos convenios.
- ii) También es importante destacar que COLCIENCIAS, en su calidad de entidad pública, debe garantizar que sus operaciones contractuales cumplan y se ajusten al Catálogo General de Cuentas definido por la Contaduría General de la Nación dentro del Régimen General de Contabilidad Pública¹², en el que se discriminan y describen cada de las cuentas y subcuentas en las que deben quedar reflejados contablemente los actos, contratos o negocios celebrados por las entidades del Estado¹³.
- iii) Finalmente, toda vez que los dineros entregados por COLCIENCIAS en la ejecución de estos convenios son recursos públicos y se entregan con una destinación específica, la Sala también advierte la importancia de que el contrato incorpore el otorgamiento de una garantía que asegure el buen manejo de los recursos por parte del cooperante y su devolución cuando no se invierten totalmente en el objeto pactado, con el fin de evitar su dilapidación o uso indebido, y de esta forma garantizar su total amortización. A título de ejemplo, es posible solicitar una póliza de seguro o la suscripción de un pagaré para hacerse efectivo en caso de incumplimiento y, en general, cualquiera de las garantías previstas en el Estatuto General de Contratación Pública y en el Decreto 1082 de 2015.

Ahora bien, en relación con el alcance de los convenios especiales de cooperación celebrados por COLCIENCIAS, la Sala observa que estos se configuran, en sustancia, como un tipo de subvención otorgado al cooperante de la entidad, para desarrollar una actividad de ciencia, tecnología

e innovación.

Sobre el particular, es importante recordar que la figura de la *subvención* o *subsidio* se constituye en un instrumento jurídico típico de las actividades administrativas de fomento, que de conformidad con lo analizado por la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación se caracteriza por ser:

"i) (...) una prestación generalmente expresada en dinero¹⁴; ii) el sujeto activo es el Estado o una persona de derecho público; iii) el sujeto pasivo es otra persona jurídica de derecho público, un particular que ejerza funciones administrativas por disposición de la ley o un particular que realice actividades que puedan ser identificadas con una finalidad de interés general, no pueden tener, por lo tanto, como objetivo principal, directo e inmediato el enriquecimiento del beneficiario, aun cuando indirectamente afecte de manera positiva su patrimonio; iv) no tiene el carácter de contraprestación por un servicio prestado, lo que la excluye de toda consideración contractual; v) los dineros percibidos deben ser utilizados para el fin de interés general para el cual se otorga el referido beneficio"¹⁵.

El cotejo de estos elementos, con el contenido de los convenios especiales de cooperación allegados por COLCIENCIAS, permite concluir que estos comprenden una especie de subvención, comoquiera que los mismos comportan: i) una prestación expresada en dinero; ii) cuyo sujeto activo es el Gobierno o una entidad descentralizada que tiene dentro de sus funciones el fomento de las actividades de ciencia y tecnología; iii) el sujeto pasivo es otra persona jurídica de derecho público o un sujeto privado que realiza dichas actividades; iv) y la entrega del dinero por parte de COLCIENCIAS no representa el pago por un servicio prestado por su cooperante¹⁶, sino que encuentra su justificación en el desarrollo de una determinada actividad de ciencia, tecnología e innovación, a través de la cual se promueve un interés público a cargo de la Entidad.

En este orden de ideas, es menester señalar que la institución jurídica de las subvenciones - bajo distintas modalidades y denominaciones, como subsidios, apoyo económico, incentivos, etc.-, es ampliamente conocida por el ordenamiento jurídico colombiano y ha sido utilizada para garantizar determinados fines que son considerados por el legislador como relevantes para el cumplimiento del interés general¹⁷.

Pero a partir de la Carta Política de 1991 existe una prohibición general para que las entidades públicas puedan otorgar subsidios o subvenciones a las personas de derecho privado, con excepción de aquellas destinadas a la ejecución de una determinada actividad de interés público, tal y como lo prevé el art. 355 superior, a cuyo tenor:

"ARTICULO 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

"El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia" (negritas por fuera del texto).

Sobre este precepto constitucional y su aplicación concreta a los convenios especiales de cooperación regulados por el ordenamiento para el desarrollo de las actividades de fomento de la ciencia, la tecnología y la innovación, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

"Esta Corte ya dejó definido en la sentencia C-506-94 que lo relativo a la realización de actividades, que tienen por objeto el fomento, desarrollo y promoción de la investigación científica y tecnológica, constituye un cometido específico y concreto que debe realizar el Estado por mandato constitucional; por consiguiente, lo dispuesto en el art. 355 no tiene aplicación cuando se trate de la regulación y ejecución de dichas actividades"¹⁸

Como se observa, la Corte consideró procedente la posibilidad de que el Gobierno o las entidades descentralizadas pudieran otorgar, a través de los convenios especiales de cooperación, subvenciones para el fomento de las actividades de ciencia, tecnología e innovación.

Por otra parte, la Sala destaca que los convenios especiales de cooperación allegados por COLCIENCIAS, no parecen comprender una línea de gestión o administración de negocios (que sería tal vez la más consonante con la idea de la cooperación entre entidades) comoquiera que del contenido de estos convenios no se deduce que los cooperantes de la entidad reciban los recursos para ejecutar un proyecto de ciencia y tecnología a nombre y riesgo de COLCIENCIAS, o de ambas partes, sino por el contrario, a título de "apoyo económico" para desarrollar un proyecto propio, consonante con el desarrollo de las actividades de ciencia y tecnología.

Por todo lo expuesto, la Sala concluye que los convenios especiales de cooperación celebrados por COLCIENCIAS, o por lo menos aquellos allegados por la Entidad para esta consulta, se configuran como un tipo de subvención otorgada por la Entidad a su cooperante.

En todo caso, con independencia de que estos convenios se configuren como una especie de subvención o como una línea de gestión o administración, es evidente que los mismos generan una relación jurídica en virtud de la cual, la entrega de los recursos por parte de COLCIENCIAS, no es la expresión de una mera liberalidad de la entidad, sino que encuentra su única justificación, en la promoción del proyecto o programa de ciencia, tecnología e innovación objeto del contrato, a través de la cual la entidad estatal cumple con su función legal de fomentar estas actividades de interés público.

En estos convenios existe, por ende, una entrega de recursos públicos condicionada a un "*modus*", que a su vez se convierte en una obligación o carga jurídica para el cooperante de COLCIENCIAS.

Por consiguiente, estos convenios llevan ínsita una condición resolutoria tácita, que se activa con el vencimiento del plazo previsto para su ejecución, sin que los recursos entregados hayan sido utilizados para el desarrollo de la actividad para la cual fueron destinados, y que hace exigible la obligación del cooperante de restituirlos a COLCIENCIAS, tal y como se deduce de la *naturaleza misma del negocio*¹⁹.

En efecto, si la entrega del recurso público por parte de COLCIENCIAS está condicionada a que el cooperante los utilice para el desarrollo de una determinada actividad científica o tecnológica, si esta no se cumple, la causa justificativa del contrato desaparece y, por ende, genera la obligación de su restitución a la entidad.

Con todo, la Sala advierte la importancia y conveniencia de que esta condición resolutoria y la consecuente obligación de reintegro de los dineros entregados por la entidad, sea expresamente pactada por COLCIENCIAS en cada convenio especial de cooperación, en orden a imprimir mayor certeza a los efectos del incumplimiento del cooperante y, por ende, una mayor protección de los recursos públicos entregados para la ejecución de las actividades de ciencia, tecnología e innovación.

Sea esta la oportunidad para señalar, además, la necesidad de que estos aspectos sean definidos por el legislador colombiano en una regulación uniforme, integral y especial de las subvenciones o de los convenios especiales de cooperación concebidos para el fomento de actividades de interés público, que atienda a las características especiales de estos negocios jurídicos, a efectos de garantizar la adecuada protección de los recursos públicos invertidos los mismos y de imprimir seguridad jurídica en su tratamiento.

Lo anterior, de forma análoga a lo que sucede con la Ley General de Subvenciones española, en la que justamente se establece la obligación de los beneficiarios de las "subvenciones", de "reintegrar" los dineros recibidos en caso de incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención²⁰.

b. Los contratos de financiamiento.

Los contratos de financiamiento para las actividades de ciencia y tecnología fueron incorporados y concebidos por el Decreto 591 de 1991, como una de las tipologías contractuales para el fomento de las actividades reguladas en el art. 2 del mismo Decreto²¹.

Para el objeto de la consulta, es pertinente precisar el concepto de financiamiento como acción de financiar, la cual supone el suministro de **Concepto Sala de Consulta C.E. 00102 de 2017 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil**

dinero a una persona para que desarrolle cierta actividad²², o un aporte en dinero necesario para una empresa o proyecto²³.

Como ejemplo de una modalidad de financiación se tipifica entonces el contrato de mutuo o préstamo de consumo (art. 2221 C.C), o aún el préstamo de dinero (art. 2224 C.C.) regulados por nuestra legislación civil. Pero también, el concepto de financiar tiene como sinónimo el de subvencionar, sufragar, invertir, entre otros²⁴.

Las anteriores consideraciones conducen a afirmar que el concepto de financiamiento puede abarcar diferentes negocios jurídicos, con características distintas, según lo definido por la ley que los gobierna y, en su defecto, por lo pactado por las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad.

Con estas precisiones se quiere significar que la sola denominación de financiamiento no permite deducir aspectos como el régimen integral de los derechos y obligaciones de las partes, la naturaleza de los recursos entregados, su libre apropiación por parte del sujeto que los recibe y la exclusiva acción contractual para su recuperación. Tales aspectos dependen de lo establecido en la ley - en este caso en relación con los contratos de ciencia y tecnología celebrados por COLCIENCIAS-, de la naturaleza pública de los recursos entregados y del hecho de que su entrega está vinculada a una destinación específica, tal y como se expondrá a continuación.

El art. 8 del mismo Decreto, cuya vigencia fue amparada expresamente por el art. 81 de la Ley 80 de 1993, establece que los contratos de financiamiento pueden celebrarse a través de cualquiera de las modalidades, cuyas definiciones se transcriben y analizan a continuación:

i) "Reembolso obligatorio. El contratista beneficiario del financiamiento deberá pagar los recursos en las condiciones de plazo e intereses que se hayan pactado".

De acuerdo con la definición anterior, es claro que en esta modalidad contractual la Nación o una Entidad descentralizada entrega recursos públicos a su contraparte (persona pública o privada), con el fin de financiar una determinada actividad de ciencia, tecnología o innovación, y por ende el contratista debe invertirlos exclusivamente en la actividad a la cual fueron destinados y, adicionalmente, reintegrarlos al final del contrato o en el momento previsto en el mismo, con la respectiva retribución por el uso de estos dineros (intereses).

En los contratos de financiamiento de ciencia, tecnología e innovación, de manera adicional, la entrega de los recursos por parte de la entidad contratante está condicionada a una destinación específica, que se traduce en la exigencia de que los mismos sean invertidos en la actividad científica o tecnológica expresamente prevista en el contrato.

Por ello, también se puede afirmar que estos contratos llevan ínsita la condición resolutoria, en caso de incumplimiento del "modus" al cual fue vinculada la entrega del dinero.

Para los efectos puntuales de esta consulta, la Sala destaca que COLCIENCIAS no allegó modelos de este tipo de contratos para su análisis, al tiempo que manifestó la escasa utilización de estos contratos en desarrollo de sus actividades de fomento de la ciencia, la tecnología y la innovación.

ii) Reembolso condicional. La entidad contratante podrá eximir parcial o totalmente la obligación de pago de capital y/o intereses cuando, a su juicio, la actividad realizada por el contratista ha tenido éxito. Esta decisión se adoptará mediante resolución motivada;

En este tipo de financiamiento, de forma similar a lo que sucede en la modalidad analizada en el literal anterior, la entidad pública hace entrega inicial de los dineros a título de *financiamiento*, con la correlativa obligación del sujeto particular o de la entidad pública que los recibe, de utilizarlos en el desarrollo de la actividad de ciencia y tecnología a la cual fueron destinados y de restituirlos al vencimiento del plazo previsto para la ejecución del contrato, con los respectivos intereses.

En consecuencia, frente a este tipo de financiamiento se despliega todo el análisis realizado en este concepto en relación con la modalidad de financiamiento con reembolso obligatorio.

No obstante, se debe destacar que en esta modalidad de financiamiento, adicionalmente, si la actividad para la cual ha sido entregado el dinero tiene éxito y así lo declara la entidad que entregó los recursos mediante resolución motivada, la obligación de reembolso desaparece y, por lo tanto, se extingue la deuda.

En cuanto a la oportunidad para expedir la resolución mediante la cual la Entidad declara que la actividad realizada por el contratista tuvo éxito, la Sala encuentra que este aspecto debe estar gobernado, en primer lugar, por lo que pacten las partes en ejercicio de su autonomía contractual. De no mediar pacto contractual, la resolución podrá dictarse mientras no expire el término legal o convencional para la liquidación unilateral o bilateral de estos contratos²⁵.

Con todo, desde el momento en que se vence el plazo para la devolución del dinero, la obligación de restitución de los dineros entregados se hace exigible y la Entidad podrá requerir su pago, a través de las acciones que se derivan del respectivo contrato. Esta aseveración se sustenta en el carácter facultativo del término (podrá) utilizado por la norma, para referirse a la decisión de la entidad estatal contratante de eximir al contratista de la obligación de rembolso, lo que permite afirmar que ante el silencio de la administración en el ejercicio de esta facultad, se deberá concluir sobre la exigibilidad de la obligación de restitución.

Para los efectos de la presente consulta, se debe indicar que COLCIENCIAS tampoco allegó modelos de este tipo de contratos.

iii) "Reembolso parcial. Para inversiones en actividades precompetitivas, de alto riesgo tecnológico, de larga maduración o de interés general, la entidad contratante podrá determinar en el contrato la cuantía de los recursos reembolsables y la de los que no lo son";

En este caso, el negocio jurídico podría considerarse eventualmente de naturaleza mixta, toda vez que comparte, de una parte, las características del contrato de financiamiento con rembolso obligatorio, y por la otra, la de una especie de subvención con destinación específica.

Por ello, frente a este tipo de financiamiento se despliega el análisis realizado en los numerales anteriores en relación con la modalidad de reembolso obligatorio y con los convenios especiales de cooperación que envuelven un tipo de subvención.

iv) "Recuperación contingente. La obligación de pago del capital e intereses sólo surge cuando, a juicio de la entidad contratante, se determine que se ha configurado una de las causales específicas de reembolso que se señalen en el contrato. La existencia de la obligación será establecida mediante resolución motivada".

Con fundamento en la norma transcrita, en esta modalidad de financiamiento la entidad contratante se obliga a entregar una determinada suma de dinero, con cargo a la obligación del contratista de utilizarla en la ejecución en la actividad de interés público a la cual fueron destinados, pero sin la obligación originaria de restituir los dineros recibidos al vencimiento del plazo previsto en el contrato.

En efecto, de conformidad con la descripción normativa, la obligación de restitución de los dineros recibidos por la entidad contratante, sólo surge con la resolución motivada en la que se declare la ocurrencia de una de las causales específicas de reembolso previstas en el contrato.

Obviamente, como lo expondrá la Sala más adelante, esta resolución no puede expedirse una vez vencido el plazo máximo para la liquidación del contrato. Como regla general, si no se expide la resolución, no existirá la posibilidad de alegar la existencia de la obligación contractual de restituir los dineros entregados por la entidad.

En este orden de ideas, en este contrato también se configura un tipo de subvención con destinación específica, al cual le son aplicables las consideraciones expuestas en este concepto sobre la naturaleza de los recursos entregados por COLCIENCIAS a través de los convenios especiales de cooperación.

En forma adicional, del contenido de los contratos de financiamiento contingente allegados por COLCIENCIAS para esta consulta, la Sala observa que estos adquieren un alcance distinto al de la modalidad de financiamiento regulada por el art. 8 del Decreto 591 de 1991²⁶.

En efecto, en estos se introduce expresamente la obligación del contratista de restituir a COLCIENCIAS los recursos entregados para el desarrollo de la actividad de ciencia y tecnología objeto del contrato, cuanto se presente una de las contingencias previstas en el contrato, pero adicionalmente, siempre que los recursos entregados por COLCIENCIAS no hayan sido utilizados por el contratista para la actividad de ciencia y tecnología a la cual fueron destinados.

De manera que el surgimiento de la obligación de reembolso de los dineros entregados por COLCIENCIAS, por lo menos cuando estos no se utilicen para la actividad a la cual fueron destinados, no está condicionada al acto administrativo que expida oportunamente la entidad contratante, propio de la modalidad de rembolso contingente descrito en el Decreto 591 de 1991, pues desde el inicio del contrato se consagra expresamente la obligación del contratista de reintegrar los recursos recibidos y no ejecutados.

En otras palabras, independientemente de su denominación, por el contenido del contrato, que es el que debe primar en su interpretación, los contratos celebrados por COLCIENCIAS y denominados como de “rembolso contingente”, no se subsumen en la descripción legal de esta modalidad de financiamiento contenida en el Decreto Ley 591 de 1991.

Para mayor ilustración de lo afirmado, se transcribe el texto de la cláusula de REINTEGRO reproducida por COLCIENCIAS en su escrito de consulta y que en términos generales se equipara a las introducidas en los modelos de contratos allegados por la entidad para el mejor proveer de esta consulta:

“REINTEGRO”: A la finalización del proyecto, la Entidad reintegrará a COLCIENCIAS los recursos recibidos y no ejecutados, más los intereses bancarios corrientes causados desde la fecha de terminación del plazo del contrato, a las tasas vigentes en el momento de la restitución, previo agotamiento de los trámites necesarios que garanticen a la Entidad sus derechos de defensa y contradicción. En caso de que la Entidad no regrese los dineros, la obligación se consignará en el acta de liquidación firmada por las partes o mediante resolución motivada.”

(Subraya la Sala)

Como se deduce de la cláusula transcrita, en los contratos allegados a la Sala y denominados por COLCIENCIAS como de rembolso contingente, la obligación del contratista de restituir los dineros entregados por la Entidad no surge exclusivamente con la resolución motivada que declara la contingencia y el deber de restitución de los recursos, tal y como lo prevé el Decreto 591 de 1991, sino cuando expira el plazo para la ejecución del contrato, sin que los dineros entregados por la entidad hayan sido destinados por el contratista para el desarrollo de la actividad de ciencia y tecnología.

Y aunque para este segundo evento también se establece la necesidad de consignar la respectiva “contingencia” en el acta de liquidación unilateral o bilateral de las partes, es evidente que este “registro” o “consignación” solo deja constancia de la existencia de un hecho anterior, esto es, el incumplimiento de la obligación de reintegrar las sumas que no fueron utilizadas para la actividad a la cual fueron destinadas. En efecto, en virtud de la cláusula de reintegro pactada por las partes, esta obligación surge desde el mismo momento en que se vence el plazo del contrato, sin que el contratista haya invertido los recursos financiados en la actividad a la cual fueron destinados.

c. Los contratos de administración de proyectos.

Estos contratos fueron concebidos por el art. 9 del Decreto ley 591 de 1991 -el cual mantuvo vigente el art. 81 de la Ley 80 de 1993- como una tipología contractual a través de la cual, la Nación y las entidades públicas descentralizadas pueden desarrollar actividades científicas y tecnológicas. Sin embargo, a diferencia de los contratos de financiación, estos no fueron específicamente definidos por el Gobierno Nacional.

Esta labor le ha correspondido entonces a la doctrina²⁷, así como a las entidades de fomento de las actividades científicas y tecnológicas como el SENA²⁸, o a entidades como Colombia Compra Eficiente²⁹, para los cuales estos contratos son, en términos generales, negocios jurídicos mediante los cuales la Nación y las Entidades descentralizadas encargan a un tercero idóneo, a efectos de que este desarrolle para la Entidad, la administración integral de un proyecto dirigido al desarrollo de actividades de ciencia, tecnología e innovación, pero por cuenta y riesgo de la entidad contratante.

Es decir, el tercero - administrador del proyecto- es una persona al servicio de la entidad estatal que funge como titular del proyecto, ya que esta última se ve en la necesidad de que un tercero que cuenta con la capacidad técnica y administrativa para el efecto, administre el proyecto³⁰.

En este orden de ideas, encuentra la Sala que estos negocios podrían ser calificados como una especie de los contratos de administración delegada³¹, en los cuales la entidad estatal mantiene la titularidad del proyecto y de los dineros destinados para su ejecución, mientras que el tercero sólo los administra y ejecuta a cambio de una contraprestación.

En consecuencia, no existe duda de que los recursos entregados para la ejecución del proyecto se mantienen vinculados a la titularidad de la entidad contratante, toda vez que el administrador del proyecto actúa como mero administrador de los mismos. Una situación distinta se presenta con los honorarios pactados a favor del contratista como contraprestación del servicio de "administración" suministrado a la entidad estatal, puesto que al ser entregados a título de pago estos se desplazan al patrimonio del contratista sin ningún condicionamiento.

2) Naturaleza jurídica de los recursos entregados en la ejecución de los contratos de ciencia, tecnología e innovación.

Para resolver el problema jurídico de la presente consulta, esto es, determinar cuáles son los instrumentos jurídicos con los que cuenta COLCIENCIAS para ajustar cuentas y recuperar los dineros entregados en la ejecución de los contratos y convenios de ciencia y tecnología, que no fueron destinados para el desarrollo de tales actividades, una vez vencido el plazo para la liquidación del contrato estatal sin que esta se haya realizado, es necesario precisar la naturaleza jurídica de los recursos entregados por la entidad.

Como se deduce del análisis expuesto, no existen disposiciones legales que determinen la naturaleza jurídica de estos recursos y, por regla general, este aspecto tampoco es definido por COLCIENCIAS en el contenido de los contratos o convenios celebrados para la promoción de las actividades de ciencia y tecnología.

De ahí que la definición de estos aspectos quede en manos del intérprete, quien deberá acudir a una calificación que armonice con la naturaleza, finalidad y alcance de estos contratos y convenios.

En este orden de ideas, para la Sala, estos recursos mantienen, en su aspecto funcional, la naturaleza de recursos *públicos*, teniendo en cuenta que: i) son recursos de origen público según la naturaleza de la entidad contratante y del ordenamiento jurídico que los regula; ii) su "entrega" por parte de COLCIENCIAS se realiza afecta a un fin o *destinación específica*, con el cual se da cumplimiento a un objetivo o finalidad pública a cargo de la entidad y, iii) su contratista o cooperante recibe los recursos, exclusivamente, para utilizarlos en la actividad objeto del contrato.

Es claro que del régimen legal y del contenido de estos contratos no puede predicarse su naturaleza de pago o contraprestación realizada al contratista por un bien o servicio prestado a COLCIENCIAS, pues si así fuera, y la prestación convenida no es entregada a la entidad, el debate se ubicaría en el ámbito propio de la responsabilidad contractual.

Por el contrario, se observa que los recursos entregados por COLCIENCIAS en los contratos de ciencia y tecnología están condicionados, de acuerdo con la ley y lo pactado por las partes, a una destinación específica (*modus*) y a la condición resolutoria tácita que se deriva de la misma (o que es expresamente pactada por las partes), lo cual determina que estos recursos se mantienen afectos al patrimonio público de la entidad contratante, hasta tanto no sean utilizados correctamente.

Como respaldo de esta afirmación, en relación específica con los convenios especiales de cooperación allegados por COLCIENCIAS, la Sala destaca las siguientes afirmaciones desarrolladas por la doctrina española respecto de los dineros entregados por las entidades estatales en desarrollo de la Ley española de subvenciones:

*"(...) se ha sostenido que la subvención sigue siendo 'funcionalmente' dinero público, lo que derivaría del dato de su afectación a un fin. Esta concepción objetivo-funcional de los fondos públicos justificaría el sometimiento de los beneficiarios a los controles de la Intervención General de la Administración del Estado y el Tribunal de Cuentas, así como su calificación como cuentadantes y su sometimiento a la responsabilidad contable"*³²

Esta conclusión también resulta consonante con la naturaleza jurídica atribuida por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado a la figura del *anticipo*, esto es, su calidad de recursos públicos destinados a financiar al contratista, hasta el momento de la entrega de la prestación y de su total amortización³³.

En efecto, bajo el presupuesto de que el anticipo se equipara a una especie de préstamo o financiación otorgado por la entidad contratante al contratista, la jurisprudencia de la Sección Tercera ha sostenido reiteradamente³⁴ -aunque no de manera uniforme³⁵-, que a diferencia de lo que ocurre con el pago anticipado, cuyos valores se trasladan inmediatamente al patrimonio del contratista, los dineros entregados a título de anticipo mantienen su vinculación al patrimonio público de la entidad estatal contratante, hasta el momento en el que los mismos son amortizados a título de pago por la obra o servicio contratado³⁶.

La distinción entre el anticipo y el pago anticipado ha sido reiterada por la jurisprudencia de la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado³⁷, en los siguientes términos:

"No cabe entonces la menor duda de que los dineros entregados al contratista a título de anticipo en las condiciones descritas por la jurisprudencia son dineros públicos porque no se entregan como pago anticipado, lo cual haría propietario al contratista, y están destinados por la ley y el contrato a la financiación de su ejecución (...)".

En sentido análogo se ha pronunciado esta Sala³⁸, quién en esta oportunidad reitera la distinción jurídica existente entre el anticipo y el pago anticipado, en forma específica, porque así lo han establecido expresamente la ley y el reglamento. En efecto, los artículos 40 de la Ley 80 de 1993 y 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015 distinguen y enuncian tanto el anticipo como el pago anticipado, en especial para efectos de las garantías del contrato estatal.

Para la Sala, el principal fundamento de la naturaleza pública atribuida al anticipo, de manera similar a lo que se afirma en este concepto en relación con los dineros entregados para las actividades de ciencia y tecnología, no es tanto su carácter de financiamiento o aún de préstamo³⁹, sino el hecho de que su entrega al contratista se realiza afecta a una destinación específica que representa una actividad de interés público y de la cual surge la obligación del contratista de utilizarlos única y exclusivamente para estos efectos o, en su defecto, de restituirlo a la entidad que aportó los recursos.

Finalmente, para el caso de los contratos de administración de proyectos, la tesis de la naturaleza pública de los recursos entregados por COLCIENCIAS al contratista de la entidad, encuentra respaldo en el alcance mismo del contrato de administración de proyectos, teniendo en cuenta la calidad de simple "administrador" que adquiere el contratista frente a los recursos entregados por la entidad contratante, muy distinto a lo que sucede con los dineros que le son entregados a título de pago de sus honorarios.

general, muestra que su restitución no solo está amparada por la acción de controversias contractuales, sino además por otro tipo de acciones y de responsabilidades concebidas por el ordenamiento jurídico para la protección de los recursos públicos.

Es importante precisar, finalmente, que las consideraciones expuestas no son aplicables a los pagos realizados por una entidad estatal, como retribución por la prestación pactada en un contrato, puesto que estos recursos no gozan de las mismas características mencionadas, sino que se trasladan directamente al patrimonio del contratista sin mantener una afectación al desarrollo de una determinado actividad de interés público, y sus controversias deben enmarcarse en el ejercicio de las acciones contractuales correspondientes.

3. Régimen contractual de los contratos científicos y tecnológicos y el consecuente régimen de liquidación del contrato y de caducidad de la acción contractual.

En lo referente al régimen contractual de cada uno de los contratos de ciencia y tecnología analizados en el numeral anterior, se debe señalar, en primer lugar, que aunque se trata de modalidades convencionales previstas con anterioridad a la Constitución de 1991, todas ellas encuentran fundamento y respaldo en un grupo de normas que promueven y apoyan la investigación científica y tecnológica en la Carta Política⁴⁰:

De otro lado, no se puede perder de vista que en la celebración y ejecución de estos contratos y convenios, los funcionarios públicos deben respetar los principios de las actuaciones administrativas previstos en el art. 209 de la Carta Política, especialmente, los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Adicionalmente, los contratos y convenios celebrados para el fomento de las actividades de ciencia y tecnología están gobernados por los principios y criterios previstos por el art. 4 de la Ley 1286 de 2009⁴¹, especialmente, los de evaluación, participación en la toma de decisiones, transparencia y continuidad, oportunidad y suficiencia.

a. Los convenios especiales de cooperación.

Los convenios especiales de ciencia y tecnología están gobernados por las normas especiales previstas por los Decretos 393 y 591 de 1991, en combinación con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y, subsidiariamente, por las normas de derecho privado. A esta conclusión llega la Sala de conformidad con el examen que se expone a continuación.

El art. 7 del Decreto ley 393 de 1991 sometió a los convenios especiales de cooperación, para el desarrollo de las actividades de ciencia y tecnología, al régimen de derecho privado.

Posteriormente, el art. 24 de la Ley 80 de 1993 reguló expresamente los contratos de ciencia y tecnología⁴², al prever la posibilidad de que estos fuesen celebrados a través del *régimen de contratación directa*.

De esta manera, la Ley 80 entró a gobernar los convenios de ciencia y tecnología celebrados por COLCIENCIAS, de manera conjunta con las normas especiales previstas para este tipo de convenios, y con la aplicación subsidiaria del régimen de derecho privado al cual se refiere el Decreto ley 393 de 1991.

Al respecto, es importante referir que en la Sentencia C-316 del 13 de julio de 1995⁴³, la Corte Constitucional, al declarar exequible el art. 7 del Decreto 393 de 1991, amparó al mismo tiempo la vigencia de la norma.

De manera puntual, la Corte Constitucional estimó lo siguiente:

"El inciso final del art. 150 de la Constitución si bien faculta al Congreso para "expedir el estatuto general de la contratación pública y en especial de la administración nacional", no alude a un estatuto único; pero además el decreto 393 no constituye propiamente un estatuto de contratación. Simplemente prevé entre los mecanismos de asociación para el fomento de la investigación uno especial consistente en la celebración de convenios de cooperación; de ahí la razón por la cual la ley 80 de 1993 no se ocupó de derogar tal reglamentación".

(Subraya la Sala).

Por su parte, esta hermenéutica de la Corte Constitucional fue explícitamente acogida por la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación⁴⁴, al afirmar lo siguiente:

[...] tampoco la Ley 80 de 1993 derogó el Decreto ley 393 de 1991, pues, como lo anotó la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad de varias de sus disposiciones, mediante Sentencia C-316 del 19 de julio de 1995 y respaldar con ello también la vigencia de esta normativa, "...el decreto 393 no constituye propiamente un estatuto de contratación. Simplemente prevé entre los mecanismos de asociación para el fomento de la investigación uno especial consistente en la celebración de convenios de cooperación; de ahí la razón por la cual la ley 80 de 1993 no se ocupó de derogar tal reglamentación..."].

Sin embargo, la misma jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado precisó lo siguiente:

"De cuanto antecede se colige que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, desde su entrada en vigencia, es aplicable a los contratos que la Nación y sus entidades descentralizadas celebren para el desarrollo de las actividades de ciencia y tecnología en aquellos aspectos no regulados expresamente en los artículos 2, 8, 9, 17 y 19 del Decreto ley 591 de 1991 y en el Decreto ley 393 de 1991, como que, por ejemplo, en los procesos de selección de los contratistas se deben respetar los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva, tener en cuenta las inhabilidades e incompatibilidades y aplicar las disposiciones de solución de conflictos, entre otros aspectos".

En definitiva, de conformidad con la interpretación de la Sección Tercera del Consejo de Estado, los contratos que se celebren con el objeto de fomentar la ciencia y la tecnología se encuentran sujetos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y demás normas que lo modifiquen o adicionen, a las normas especiales vigentes de los Decretos Leyes 393 y 591 de 1991, y a las normas de derecho privado, en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993, en todo aquello no regulado expresamente por el citado estatuto y las mencionadas disposiciones especiales.

Teniendo en consideración las preguntas que se formulan en la consulta, es importante señalar que este esquema no sufrió variación con la Ley 1286 de 2009, toda vez que el inciso de su art. 33 dispuso:

"Las actividades, contratos y convenios que tengan por objeto la realización de actividades definidas como de ciencia, tecnología e innovación que celebren las entidades estatales, continuarán rigiéndose por las normas especiales que les sean aplicables. En consecuencia, tales contratos se celebrarán directamente".

Como se observa, este precepto no modificó la normatividad vigente respecto al régimen de los contratos y convenios de ciencia y tecnología, tal y como se deduce del término "continuarán" rigiéndose por las normas especiales que le sean aplicables, con lo cual se hace referencia, según la interpretación de la Sección Tercera del Consejo de Estado reafirmada en este concepto, a las normas de las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y demás normas reglamentarias, en combinación con las normas especiales de los Decretos 393 y 591 de 1991 y, en lo no previsto por estas normas, por el derecho privado.

Situación diferente se predica de los contratos de ciencia y tecnología celebrados con el Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, Fondo Francisco José de Caldas, teniendo en cuenta que para estos la Ley 1286 prevé la aplicación excepcional del Concepto Sala de Consulta C.E. 00102 de 2017 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

régimen de derecho privado (art. 23).

b. Los contratos de financiamiento y de administración de proyectos.

La Sala considera que los contratos de financiamiento y los contratos de administración de proyectos están gobernados por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las normas especiales que regulan los contratos de financiación para el fomento de las actividades de ciencia y tecnología, con la aplicación subsidiaria de las normas de derecho privado. Esta conclusión se sustenta en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, porque el art. 81 de la Ley 80 de 1993 derogó expresamente el art. 3 del Decreto 591 de 1991, que establecía que los contratos de ciencia, tecnología e innovación enunciados en el art. 7 del mismo decreto⁴⁵, se regirían por las normas de derecho privado.

De esta manera, el legislador de la Ley 80 de 1993 dejó clara la intención de sustituir la aplicación exclusiva del régimen de derecho privado previsto para estos contratos, por un régimen mixto conformado por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por las normas especiales de ciencia y tecnología que no fueron expresamente derogadas por la Ley 80, y en lo no previsto en estas disposiciones, por las normas del derecho privado, de conformidad con lo previsto en el art. 13 de la Ley 80 de 1993.

Así lo confirmaba, además, la previsión del art. 24, numeral 1, literal d) y, actualmente, lo afirmó el artículo 4, numeral 2, de la Ley 1150 de 2007⁴⁶, cuando subrogó las normas que establecen que los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas pueden ser celebrados *directamente*, con lo cual los está sometiendo a su regulación, aunque con un proceso de selección más flexible que el de la regla de la licitación.

Finalmente, también se debe señalar que el régimen jurídico que gobierna a los contratos de financiamiento y a los contratos de administración de proyectos para el fomento de las actividades científicas y tecnológicas no fue modificado por el art. 33 de la Ley 1286 de 2009, toda vez que la expresión “*continuarán rigiéndose por las normas especiales que le sean aplicables*” contenido en esta norma, evoca al régimen legal vigente para estos contratos al momento de expedición de la ley.

Como consecuencia de lo expuesto, los contratos de financiación y los de administración de proyectos, para ciencia, tecnología e innovación, están sujetos al régimen de liquidación de los contratos estatales contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y al de caducidad de la acción contractual previsto en el CPACA.

En relación específica con el régimen de liquidación, estas afirmaciones son aplicables para todos los contratos de ciencia, tecnología e innovación, salvo que se trate de contratos realizados con recursos del Fondo Francisco José de Caldas, los cuales están regidos por el derecho privado y, por lo tanto, están gobernados por el régimen sustancial que gobierna a los contratos de derecho privado.

c. Los contratos de financiamiento y de administración de proyectos celebrados con los recursos del Fondo Francisco José de Caldas.

La Ley 1286 de 2009 no sólo transformó a COLCIENCIAS en Departamento Administrativo, sino que estableció un grupo de disposiciones dirigidas a fortalecer el Sistema Nacional para el fomento de la Ciencia y la Tecnología en el país, entre ellas, su sistema de financiamiento.

Para estos efectos el art. 22 de esta ley creó el Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación - Fondo Francisco José de Caldas-; ordenó que los recursos de este fondo fueran administrados por un patrimonio autónomo cuyo único fideicomitente sería COLCIENCIAS y, finalmente, en relación con los actos y contratos que pueden ser celebrados con los recursos de este fondo, señaló lo siguiente:

Art. 33. “(...) los actos y contratos que celebre el Fondo se sujetarán a las normas de contratación del derecho privado subsidiariamente con las de ciencia y tecnología. La Contraloría General de la República ejercerá el control fiscal sobre los recursos públicos que se transfieran al Fondo”.

(Subraya la Sala)

De conformidad con la norma transcrita y con lo que se ha sustentado en este concepto, los contratos de ciencia y tecnología que se realicen con el Patrimonio Autónomo constituido por COLCIENCIAS con los dineros del Fondo Francisco José de Caldas, son los únicos contratos de ciencia y tecnología que se pueden celebrar con fundamento en las reglas que gobiernan los contratos de derecho privado, de conformidad con lo previsto expresamente en la Ley 1286 de 2009, norma posterior que tiene la misma jerarquía que las Leyes 80 y 1150 ibídem.

De esta manera, al no existir una normatividad que regule la figura de la liquidación de los contratos de derecho privado, esta solo procederá cuando así lo hayan establecido las partes y estará gobernada por las reglas previstas por estas en ejercicio de su autonomía privada.

Sin embargo, en relación con la aplicabilidad de la regla de prescripción del derecho regulada por el Código Civil, o de caducidad de la acción contractual contenida en el CPACA, se debe recordar que la Sección Tercera de esta Corporación ha reiterado en varias oportunidades⁴⁷ que, comoquiera que las controversias contractuales que se derivan de estos contratos estatales regidos por el derecho privado también son conocidas por la jurisdicción Contencioso Administrativa (como se deriva de lo dispuesto en los arts. 104, 141 y 164 del CPACA), las mismas están sometidas a las normas de caducidad contenidas en la Ley 1437 de 2011 y no a las normas relativas a la prescripción del artículo 2535 del Código Civil.

Cabe precisar que el presente concepto no versa sobre los contratos de ciencia y tecnología celebrados con el Fondo Francisco José de Caldas, toda vez que en su escrito de consulta COLCIENCIAS solo los menciona tangencialmente, y en la reunión sostenida con las funcionarias de la entidad para el mejor proveer de esta concepto, se dejó evidenciado que estos contratos no eran objeto específico de esta consulta. En consecuencia, este concepto está centrado en los contratos de ciencia y tecnología celebrados por COLCIENCIAS, sin el uso de los recursos del Fondo Francisco José de Caldas.

4. La naturaleza, procedencia y plazos de la “liquidación” de los contratos estatales. Su aplicabilidad a los convenios y contratos de ciencia y tecnología.

La liquidación del contrato estatal corresponde a un ajuste final de cuentas, que tiene como propósito finiquitar el negocio celebrado entre las partes mediante el reconocimiento de quién debe a quién y cuánto, o de declararse a paz y salvo, según el caso.

Así lo ha sostenido esta Sala en otras oportunidades, en las que se ha señalado expresamente que la liquidación de un contrato estatal es un “procedimiento por medio del cual, concluido el contrato, las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas derivadas del mismo, con el fin de establecer si se encuentran o no a paz y salvo por todo concepto en relación con su ejecución”. En términos generales, “se trata de un trámite que busca determinar el resultado final de los derechos y deberes de las partes”⁴⁸.

En el mismo sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado en varias ocasiones que “la liquidación del contrato es una actuación administrativa posterior a su terminación normal o anormal, cuyo objeto es el de definir si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo de las partes, hacer un balance de las cuentas y proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar, para así dar finiquito y paz y salvo a la relación negocial”⁴⁹.

Pero la liquidación de un contrato no solo es una fase que implica un proceso de revisión, discusión, conversación, análisis y ajustes sobre lo ocurrido en la fase de ejecución del acuerdo, sino que además es una invitación que la ley realiza a las partes para finiquitar mediante acuerdo todas las diferencias que tengan en relación con el contrato, razón por la cual en el acta de liquidación se pueden hacer constar “los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo” (artículo 60, Ley 80 de 1993, modificado por artículo 32, Ley 1150 de 2007 y por el artículo 217, Decreto 0019 de 2012).

El art. 60 de la Ley 80 de 1993 (modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 217 del Decreto 0019 de 2012), establece que la liquidación de los contratos estatales es obligatoria en los contratos de trato sucesivo, en aquellos cuya ejecución se prolongue en el tiempo y en los demás que lo requieran. Por su parte, será potestativo en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión⁵⁰.

Teniendo en cuenta los tipos de negocios de ciencia y tecnología sobre los cuales se consulta, vale la pena señalar que si bien la norma arriba mencionada hace referencia a la categoría de los *contratos estatales*, es imperativo concluir que la figura de la *liquidación* en ella contenida se predica tanto de los contratos *stricto sensu*, como de los convenios, toda vez que la norma no distinguió entre uno y otro y, por el contrario, utilizó una categoría general en la cual la ley engloba estos dos tipos de convenciones.

Por lo tanto, a los convenios especiales de cooperación de ciencia y tecnología celebrados por COLCIENCIAS se les aplica el régimen de liquidación de los contratos estatales, teniendo en cuenta además que estos contratos se configuran como negocios jurídicos que se extienden en el tiempo y, con mayor razón, porque comportan la entrega de dineros públicos al cooperante con un determinado fin, lo que determina la exigencia de realizar un ajuste de cuentas al final del contrato, que permita verificar por parte de la entidad estatal de fomento, el efectivo cumplimiento de las obligaciones adquiridas por su cooperante.

Por su parte, la liquidación del contrato resulta obligatoria en los contratos de financiamiento o de administración de proyectos, toda vez que los mismos son de *trato sucesivo*, y su naturaleza determina la necesidad de realizar un ajuste de cuentas a final del contrato, para verificar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por las partes, en especial, por el contratista de la entidad de fomento.

En lo referente al término previsto para la liquidación de los contratos estatales, se debe resaltar, en primer lugar, que por regla general la ley deja en manos de la entidad contratante (en el pliego de condiciones) o de las partes (al momento de celebrar el contrato) la fijación del plazo para realizar la liquidación del contrato, según el objeto, naturaleza y cuantía, toda vez que la complejidad para liquidar un contrato no es siempre igual.

Empero, frente a la ausencia de una estipulación sobre el plazo de la liquidación, se despliega la fuerza vinculante del término supletorio de 4 meses consagrado en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, subrogado por el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, para la liquidación bilateral del contrato⁵¹.

Por su parte, si dentro del término previsto convencionalmente por las partes o dentro de los 4 meses previstos por la ley para la liquidación del contrato, no se logra un acuerdo entre ellas o el contratista no se presenta, la entidad dispone de dos (2) meses para la liquidación unilateral del contrato.

Esto no quiere decir que el vencimiento de estos plazos precluya la posibilidad de realizar la liquidación bilateral o unilateral del contrato, toda vez que las partes o la entidad contratante pueden realizar la liquidación del contrato, siempre y cuando no haya transcurrido el término legal de caducidad de la acción contractual, que según el art. 164 del CPACA es de dos años contados a partir del vencimiento de los plazos previstos para la liquidación del contrato.

Al respecto, cabe destacar que el art. 11 de la Ley 1150 de 2007, que subrogó el art. 60 de la Ley 80 de 1993, zanjó la discusión que surgió en su momento respecto al término último para realizar la liquidación bilateral o unilateral del contrato, al formular que:

"(...) 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"⁵².

Como se puede apreciar, esta norma afirma la existencia de un plazo adicional para la liquidación bilateral o unilateral del contrato, que comienza a contar a partir de la expiración de los cuatro (4) meses para la liquidación bilateral y los dos (2) meses previstos para la liquidación unilateral y que se extiende por dos años que es el término previsto en el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) para que opere la

caducidad del medio de control de controversias contractuales.

Es importante señalar que el Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo-C.C.A.) perdió vigencia como resultado de la derogatoria expresa comprendida en la Ley 1437 de 2011⁵³, comprendido el artículo 136⁵⁴ y, por lo tanto, la norma a la que ahora remite el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 es la prevista en el artículo 164 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA, que establece lo siguiente:

"Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

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:

iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta;

iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;

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; (...)".

En definitiva, si para la liquidación del contrato no hay plazos acordados por las partes, el término máximo para que la entidad estatal pueda proceder a liquidar el contrato, en ejercicio de las funciones atribuidas por ley, es de dos años y seis meses siguientes a la expiración del mismo (artículos 11 de la Ley 1150 de 2007 y 164 CPACA).

Vencido este plazo, no es posible realizar la liquidación del contrato, y los funcionarios de la entidad contratante pierden cualquier competencia en este sentido⁵⁵. De manera adicional, si durante este término no se ha ejercido la acción de controversias contractuales, por regla general, también habría caducado la oportunidad para presentarla, de conformidad con lo previsto en el art. 164, numeral 2, literal j) del CPACA.

En este orden de ideas, resulta pertinente analizar las facultades o deberes que subsisten para la entidad estatal contratante, cuando se vence el plazo máximo para la liquidación del contrato estatal regulado por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sin que este se haya realizado.

5. Las facultades, poderes o deberes con que cuentan una entidad estatal, una vez que exigen los términos de liquidación de los contratos, a efectos de recuperar las sumas adeudadas por su contraparte en virtud de un contrato o convenio. El caso específico de los contratos y convenios de ciencia y tecnología celebrados por COLCIENCIAS.

a. Imposibilidad legal para efectuar una liquidación bilateral o unilateral del contrato estatal por fuera del término máximo legal previsto para el efecto.

temporal para el ejercicio de sus funciones, so pena de destruir la presunción de legalidad que acompaña al acto administrativo expedido.

Sobre la competencia temporal o *ratione tempore*" se ha pronunciado la Sección Tercera de esta Corporación, para indicar que debido al "carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador"⁵⁶.

De manera más específica, en relación con la competencia temporal para la liquidación de los contratos estatales, la misma jurisprudencia del Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

*"Toda vez que la parte actora solicitó, entre otras, la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales la entidad pública demandada liquidó unilateralmente el contrato, para la Sala resulta importante examinar el tema relacionado con la competencia ratio temporis de la entidad para el ejercicio de esta potestad. Lo anterior en razón a que: primero, la naturaleza de orden público propia de las normas que regulan y determinan la competencia, sea ésta de carácter jurisdiccional o administrativa, exige un control de aquellos eventos en los cuales éstas se transgreden, así este aspecto no se constituya como pretensión, comoquiera que la incompetencia se erige en la más grave de las distintas formas o clases de ilegalidad; y segundo, teniendo en cuenta que la liquidación constituye el finiquito del contrato administrativo, resulta igualmente necesario que el juez, oficiosamente, adelante el examen del punto, aun cuando éste no se hubiere solicitado en el proceso. Con base en lo expuesto y considerando la naturaleza de orden público, propia de las normas que regulan y atribuyen competencia y los postulados del principio de legalidad, se concluye que en aquellos casos en los cuales el juez advierta falta de competencia en determinado caso, debe abordar oficiosamente su estudio, debido a que ésta constituye una grave causal de ilegalidad"*⁵⁷.

Bajo esta misma filosofía, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en torno a la liquidación bilateral por fuera del plazo para la interposición del medio de control de controversias contractuales, ha señalado:

*"Si las partes suscriben la liquidación bilateral del contrato cuando expiró el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales, el negocio jurídico queda viciado de nulidad absoluta, por falta de competencia de la entidad, pues este elemento del acto jurídico no es requisito exclusivo de los actos administrativos, sino que se exige para cualquier actuación de las autoridades públicas, de conformidad con los artículos 6 y 121 de la Constitución Política. En tal supuesto, la liquidación bilateral extemporánea también se encuentra viciada de nulidad, por objeto ilícito del negocio, por contrariar la competencia temporal prevista en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 y por desconocimiento de las normas de orden público que establecen el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales (art. 164, Ley 1437 de 2011), pues la liquidación por fuera de estos plazos implicaría revivir el cómputo de la caducidad."*⁵⁸

(Subraya la Sala).

En la misma línea, en relación con las eventuales actuaciones que pudiera realizar la entidad estatal, dirigidas a liquidar unilateralmente el contrato por fuera de la competencia temporal que las normas le han asignado, la jurisprudencia ha indicado lo siguiente:

"(...) es necesario advertir que en materia de contratación, las entidades estatales también se hallan limitadas en su actuación por las normas de competencia, de tal manera que sólo pueden hacer aquello para lo cual están expresamente autorizadas por la Constitución y la ley y deben hacerlo en los términos de tal autorización, por cuanto de lo contrario, el funcionario en cuestión deberá responder por extralimitación de funciones (arts. 6, 121 y 122, C.P.).

*En materia de liquidación de contratos, como ya se vio, la Administración puede proceder a efectuarla de manera unilateral, pero sólo si se dan las circunstancias que la ley contempla para ello, pues de lo contrario, estará actuando por fuera del ámbito de su competencia"*⁵⁹.

Este panorama, deja en evidencia la existencia de un consenso jurisprudencial acerca del principio de legalidad y de la competencia temporal a la que está sometida la facultad para liquidar los contratos estatales, en el sentido de que la liquidación bilateral o unilateral solo puede realizarse dentro del plazo máximo de dos años previstos para la interposición del medio de control de controversias contractuales; término que deberá contarse a partir de la expiración de los plazos iniciales para la liquidación bilateral o unilateral del contrato. Todo esto, sin que exista la posibilidad de reabrir los plazos ya prescindidos.

De modo que las liquidaciones bilaterales o unilaterales que se realicen por fuera de este término resultan inválidas: las primeras, debido a la falta de competencia temporal de la entidad que concurre en esa circunstancia anómala a expresar su voluntad y por el vicio de nulidad absoluta por objeto ilícito, al desconocer las normas de orden público que establecen el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales (art. 164, Ley 1437 de 2011); y las segundas, también por falta de competencia temporal (*ratio temporis*) y extralimitación de funciones (arts. 6, 121 y 122 C.P.).

No se puede perder de vista que las entidades estatales disponen de recursos públicos, razón por la cual, de acuerdo con la Constitución Política, las leyes y los reglamentos, una vez expirado el plazo para la reclamación judicial sin que haya sido impetrada la demanda correspondiente por el contratista, no se podrían reconocer sumas que llegasen a generar una obligación de índole patrimonial para las entidades estatales contratantes.

A este propósito, interesa recordar que según el parágrafo segundo del artículo 61 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 81 de la Ley 446 de 1998⁶⁰, se encuentra prohibido que las personas de derecho público puedan conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, sobre conflictos de carácter particular y de contenido económico, como son los asuntos contractuales, de que conozca o pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (artículo 70 de la Ley 446 de 1998), cuando ha operado el fenómeno de la caducidad. Todo esto so pena incluso de que se impruebe por el juez el acuerdo que contenga una conciliación, acuerdo o transacción sobre las mismas.

Dichas disposiciones confirman que las liquidaciones bilaterales o unilaterales realizadas por fuera del plazo máximo dispuesto por la ley para la liquidación de los contratos estatales son improcedentes y, por consiguiente, están viciadas de nulidad; circunstancia que a todas luces se extiende a cualquier acto, unilateral o bilateral, que con posterioridad al vencimiento del término de liquidación del contrato esté orientado a realizar revisiones, ajustes de cuentas entre las partes o, toma de decisiones, que comporten el reconocimiento de deudas o valores a cargo de la entidad estatal contratante y a favor del contratista o cooperante.

b. Imposibilidad de exigir las responsabilidades derivadas del incumplimiento de las obligaciones del contrato, a través de la acción de controversias contractuales.

Como se deduce de lo expuesto en los numerales anteriores, el término máximo legal para la liquidación de los contratos estatales comprende el término de caducidad de la acción de controversias contractuales prevista por el ordenamiento para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, o hacer efectiva las responsabilidades y/o restituciones que se deducen de su incumplimiento.

Por lo tanto, vencido el período legal para la liquidación de un contrato legal, sin que esta se haya realizado y sin que se hubiese instaurado la acción de controversias contractuales, la entidad habrá perdido la oportunidad de presentar esta acción para que se declare el incumplimiento del contrato y como consecuencia se ordenen las restituciones e indemnizaciones respectivas.

Al respecto, cabe destacar que la figura de la *caducidad de la acción* ha sido calificada como un instituto orientado por razones de interés público, en cuanto exhorta a los sujetos procesales a ejercer la acción en un tiempo determinado⁶¹.

En armonía con esta perspectiva, la Sección Tercera de esta Corporación ha resaltado que el instituto de la caducidad de la acción ha sido concebida en el ámbito del derecho público, para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, en los eventos en que determinadas acciones judiciales no se ejercen en un término específico, y sobre la base de que las partes tienen la carga procesal de impulsar el litigio dentro de este plazo fijado por la ley y de no hacerlo en tiempo, perderán la posibilidad de accionar ante la jurisdicción contenciosa para hacer efectivo su derecho⁶².

Por consiguiente, los términos de caducidad previstos por la ley para poner en funcionamiento las acciones administrativas constituyen una regla especial de orden público, a efectos de determinar el término máximo dentro del cual se puede acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Dentro de esas acciones se encuentra la acción de controversias contractuales regulada por el art. 164, numeral 2, literal j) del CPACA, la cual fija un término máximo de dos (2) años para su presentación, contados a partir del día siguiente al que se realiza la liquidación o se vence el término para el efecto, si el contrato es de trato sucesivo. En consecuencia, vencido este término sin que se haya liquidado el contrato, ni presentado la acción de controversias contractuales, no es posible perseguir por esta vía las responsabilidades y restituciones derivadas del incumplimiento contractual.

Lo anterior no impide que la entidad pueda adelantar el cobro persuasivo de estos dineros, e incluso realizar acuerdos de pago sobre los mismos, pues en este caso, tales acuerdos resultan vinculantes para las partes.

Por ello, si en virtud del cobro persuasivo realizado por COLCIENCIAS, la entidad contratista o cooperante restituye los dineros que no fueron utilizados para la actividad a la cual fueron destinados, la entidad podrá retener lo pagado, a menos que una sentencia judicial ordene lo contrario. También podrá adelantar las demás acciones que se analizan a continuación.

c. Posibilidad y deber de realizar el cobro ejecutivo de las obligaciones claras, expresas y exigibles.

De manera adicional a lo expuesto en el literal anterior, se debe advertir que el término de caducidad de dos años previsto en el art. 164 del CPACA está referido al ejercicio de la acción contractual a través de la cual se pueden hacer efectivas las pretensiones reguladas en el art. 141 del mismo estatuto.

Para los efectos que aquí interesan, dichas pretensiones estarían llamadas a determinar el incumplimiento de las obligaciones pactadas en los contratos y los convenios especiales de cooperación de ciencia y tecnología, o las que se derivan de su naturaleza, así como la restitución de los dineros que se derivan de dicho incumplimiento y la indemnización de los perjuicios que se hubiesen causado.

Sin embargo, la regulación de la pretensión contractual y de la caducidad de la acción es independiente de la acción ejecutiva mediante la cual se pretende cobrar al contratista o cooperante una suma líquida de dinero, con base en el negocio jurídico celebrado por las partes, siempre y cuando exista un título ejecutivo que dé cuenta de esta obligación, de manera clara, expresa y exigible.

En relación con esta acción ejecutiva, esta Sala, en oportunidad anterior⁶³, había advertido que no es necesario que se haya realizado la liquidación del contrato para que pueda intentarse la acción ejecutiva.

En estas consideraciones la Sala de Consulta y Servicio Civil ha seguido la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación, según la cual:

"La Sala considera que resulta procedente adelantar un proceso ejecutivo para hacer efectivas obligaciones derivadas del contrato estatal, que se han hecho exigibles durante su ejecución, siempre que a la fecha de presentación de la demanda el mismo no se haya liquidado."

En efecto, la condición prevista por la ley para que proceda el cobro de obligaciones por la vía del proceso ejecutivo, es la existencia de obligaciones claras, expresas y exigibles a cargo del ejecutado. Si el ejecutante demuestra la existencia de un crédito a su favor con estas características, debe librarse el correspondiente mandamiento de pago."

Cuando la parte ejecutante cumple las condiciones previstas en el contrato para que la entidad le pague determinadas sumas de dinero, la obligación se torna exigible y su cumplimiento puede lograrse por la vía del proceso ejecutivo"⁶⁴.

Ahora bien, en cuanto al ejercicio de la acción ejecutiva derivada específicamente de una obligación contractual, se debe señalar, en primer término, que la misma Ley 80 de 1993 (art. 75), asigna a la jurisdicción contencioso administrativa la competencia para conocer de los procesos

ejecutivos o de cumplimiento, precepto que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 388 de 1996.

Las reglas aplicadas a la caducidad de esta acción habían sido desarrolladas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, así⁶⁵:

Inicialmente, ante la inexistencia de una disposición legal especial en materia, la jurisdicción contencioso administrativa se remitió, en un principio, a la figura de la prescripción de las acciones judiciales prevista en el Código Civil, para determinar si una demanda ejecutiva se presentaba en tiempo. En específico, se hacía remisión a la disposición del art. 2536 ibídem, que establecía como término de prescripción de la acción ejecutiva, diez años a partir de la exigibilidad de la obligación, norma que fue modificada por la Ley 791 de 2002, para reducir entre otros los términos de prescripción de la acción ejecutiva, el cual pasó de 10 a 5 años.

Pero antes de la reforma del Código Civil se expidió la Ley 446 de 1998⁶⁶, cuyo art. 44 modificó el artículo 136 del C.C.A. e introdujo el término de caducidad de la acción ejecutiva derivada de decisiones judiciales, fijado en 5 años.

Con fundamento en esta disposición y bajo la figura de la analogía consagrada en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, la Sección Tercera del Consejo de Estado interpretó que a pesar de que la Ley 446 de 1998 no señaló el término de caducidad respecto de los procesos ejecutivos contractuales, como el artículo 44 ibídem previó el término de 5 años para las acciones ejecutivas derivadas de providencias judiciales, dicha disposición resulta aplicable a los títulos ejecutivos que se derivan de un contrato estatal⁶⁷.

De esta manera, en los casos en que el título ejecutivo hubiese nacido a la vida jurídica antes del 8 de julio de 1998, era procedente el término de prescripción de 10 años previsto en el artículo 2536 del C. C., sin reforma; mientras que para aquellos que se originaron con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, los procesos ejecutivos contractuales tendrían un término de caducidad de 5 años. En cualquier caso, el término se cuenta a partir del momento en que la obligación sea exigible⁶⁸.

Actualmente, en virtud de lo previsto en el art. 164 del CPACA, es claro que el término para ejercer la acción ejecutiva que se pretende con títulos derivados de un contrato estatal es de cinco (5) años, contados a partir de la exigibilidad de las obligaciones en ellos contenidas⁶⁹.

Así las cosas, si a pesar de la extinción del término máximo de liquidación de los contratos estatales, la entidad estatal puede acreditar la existencia de una obligación clara, expresa y exigible a su favor, a través de un título ejecutivo simple o complejo, la misma cuenta con 5 años contados a partir de la fecha de exigibilidad de la respectiva obligación para presentar la acción ejecutiva correspondiente.

De manera adicional, se debe señalar que de conformidad con el art. 98 del CPACA, las entidades públicas están revestidas de la prerrogativa de cobro coactivo de las obligaciones creadas a su favor, que consten en documentos que presten mérito ejecutivo de conformidad con el mismo Código, sin perjuicio de la posibilidad de acudir ante los jueces competentes.

En este orden de ideas, COLCIENCIAS deberá analizar cada uno de los contratos y convenios realizados por la Entidad y referidos en la consulta, para determinar si existe un título ejecutivo complejo, en virtud del cual pueda acudirse a una acción ejecutiva o un cobro coactivo, para la restitución de los dineros entregados en virtud de estos negocios jurídicos.

De una revisión de los modelos allegados como soporte de la presente consulta, la Sala advierte los elementos de un posible título ejecutivo complejo, en los contratos de financiamiento denominados “con remborso contingente”, cuando se incorpora la obligación de reintegro o restitución de los dineros a la entidad.

En efecto, el hecho de que en estos contratos se establece expresamente que los mismos prestan mérito ejecutivo, mas la prueba de la entrega efectiva de los recursos al sujeto financiado y la prueba de que la obligación de reintegro se tornó exigible por el cumplimiento del término para la realización de la actividad de ciencia y tecnología sin que esta se haya efectivamente realizado, podría determinar la existencia de un título ejecutivo a favor de COLCIENCIAS.

d. Procedencia de negociar la cartera vencida.

Teniendo en cuenta los interrogantes puntuales planteados por COLCIENCIAS en su consulta, es preciso entrar a analizar si expirado el término para liquidar unilateral o bilateralmente un convenio o un contrato estatal de ciencia y tecnología como los celebrados por COLCIENCIAS, es posible negociar la cartera correspondiente con la CENTRAL DE INVERSIONES CISA.

Para ello, se debe tener en consideración lo siguiente:

En primer lugar, se debe tener en cuenta que las obligaciones surgidas a favor de la COLCIENCIAS en virtud de los contratos de ciencia, tecnología e innovación, deben quedar registradas y reflejadas contablemente al momento de celebración del respectivo convenio o contrato, o en el momento en que estas surgen a la vida jurídica, en cumplimiento y en armonía con las cuentas y subcuentas contenidas en el Catálogo General de Cuentas definido por la Contaduría General de la Nación dentro del Régimen General de Contabilidad Pública.

Por lo tanto, expirado el plazo para la liquidación del contrato, sin que esta se haya realizado y sin que se haya adelantado la acción contractual por incumplimiento, COLCIENCIAS, en cumplimiento de los principios que gobiernan las actuaciones administrativas (art. 209 C.P.), en especial el de transparencia, debe reflejar contablemente la imposibilidad de realizar el cobro coercitivo de estas obligaciones a través de la acción contractual.

En consecuencia, si bien la entidad podría registrar estos valores como cartera vencida a favor de la entidad, dicho registro deberá reflejar la falta de coercibilidad del pago de estos dineros a través de la acción contractual y su condición de difícil recuperación.

En estos términos, COLCIENCIAS podrá negociar la cartera vencida que se derive de la obligación de restitución de los dineros entregados a sus contratistas y cooperantes y que no fueron utilizados para la actividad a la cual fueron destinados, con el deber de informar a CISA del estado de la misma y las acciones que proceden o no para su cobro, a efectos de que esta entidad conozca su estado real.

e. Cierre del expediente del contrato estatal

Conforme a los principios que regulan la Administración Pública contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política, se impone a las entidades estatales, servidores públicos, entes de control y demás personas que participan en estas materias, actuación diligente y conducta clara, transparente, eficiente, que no deje cabos sueltos e incertidumbres sobre las actuaciones administrativas, con la relación final del estado de las mismas, lo cual incluye claramente las actuaciones vinculadas a los contratos estatales.

Por ello, aun cuando no es viable la liquidación extemporánea del contrato estatal, para los efectos internos de las entidades estatales contratantes es posible dejar constancia del cierre y archivo del expediente contractual, lo que a su vez, permitirá que desde el punto de vista financiero y contable se proceda con los trámites pertinentes.

A este propósito, el Decreto 1082 de 2015 “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional*”, dispone sobre el particular:

“Artículo 2.2.1.2.4.3. Obligaciones posteriores a la liquidación. Vencidos los términos de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras o bienes, la Entidad Estatal debe dejar constancia del cierre del expediente del Proceso de Contratación. (Decreto 1510 de 2013, artículo 37)”.

Una interpretación sistemática y finalista de la norma, permite concluir que el trámite del cierre del expediente del proceso de contratación procede cuando se ha efectuado la liquidación del contrato, a efectos de dejar las constancias sobre el vencimiento de las garantías y la condición de los bienes y obras desde la perspectiva ambiental, y también en los casos en los cuales no se haya efectuado dicha liquidación, a efectos de dejar constancia sobre el punto final de la actuación contractual.

Así se desprende, en primer lugar, de la norma constitucional evocada (art. 209 C.P.), en la cual se establece que las entidades estatales deben ser diligentes en sus actuaciones; y por otra, la disposición legal que indica que las normas que corresponden al procedimiento administrativo, “se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas” (art. 2 CPACA).

De otra parte, la misma normatividad establece que las autoridades administrativas deben interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos tomando en consideración, además de los principios señalados en la Constitución, los establecidos en leyes especiales y en el CPACA. En este último, se definen, entre otros, los principios de moralidad, responsabilidad, transparencia, publicidad, eficacia, economía y celeridad.

Además, la Ley 80 de 1993 comprende una serie de principios que compelen a las entidades estatales a obrar dentro del camino de la diligencia, tales como los de transparencia, economía, responsabilidad, buena fe, equivalencia entre derechos y obligaciones, entre otros (artículo 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29). No solo eso, también bajo el título de “*normatividad aplicable en las actuaciones administrativas*”, se indica que en las actuaciones contractuales se aplicarán las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, en tanto que sean compatibles con la contratación estatal (artículo 77).

De acuerdo con lo expuesto, las entidades pueden y deben proceder al cierre y archivo del expediente del proceso de contratación, en los términos citados, incluso en aquellos casos en los cuales no se haya efectuado la liquidación del contrato, como un tipo de constancia, que en forma alguna puede constituirse en una liquidación extemporánea del contrato o revivir términos que ya precluyeron, pues cualquier acto en este sentido estaría afectado de nulidad.

En efecto, el archivo del expediente debe entenderse como una actuación interna y de trámite, que no comporta la expedición de un acto administrativo de carácter contractual, en el que se puedan determinar las obligaciones a cargo de cada una de las partes; acto para cuya expedición no existiría competencia de la entidad dada su extemporaneidad.

De manera adicional, en relación con los convenios y contratos de ciencia y tecnología analizados en este concepto, es menester señalar la necesidad de que el archivo de los respectivos expedientes contractuales esté precedido de las actuaciones de cobro persuasivo de la obligación de restitución de los recursos públicos entregados y no utilizados para estos efectos, así como del ejercicio de las demás acciones con las cuales cuenta la entidad para la protección de los recursos públicos invertidos en estos convenios o contratos.

Solo así se protege el interés general y la utilidad pública ínsitos en estos contratos y convenios de ciencia, tecnología e innovación, los cuales imponen a las entidades estatales y los servidores públicos, en estos casos, una actuación diligente, clara y eficiente, dirigida a proteger los recursos públicos comprometidos en estos contratos y convenios.

Con todo, no puede sostenerse de manera irreflexiva que las entidades estatales deban mantener y dejar pendiente en forma indefinida el cobro de las obligaciones surgidas a su favor o, en general, el cobro de los dineros públicos entregados para el desarrollo de actividades de ciencia y tecnología y que no fueron destinados para estos efectos: cuando se ha realizado todo el mejor esfuerzo para el cobro completo, correcto, diligente y razonable de estos recursos, y se ha determinado la imposibilidad para que estos sean recuperados, la entidad puede y debe adelantar las gestiones necesarias para poner punto final a la actuación.

En este sentido, es menester señalar que el Gobierno Nacional expidió recientemente el Decreto 445 de 2017⁷⁰, mediante el cual se establece el mecanismo de depuración de la cartera de imponible recaudo en las entidades públicas del orden nacional. Específicamente, el Decreto regula la expedición de un acto administrativo en el que se declare la ocurrencia de una de las causales de constitución de la cartera de imponible recaudo, según la lista individualizada en el mismo Decreto⁷¹ y con base en un informe detallado de la misma (art. 2.5.6.4).

f. La procedencia de las acciones encaminadas a proteger los recursos entregados por COLCIENCIAS a sus contratistas o cooperantes y que no fueron utilizados para realizar la actividad a la cual fueron destinados.

Conforme a lo expuesto en este concepto, desde el punto de vista funcional, los recursos entregados por COLCIENCIAS en ejecución de los convenios y contratos de ciencia y tecnología, mantienen su afectación al patrimonio público, hasta tanto sean utilizados en la actividad a la cual fueron destinados.

Por ello, además de las acciones contractuales y ejecutivas con las que cuenta la entidad, COLCIENCIAS podría acudir a diversas acciones que están instituidas para preservar el patrimonio público, en especial, las que se analizan a continuación.

i) Las acciones de responsabilidad fiscal y penal.

Tanto los servidores públicos como los contratistas particulares pueden incurrir en responsabilidad fiscal o penal por las conductas asumidas en la ejecución de los contratos celebrados con las Entidades del Estado, producto del control de la gestión contractual que ejercen las autoridades competentes en estas materias.

Se trata de dos regímenes de responsabilidad que trascienden la responsabilidad contractual derivada del incumplimiento de las obligaciones contractuales y los actos expedidos durante la ejecución del contrato. Por lo tanto, pueden hacerse efectivas incluso con posterioridad a la expiración del término de caducidad de las acciones contractuales, toda vez que son autónomas e independientes.

En efecto, la responsabilidad fiscal, de naturaleza administrativa y patrimonial, es el producto del control ejercido por la Contraloría General de la República y por las contralorías territoriales, sobre la gestión fiscal que llevan a cabo la Administración Pública, los particulares o las entidades que manejan fondos o bienes de la Nación o de los entes territoriales, con fundamento en la Ley 610 de 2000, y demás normas concordantes.

En relación puntual con los contratos celebrados por la Administración Pública, este control comprende la verificación del cabal cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato, así como del manejo financiero, contable, de gestión y de los resultados del contrato, con fundamento en los cuales se adelantan los procesos de responsabilidad fiscal en caso de encontrarse daños patrimoniales causados al Estado.

Por ello, este control comprende entre otros, la revisión de cuentas de los contratos, la cual se traduce en un estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario público, con miras a determinar la economía, eficacia y eficiencia de sus actuaciones.

Es importante mencionar que el control fiscal puede ser iniciado por las Contralorías de oficio o surgir de las solicitudes de las entidades públicas o de las denuncias o quejas presentadas por cualquier persona y organización ciudadana⁷², no sólo contra los servidores públicos, sino además contra los particulares que manejen o administren recursos públicos⁷³

-

En esta segunda categoría se encuadran, entonces, los particulares que cumplen funciones públicas, como las notarías y las cámaras de comercio, así como los contratistas que administran recursos públicos, como ocurre por ejemplo cuando el contratista recibe anticipos, custodia de peajes o tarifas que pagan los usuarios de la obra o de la concesión, y que deben ser entregados en todo en parte a la entidad⁷⁴.

A juicio de la Sala, la procedencia del control fiscal también se presenta en aquellos casos en los que el contratista recibe *dineros públicos de la entidad estatal de fomento*, a título de financiamiento, de administración de proyectos, de subvención o bajo cualquier otra modalidad convencional, supeditados a una destinación específica que se traduce en el desarrollo de una actividad de interés público.

Para efectos del control fiscal es necesario precisar si las obligaciones pactadas en los convenios o contratos celebrados por COLCIENCIAS incorporan obligaciones de medio o de resultado por parte de su contratista colaborador, teniendo en cuenta que los proyectos de investigación en ciencia y tecnología, por su mismo naturaleza, no son siempre de resultado. En cuanto a las obligaciones de medio, el control fiscal sobre la obligación del contratista estará dirigido a determinar si los recursos públicos fueron invertidos en las obligaciones pactadas en el contrato, con independencia de un resultado específico.

Bajo esta premisa, es importante observar que la acción de responsabilidad fiscal procede cuando se presenta: i) un daño patrimonial al Estado; ii) derivado de la culpa o dolo del servidor público o particular que ejerce la gestión fiscal⁷⁵ y, iii) y que exista el nexo de causalidad entre el primero y el segundo.

Por daño patrimonial al Estado, la ley que regula el control fiscal en Colombia entiende lo siguiente:

"(...) la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, inefficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocaionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público".

Por su parte, la consecuencia principal que se deriva del control fiscal es la obligación de reparar el daño mediante el pago de la suma de dinero cuantificada en el fallo, a favor del Tesoro Nacional. Una vez en firme el fallo, la suma correspondiente se hará exigible a través de la jurisdicción coactiva de las contralorías.

Finalmente, se debe indicar que la Ley 610 de 2000 estatuye expresamente que: "La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal (art. 9 ibídem)".⁷⁶

Por lo tanto, COLCIENCIAS mantiene la facultad y el deber de promover las acciones de responsabilidad fiscal que procedan en contra de los contratistas o cooperantes que no destinaron los recursos entregados por la Entidad para el desarrollo de las actividades de ciencia y tecnología a los cuales fueron destinados, y en contra los servidores públicos que durante la vigencia del contrato y de la acción contractual, pudieran haber omitido, con dolo o culpa, una actuación diligente para obtener el reintegro de los recursos públicos entregados por la entidad.

En cuanto a la responsabilidad penal que se puede predicar de los contratistas o cooperantes que no destinan los recursos entregados por COLCIENCIAS a la actividad de ciencia y tecnología pactada, pese a la obligación expresa de su reintegro o de tratarse de una actividad de fomento o subvención⁷⁷, corresponderá a la justicia penal determinar los tipos penales en los que podría ser subsumida la conducta del contratista o cooperante -o de su representante legal y funcionarios, en el caso de las personas jurídicas- que recibe los dineros en virtud del contrato o del convenio de ciencia y tecnología, pero no desarrolla la actividad pactada y en su lugar se apropiá de los dineros de la entidad, según las situaciones subjetivas y específicas surgidas en cada contrato.

Para los efectos analizados en esta consulta, cabe señalar que de conformidad con lo previsto en el art. 83 del Código Penal, "la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco años, ni excederá de veinte (20)" salvo lo dispuesto en el inciso siguiente del mismo artículo.

ii) La acción civil para la reparación del daño derivado de un delito.

responsabilidad penal de los contratistas o cooperantes de COLCIENCIAS, que recibieron dineros de la entidad y que no lo utilizaron para realizar las actividades de ciencia y tecnología a las cuales fueron destinados contractualmente, la Sala observa la procedencia de que COLCIENCIAS adelante las acciones civiles para la indemnización de los perjuicios causados por sus contratistas o cooperantes, con la comisión de los delitos que podrían configurarse por la apropiación indebida de los recursos entregados con una destinación específica y que no fueron utilizados para ese fin.

Sobre la oportunidad para ejercer esta acción, el art. 2358 c.c., establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 2358. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN. Las acciones para la reparación del daño proveniente de delito o culpa que puedan ejercitarse contra los que sean punibles por el delito o la culpa, se prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal.

Las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse contra terceros responsables, conforme a las disposiciones de este capítulo, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto".

En armonía con esta disposición, el Código Penal consagra:

ARTÍCULO 98. Prescripción. La acción civil proveniente de la conducta punible, cuando se ejercita dentro del proceso penal, prescribe, en relación con los penalmente responsables, en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal. En los demás casos, se aplicarán las normas pertinentes de la legislación civil".

Conforme a las normas transcritas, la acción civil para la reparación de los daños que se derivan de un delito tiene dos términos de prescripción: i) una para aquellos casos en los que el afectado se hace parte civil en el proceso penal y que está sujeta a los resultados de este proceso y ii) la que aplica para los eventos en los que el perjudicado ejerce la acción de manera independiente, casos en los que la ley penal remite a la ley civil, mientras que esta reenvía a la ley penal (art. 2358 C.C.).

En este segundo escenario, se presenta entonces una ambigüedad sobre la verdadera fecha desde la cual debe comenzar a contarse el término de prescripción de la acción civil para indemnización por los daños de conductas punibles, la cual ha sido definida por la más autorizada doctrina, en el sentido de que en estos eventos se debe aplicar el término de prescripción ordinaria previsto en el Código Civil⁷⁸, que actualmente es de 10 años.

iii) La acción popular instituida para la protección del patrimonio público.

Bajo el presupuesto de la naturaleza de recursos públicos por afectación de los dineros que son entregados por las entidades estatales con una destinación específica de interés público, es procedente su preservación mediante la acción popular, introducida en nuestro ordenamiento para la protección de los derechos e intereses colectivos, entre ellos, la defensa del patrimonio público⁷⁹.

La Sección Tercera del Consejo de Estado se ha ocupado del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público para definir su contenido y aplicación en cada caso concreto:

"Este derecho colectivo es la potestad y expectativa que se radica en cabeza de los asociados, de esperar que el conjunto de bienes, derechos y obligaciones del Estado, estén adecuadamente destinados a la finalidad que se les ha señalado constitucional y legalmente, de tal forma que sean asignados según los parámetros fijados por el ordenamiento jurídico, y con criterios de eficiencia y rectitud.

"Por patrimonio público debe entenderse el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que pertenecen al Estado, tanto los que se hallan en cabeza de la Nación como de las personas jurídicas estatales (...) El derecho o interés colectivo a su defensa viene a ser, entonces, la aptitud o legitimación que tienen todas las personas en Colombia para esperar que tales bienes se preserven y se apliquen a los fines que corresponden, de modo que su tenencia, uso y disposición se haga con celo y cuidado, por ende con sujeción a las disposiciones y formalidades que los regulan, de suerte que el Estado no sea privado de los mismos de manera contraria al ordenamiento jurídico (...)”⁸⁰

"El derecho colectivo al patrimonio público tiene una doble naturaleza en el ordenamiento jurídico colombiano, de un lado puede hablarse de una dimensión subjetiva, la cual le otorga el calificativo de derecho y que conlleva la posibilidad de que cualquier ciudadano pida su protección mediante la acción popular; de otro, una dimensión objetiva o de principio que se traduce en la obligación de las entidades públicas de gestionarlo de acuerdo con los postulados de eficiencia y transparencia contemplados en el artículo 209 de la constitución y cumpliendo la legalidad presupuestal vigente⁸¹. Así las cosas, el derecho colectivo estudiado tiene a su vez dos elementos: 1. La existencia de un patrimonio de propiedad de una persona pública, y; 2. El análisis de la gestión de ese patrimonio, de forma tal, que si ésta se hace de forma irresponsable o negligente coloca en entredicho el interés colectivo protegido^{82”⁸³}.

(Subraya la Sala)

De la misma manera se ha afirmado:

"El derecho colectivo al patrimonio público alude no solo a 'la eficiencia y transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos sino también a la utilización de los mismos de acuerdo con su objeto y, en especial, con la finalidad social del Estado"⁸⁴. En tal virtud, si el funcionario público o el particular administraron indebidamente recursos públicos, bien "porque lo hizo (sic) en forma negligente o inefficiente, o porque los destinó (sic) a gastos diferentes a los expresamente señalados en las normas, afectaron el patrimonio público"⁸⁵.

"El concepto de patrimonio público 'cobija la totalidad de bienes, derechos y obligaciones, que son propiedad del Estado y que se emplean para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo"⁸⁶. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha reconocido que el concepto de patrimonio público también se integra por 'bienes que no son susceptibles de apreciación pecuniaria y que, adicionalmente, no involucran la relación de dominio que se extrae del derecho de propiedad, sino que implica una relación especial que se ve más clara en su interconexión con la comunidad en general que con el Estado como ente administrativo, legislador o judicial, como por ejemplo, cuando se trata del mar territorial, del espacio aéreo, del espectro electromagnético etc., en donde el papel del Estado es de regulador, controlador y protección, pero que indudablemente está en cabeza de toda la población"⁸⁷. (Subraya la Sala)

En este sentido, existe la posibilidad de imputar, a través de una acción popular, la vulneración del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, al particular o a la entidad pública que recibe de COLCIENCIAS determinados recursos para el desarrollo de una actividad de ciencia y tecnología, y no los utiliza para este fin y tampoco los restituye a la entidad.

De conformidad con lo previsto en el art. 9 de la Ley 472 de 1998, *"las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos"*.

Por otra parte, se trata de una acción que puede *"promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo"* (art. 11 de la Ley 472 de 1998)⁸⁸

Teniendo en cuenta que la acción popular, como mecanismo de protección del patrimonio público, opera de manera independiente y autónoma de las obligaciones que surgen de los contratos y convenios analizados, es viable y procedente el ejercicio de esta acción por parte de COLCIENCIAS, cuando se presenten los presupuestos de hecho necesarios, a efectos de perseguir la restitución de los recursos públicos comprometidos y no utilizados para las actividades de ciencia y tecnología contratadas y que fueron objeto de apropiación por parte del contratista.

Finalmente, para la Sala es importante subrayar que la responsabilidad primaria por el cumplimiento del fin de los contratos y convenios de ciencia y tecnología mencionados le corresponde a COLCIENCIAS, con fundamento en su atribución legal para ejercer la dirección y vigilancia de los mismos, en forma adicional a la responsabilidad que se pueda atribuir a los contratistas cuando no ejecutan los recursos para la destinación específica pactada.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

IV. LA SALA RESPONDE:

i) Puede COLCIENCIAS en los contratos o convenios en que ha pasado más de 30 meses desde la finalización del plazo y no se han liquidado, continuar haciendo solicitudes de reintegro y cobros de las sumas de dinero que se evidencia adeudan las entidades como consecuencia de las evaluaciones que hacen los supervisores de Colciencias a la finalización de los proyectos en relación a los contratos de Ciencia, Tecnología e Innovación?

Sí. COLCIENCIAS puede continuar realizando solicitudes de reintegro y cobro persuasivo de las sumas que fueron entregadas en la ejecución de los contratos de ciencia y tecnología y que no fueron utilizadas por su contratista o cooperante en el desarrollo de la actividad para la cual fueron destinadas, aún pasados más de 30 meses desde la finalización de los contratos y convenios celebrados por la entidad, sin que estos hayan sido liquidados, en los términos señalados en este concepto.

Por otra parte, de configurarse un título ejecutivo complejo, del cual se pueda deducir una obligación clara, expresa y exigible de su cooperante o contratista de restituir los dineros que no fueron ejecutados en la actividad a la cual fueron destinados, COLCIENCIAS deberá adelantar el respectivo proceso ejecutivo para su cobro.

Finalmente, dada la naturaleza de los recursos públicos entregados por COLCIENCIAS, la entidad conserva la facultad y el deber de promover la acción de responsabilidad fiscal y las acciones de responsabilidad penal, junto con la acción civil para la reparación de los daños derivados de conductas punibles, y las acciones populares que sean procedentes para garantizar la devolución de los recursos entregados por COLCIENCIAS a sus contratistas o cooperantes, y que no fueron utilizados para desarrollar la actividad a la cual fueron destinados, según las consideraciones de este concepto.

ii) En el evento de ser positiva la respuesta anterior, puede Colciencias ingresar las sumas adeudadas contablemente como cartera de la entidad y pasado los 180 días realizar negociación con CENTRAL DE INVERSIONES CISA en los términos del numeral 5º del Artículo 1º del Decreto 047 de 2014?

Sí. Una vez expirado el término máximo legal para la liquidación de los contratos y convenios celebrados por COLCIENCIAS, la entidad podría registrar como cartera vencida las sumas que le deben ser restituidas por sus contratistas o cooperantes. Sin embargo, dicho registro deberá reflejar la falta de coercibilidad de estos recursos a través de una acción contractual y, por ende, su condición de difícil cobro.

En estos términos, COLCIENCIAS podrá negociar la cartera vencida que se derive de la obligación de restitución de los dineros entregados a su contratista o cooperante, y que no fueron utilizados para la actividad a la cual fueron destinados, con el deber de informar a CISA el estado de las mismas y las acciones que proceden o no para su cobro, a efectos de que esta entidad conozca su estado real.

iii) En el evento de ser positiva la primera respuesta puede Colciencias aceptar y firmar acuerdos de pago con las entidades a las que se les están realizando estas solicitudes de reintegro y cobros persuasivos, después de vencidos los 30 meses para liquidar?

Sí. Pasados más de 30 meses de la finalización del contrato o convenio celebrado por COLCIENCIAS, sin que este se haya liquidado, la entidad puede aceptar y firmar acuerdos de pago, con el único objeto y propósito de que le restituyan los dineros que fueron entregados con una

destinación específica y que no fueron utilizados para el efecto.

Lo anterior, teniendo en cuenta la afectación que desde el punto de vista funcional mantienen estos recursos al patrimonio público de COLCIENCIAS, mientras no sean utilizados para su destinación específica.

iv) En caso de que Colciencias no pueda efectuar el cobro de las sumas adeudadas cuando se hayan vencido los 30 meses para liquidar, podría COLCIENCIAS mediante acto administrativo motivado proceder a archivar los expedientes contractuales, así hayan saldo pendientes de reintegrar?

COLCIENCIAS sí puede realizar el archivo y cierre del expediente contractual, vencido el término señalado en esta pregunta, siempre y cuando, en forma previa, haya desplegado de manera completa, correcta, diligente y razonable todas las actuaciones de cobro de las sumas que deben ser reintegradas a la entidad, de manera que se acredite la imposibilidad de recuperarlas.

La Sala advierte que el archivo del expediente se configura como una simple actuación interna y de trámite de la entidad, que no puede comportar la expedición de un acto administrativo de carácter contractual, ni hacer las veces de una liquidación de las obligaciones contractuales de cada una de las partes, puesto que estas actuaciones serían extemporáneas.

Lo anterior, sin perjuicio de las acciones de responsabilidad fiscal, penal y de las acciones populares procedentes, en los términos expuestos en este concepto.

v) En el evento de que Colciencias no pueda efectuar el cobro de las sumas adeudadas cuando se hayan vencido los 30 meses para liquidar, que pasaría con las sumas que se han recuperado en los últimos años y que ya ingresaron a las arcas del tesoro? En este interrogante es preciso tener en cuenta que las entidades destinatarias de los cobros tuvieron un debido proceso administrativo en el procedimiento, pudiendo controvertir el informe financiero o acta de liquidación o acta de liquidación y una vez convencidos de su contenido o estando de acuerdo con éste procedieron a efectuar los reintegros respectivos.

COLCIENCIAS sí puede realizar el cobro de las sumas que le adeudan sus contratistas o cooperantes, aún pasados más de 30 meses de la finalización del contrato, sin que se haya realizado su liquidación unilateral o bilateral. Lo anterior, en los términos de la respuesta a la primera pregunta de este concepto.

Por lo tanto, si el particular o a la entidad pública contratista o cooperante restituyen o reintegran los dineros adeudados a COLCIENCIAS, por voluntad propia o como resultado del cobro realizado por la entidad, ésta podrá retener lo pagado.

vi) En aquellos contratos y convenios firmados desde 1990 y que vencieron hace más de 5 años y que no tienen ninguna gestión de liquidación, ni cobro y frente a los cuales es imposible conseguir información, podría COLCIENCIAS tomar la decisión de archivarlos y cerrarlos en el estado en que se encuentren, sin incurrir en detrimento patrimonial? Esta pregunta aplica para contratos que se rigen por el estatuto de contratación y por derecho privado.

La Sala advierte que el archivo del expediente solo procede cuando la entidad haya desplegado de manera completa, correcta, diligente y razonada todas las actuaciones necesarias para realizar el cobro de las sumas adeudadas a la entidad y haya determinado la imposibilidad de recuperarlas, en las condiciones citadas en la respuesta a la pregunta cuatro.

En forma adicional, la entidad deberá verificar si transcurrido más de 5 años de la finalización de los contratos y convenios celebrados por COLCIENCIAS, expiró el término de liquidación del contrato, el de caducidad de la acción de controversias contractuales; el de caducidad de la acción ejecutiva -si esta hubiese sido procedente- e incluso el término de prescripción de la acción de responsabilidad fiscal y las acciones penales que podrían recaer sobre el sujeto particular o el representante legal de la entidad contratista o cooperante de COLCIENCIAS.

Por otra parte, la constancia de archivo del expediente no excluye el análisis y la responsabilidad por el detrimento patrimonial causado a la Entidad por los funcionarios que en su momento debieron realizar la gestión de supervisión y liquidación de estos contratos y no lo hicieron.

vii) Puede decirse con base en el artículo 33 de la Ley 1286 de 2009 que COLCIENCIAS tiene un régimen especial de contratación para la contratación de actividades de ciencia, tecnología e innovación?

De conformidad con el análisis realizado en este concepto, la Sala encuentra que el art. 33 de la Ley 1286 de 2009 se limitó a confirmar el régimen jurídico que ya gobernaba los contratos o convenios de ciencia y tecnología para la fecha de su expedición, el cual se sintetiza de la siguiente manera:

i) Para los convenios especiales de cooperación, los contratos de financiamiento y los contratos de administración de proyectos: las normas especiales de los contratos y convenios de ciencia y tecnología contenidas en los Decretos Leyes 393 y 591 de 1991; el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y demás normas reglamentarias y, subsidiariamente, las normas de derecho privado.

ii) Finalmente, de acuerdo con lo previsto en la Ley 1286 de 2009, los convenios especiales de cooperación y los contratos de financiamiento o administración de proyectos celebrados con los recursos del Fondo Francisco José de Caldas, están regidos por las normas del derecho privado, subsidiariamente con las de ciencia y tecnología y, además, por los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal previstas en los artículos 209 y 267 de la C.P, y por el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que rigen para los contratos estatales.

Remítase al señor Director del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación - COLCIENCIAS - y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Presidente de la Sala

OSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado

GERMÁN BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. De conformidad con el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

2. La Ley 29 de 1990 otorgó al Gobierno facultades extraordinarias para i) expedir las normas a las que deben sujetarse la nación y sus entidades descentralizadas para asociarse con los particulares científicos y tecnológicos, proyectos de investigación y creación de tecnologías y, ii) para regular las actividades específicas de fomento de actividades científicas y tecnológicas (art. 11, ordinales 2 y 4).

3. Artículo 11, numerales 2 y 4.

4. De conformidad con el artículo 2 del Decreto 393 de 1991, el propósito de las asociaciones para ciencia y tecnología, en las dos modalidades citadas arriba en el texto, podrán tener entre otros, los siguientes propósitos: "a) Adelantar proyectos de investigación científica. b) Apoyar la creación, el fomento, el desarrollo y el financiamiento de empresas que incorporen innovaciones científicas o tecnológicas aplicables a la producción nacional, al manejo del medio ambiente o al aprovechamiento de los recursos naturales. c) Organizar centros científicos y

tecnológicos, parques tecnológicos, e incubadoras de empresas. d) Formar y capacitar recursos humanos para el avance y la gestión de la ciencia y la tecnología. e) Establecer redes de información científica y tecnológica. f) Crear, fomentar, difundir e implementar sistemas de gestión de calidad. g) Negociar, aplicar y adaptar tecnologías nacionales o extranjeras. h) Asesorar la negociación, aplicación y adaptación de tecnologías nacionales y extranjeras. i) Realizar actividades de normalización y metrología. j) Crear fondos de desarrollo científico y tecnológico a nivel nacional y regional, fondos especiales de garantías, y fondos para la renovación y el mantenimiento de equipos científicos. k) Realizar seminarios, cursos y eventos nacionales o internacionales de ciencia y tecnología. l) Financiar publicaciones y el otorgamiento de premios y distinciones a investigadores, grupos de investigación e investigaciones”.

5. Art. 81.

6. Así lo anotó la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad de varias de las disposiciones del Decreto 393 de 1991, mediante Sentencias C-506 del 10 de noviembre de 1994 y C-316 del 13 de julio de 1995, respaldando con ello también la vigencia de esta normativa, y así lo ha analizado esta Sala en el concepto Rad., con No 11001-03-06-000-2010-00058-00 (2007), del 8 de julio de 2010.

7. En este sentido, en la doctrina colombiana se puede ver a CHÁVES MARÍN. A.R. *Los convenios de la administración. Entre la Gestión Pública y la Actividad Contractual*. Bogotá, 2015, p. 305 ss.

8. Cfr. entre otros, los siguientes conceptos: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto radicado con el número 11001-03-06-000-2010-00058-00(2007) del 8 de julio de 2010.

9. En este mismo sentido, Cfr. CHÁVES MARÍN, A. R. Los convenios de la Administración, cit, p. 76.

10. Artículo 17. Para adelantar actividades científicas o tecnológicas la Nación y sus entidades descentralizadas podrán celebrar con los particulares y con otras entidades públicas de cualquier orden convenios especiales de cooperación. En virtud de estos convenios, las personas que los celebran aportan recursos en dinero, en especie o de industria, para facilitar, fomentar o desarrollar alguna de las actividades científicas o tecnológicas previstas en el artículo 2º de este Decreto.

11. Mientras el Decreto 393 de 1991 limita los convenios especiales de cooperación a los celebrados entre la Nación o una entidad descentralizada y un particular, el art. 17 del Decreto 591 de 1991 lo extendió a los acuerdos celebrados entre las primeras y otra entidad pública de cualquier orden.

12. De conformidad con lo establecido en la Resolución 354 de 2007, el Régimen General de Contabilidad Pública debe ser aplicado a todos los entes públicos del Nivel Nacional o Territorial, de los órdenes central y descentralizado, sin excepción. Dentro de este Régimen se encuentra el Manual General de Procedimientos que a su vez está conformado por el Catálogo General de Cuentas, los procedimientos contables y los instructivos contables.

13. Cfr. Para ver con detalle el contenido del Catálogo de Cuentas, actualizado a 31 de diciembre de 2015, V: <http://www.contaduria.gov.co/wps/wcm/connect/492e57bf-1077-492d-b756-5540227655e2/CGC+Versi%C3%B3n+2007.15+a+31-12-2015.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=492e57bf-1077-492d-b756-5540227655e2>. Página web de la Contaduría Nacional, consultado el 30 de septiembre de 2016.

14. En el caso del subsidio familiar, la prestación puede ser en dinero, especie o servicios prestados a los trabajadores en los términos del artículo 1 de la Ley 21 de 1982.

15. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 20 de mayo de 2013. Rad.: 250002326000201003126 - 01 (A.P.), cit.

16. Ciertamente, en los convenios de cooperación allegados por COLCIENCIAS no se discrimina valor alguno por concepto de “precio”, comisión o cualquier otro concepto que se pueda calificar como una contraprestación por un servicio prestado por la entidad cooperante.

17. Para una amplia reseña de las subvenciones previstas por el ordenamiento colombiano, se puede ver Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 20 de mayo de 2013. Rad.: 250002326000201003126 - 01 (A.P.), cit.

18. Corte Constitucional. Sentencia C-316 de 1995.

19. Naturaleza del contrato que actúa como criterio integrador del contenido negocial, de conformidad con lo previsto en el art. 1603 del C.C, que señala: “Ejecución de buena fe. 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”.

20. “Art. 37 de la Ley 38 de 2003: Causas de reintegro.

1. También procederá el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora correspondiente desde el momento del pago de la subvención hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro, en los siguientes casos:

a. Obtención de la subvención falseando las condiciones requeridas para ello u ocultando aquéllas que lo hubieran impedido.

b. Incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención

c. Incumplimiento de la obligación de justificación o la justificación insuficiente, en los términos establecidos en el artículo 30 de esta Ley, y en su caso, en las normas reguladoras de la subvención.

(...)" (Subraya la Sala)

21. El art. 2 del Decreto 591 de 1991 prevé expresamente las siguientes actividades científicas y tecnológicas: “1. Investigación científica y desarrollo tecnológico, desarrollo de nuevos productos y procesos, creación y apoyo a centros científicos y tecnológicos y conformación de redes de investigación e información.

2. Difusión científica y tecnológica, esto es, información, publicación, divulgación y asesoría en ciencia y tecnología.

3. Servicios científicos y tecnológicos que se refieren a la realización de planes, estudios, estadísticas y censos de ciencia y tecnología; a la homologación, normalización, metodología, certificación y control de calidad; a la prospección de recursos, inventario de recursos terrestres y ordenamiento territorial; a la promoción científica y tecnológica; a la realización de seminarios, congresos y talleres de ciencia y tecnología, así como a la promoción y gestión de sistemas de calidad total y de evaluación tecnológica.

4. Proyectos de innovación que incorporen tecnología, creación, generación, apropiación y adaptación de la misma, así como la creación y el apoyo a incubadoras de empresas, a parques tecnológicos y a empresas de base tecnológica.

5. Transferencia tecnológica que comprende la negociación, apropiación, desagregación, asimilación, adaptación y aplicación de nuevas tecnologías nacionales o extranjeras.

6. Cooperación científica y tecnológica nacional e internacional".

22. Cfr. Diccionario Word Reference, consultable en la página web <http://www.wordreference.com/es/en/translation.asp?spen=financiar>. Consultada el 10 de marzo de 2017.

23. Cfr. Diccionario de la Real Academia española -RAE-, consultable en la página web <http://dle.rae.es/?id=HxglZu>. Consultada el 10 de marzo de 2017.

24. Cfr. Diccionario Word Reference, consultable en la página web <http://www.wordreference.com/es/en/translation.asp?spen=financiar>. Consultada el 10 de marzo de 2017, cit.

25. Teniendo en cuenta que en la liquidación debe efectuarse el corte de cuentas para saber quién debe a quién.

26. De acuerdo con lo informado por COLCIENCIAS, aproximadamente el 90% de los contratos de financiamiento celebrados por la entidad y sobre los cuales recae de manera especial la presente consulta, corresponden a esta modalidad de financiamiento.

27. Ibíd., p. 432.

28. Cfr. *Manual para la celebración de convenios*, versión 1.0, código M14 - 1011-001, emitido por la Dirección Jurídica del SENA en el año 2014.

29. Circular Externa No 6 del 27 de septiembre de 2012.

30. Así, CHÁVEZ MARÍN, A. R., cit, p. 433.

31. En sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de fecha 16 de septiembre de 2010, Exp. 16605, se señaló: "La referencia conceptual más descriptiva de los contratos de administración delegada es la que contenían los Estatutos de Contratación Pública - Decretos 1518 de 1965 (art. 5), 150 de 1976 y 222 de 1983, este último derogado por el artículo 81 de la Ley 80 de 1993, que presentan dicha forma contractual como modalidad del contrato de obra pública asociada a la forma como se remunera al contratista, en la que la obra es ejecutada por cuenta y riesgo de la entidad contratante, pero a través de un contratista que sólo es delegado o representante de aquél, a cambio de unos honorarios previamente pactados. Se creó entonces el concepto dentro del contexto de la actividad edificadora, que en el régimen de la Ley 80 de 1993 pasó a condensarse en los contratos de obra para la realización de cualquier trabajo material sobre bienes inmuebles, advirtiéndose que en los celebrados a través de licitación o concurso público, la interventoría debe contratarse con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, llamado a responder por los hechos u omisiones que le fueren imputables (art. 32, No. 1). Esta concepción legal en materia de contratación estatal, resulta útil a la hora de examinar los contratos celebrados entre particulares bajo la denominación de "Administración Delegada", dada la inexistencia de normas civiles que los tipifiquen. De acuerdo con ello, entiende la Sala que a través de ese tipo de contratos se adquieren los servicios de alguien capacitado y calificado para que construya, mantenga, instale o realice cualquier trabajo material dirigido a ejecutar la obra materia del contrato, en nombre de quien lo contrata. El contratante es el dueño de la obra, y el administrador delegado sólo se encarga de ejecutarla, asumiendo su buen resultado, como director técnico de la misma, poniendo al servicio del contrato toda su capacidad, y sin los riesgos propios del contratista independiente, como los originados en las fluctuaciones económicas, la inexperiencia o bajo rendimiento del personal contratado, o las fallas de los equipos utilizados. Como tal, el contrato abarca dos grupos de obligaciones principales, las propias del contrato de "arrendamiento para la confección de una obra material", regulado por los artículos 2053 a 2062 del Código Civil, cuyo objeto principal es la ejecución de la obra contratada dentro de las especificaciones y los plazos convenidos; y las que atañen a las relaciones establecidas entre el propietario y el constructor en lo que concierne a la administración de los fondos que deben invertirse para la ejecución de dicha obra, regidos por las normas del Código Civil que regulan el contrato de mandato (arts. 2142 a 2199), en cuanto no pugnen con las estipulaciones hechas por los contratantes y con las características especiales del contrato. Frente a cada una de ellas el constructor asume responsabilidades correlativas. En términos generales, conforme con la naturaleza misma del contrato, el contratante debe determinar Concepto Sala de Consulta C.E. 00102 de 2017 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

claramente la obra a ejecutar; suministrar al contratista todo lo necesario para el cumplimiento de sus funciones, como fondos económicos, o, si se pactaron, bienes muebles e inmuebles; y remunerar al administrador en la forma y períodos convenidos. A su vez, el contratante toma bajo su responsabilidad la dirección técnica de la obra, según las cláusulas contractuales; maneja los fondos que le entrega el contratante para la ejecución, invirtiéndolos en la forma que indique el contrato y rindiendo cuentas pormenorizadas, detalladas y documentadas sobre su manejo; conservar y devolver en buen estado los bienes que hubiere recibido para la ejecución del contrato, salvo el deterioro natural; escoger y elegir trabajadores necesarios para realizar la obra y pagarles los salarios y prestaciones sociales que correspondan, con los dineros suministrados por el contratante, actuando como intermediario de éste; subcontratar; pagar las indemnizaciones por los daños que la ejecución cause a terceros, por su culpa descuido o negligencia o por la del personal que contrató; y pagar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato".

32. BUENO ARMijo. A. *El concepto de subvención en el ordenamiento jurídico español*. Bogotá, 2013, pp. 67 - 68, con citación de bibliografía anterior.

33. Con relación al concepto de anticipo en los contratos estatales, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha reseñado su calidad de "préstamo" para el contratista, lo cual implica, según la definición de mutuo del Código Civil y el carácter de bien fungible del dinero, la obligación del contratista de restituir el mismo género y la misma cantidad recibida. Sin embargo, para la Sala, como se expondrá, no resulta suficiente respaldar los efectos jurídicos del anticipo a partir de su tipificación como una modalidad de "préstamo", pues la fundamentación jurídica de la entrega de los dineros por parte de la entidad de fomento al contratista, está determinada por su destinación específica, lo que determina su carácter objetivo funcional de recurso público.

34. Como ha sido afirmado ampliamente por la jurisprudencia del Consejo de Estado, los anticipos se configuran como recursos que la entidad contratante entrega al contratista, incluso antes de la ejecución del contrato, con el objetivo de financiar los costos en que éste debe incurrir para iniciar la ejecución del objeto contractual y no como pago de los trabajos o labores realizadas; de ahí que los mismos se distingan de la figura del pago anticipado, donde los recursos entregados al contratista si están llamados a extinguir -aunque de manera anticipada- la obligación de la parte contratante frente al contratista y, por lo tanto, entran inmediatamente a su patrimonio. En este sentido pueden consultarse las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 13 de septiembre de 1999 (Exp. 10.607); de 22 de junio de 2001 (Exp. 13.436) y de 29 de enero de 2004, Exp. 10.779.

35. Cfr. Sentencia del Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 5 de julio de 2006. Exp. 24812., en la que se controvierte que el anticipo pueda considerarse como un préstamo, o mutuo de dinero, y aún su diferencia con el pago anticipado.

36. Excepción hecha de los contratos de obra, concesión, salud o los que se realicen por licitación pública, para los cuales la Ley 1474 de 2011 cambió drásticamente el esquema, con la previsión de la obligación de constituir una fiducia o patrimonio autónomo para garantizar el buen manejo del anticipo (art. 91).

37. Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado. Sentencia del 8 de agosto de 2001 (AC-10966 y AC-11.274).

38. Cfr. Consejo Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2008. Rad. 1881.

39. Caracterización de financiación o de préstamo que nada agrega al tema.

40."(...) el Estado promoverá la investigación y la transferencia de tecnología para la producción de alimentos y materias primas de origen agropecuario, con el propósito de incrementar la productividad". (Inciso 2 del art. 65).

"El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá condiciones especiales para su desarrollo". (inciso 3 del art. 69).

"El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación". (Aparte final del inciso 2 del art. 70).

"La búsqueda del conocimiento y la expresión artística son libres. Los planes de desarrollo económico y social incluirán el fomento a las ciencias y, en general, a la cultura. El Estado creará incentivos para personas e instituciones que fomenten las ciencias y la tecnología y las demás manifestaciones culturales y ofrecerá estímulos especiales a las personas e instituciones que ofrezcan estas actividades". (Art. 71).

41. "Artículo 4º. Principios y criterios de la actividad de fomento y estímulo. Los principios y criterios que regirán el fomento, desarrollo y fortalecimiento de la ciencia, la tecnología y la innovación, así como las actividades de investigación que realicen los organismos y entidades de la administración pública, serán los siguientes:

1. Evaluación. Los resultados de las actividades de investigación y desarrollo tecnológico que sean objeto de fomento, apoyo o estímulo, en términos de esta Ley, serán evaluados y se tomarán en cuenta para el otorgamiento de apoyos posteriores.

2. Participación en la toma de decisiones. Las comunidades científicas y los sectores sociales y productivos participarán en la formulación y en la determinación de las políticas generales en materia de ciencia, tecnología e innovación, en los temas que determine el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación -Colciencias-.

3. Descentralización. Los instrumentos de apoyo a la ciencia, la tecnología y la innovación deben ser promotores de la descentralización territorial e institucional, procurando el desarrollo armónico de la potencialidad científica y tecnológica del país, buscando así mismo, el crecimiento y la consolidación de las comunidades científicas en los departamentos y municipios.

4. Revisión y actualización. Las políticas y estrategias de apoyo al desarrollo científico, tecnológico y de innovación, deben ser periódicamente revisadas y actualizadas, de manera que impacten el aparato productivo nacional.

-
5. Transparencia. Las instituciones, programas, proyectos y personas objeto de apoyo, se podrán seleccionar mediante convocatorias públicas, basadas en criterios de mérito y calidad.

-
6. Continuidad, oportunidad y suficiencia. El apoyo a las actividades científicas, tecnológicas e innovadoras debe ser continuo, oportuno y suficiente para garantizar su crecimiento y sostenibilidad.

7. Divulgación. Las instituciones pertenecientes al Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación -SNCTI- que reciban apoyo del Gobierno Nacional, deben dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 29 de 1990 y divulgar los resultados de sus investigaciones y desarrollos tecnológicos y de innovación, sin perjuicio de los derechos de propiedad intelectual correspondientes, y de la información que, por razón de su naturaleza, tenga carácter de reserva.

8. Protección. El Estado promoverá el desarrollo de políticas e instrumentos para administrar, evaluar, proteger y reconocer la propiedad intelectual de los desarrollos en ciencia, tecnología e innovación". (Subraya la Sala).

42. Cabe precisar que dentro de los contratos de ciencia y tecnología a los que hace referencia el art. 24 de la Ley 80 de 1993 deben entenderse incluidos los *convenios especiales de cooperación*, toda vez que la norma no hace distinción entre contratos y convenios y por el contrario, parece estar haciendo referencia a todos aquellos negocios que tienen como objeto el desarrollo de actividades de ciencia, tecnología e innovación.

43. Cfr. Corte Constitucional en la Sentencia C-316 del 13 de julio de 1995.

Concepto Sala de Consulta C.E. 00102 de 2017 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

44. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del once (11) de febrero de dos mil nueve (2009). Rad. número: 25000-23-31-000-2000-13018-01 (16653). M.P. Ruth Stella Correa.

45. Se trata de tipologías contractuales que, como ya se analizó, fueron reducidas por el art. 81 de la Ley 80 de 1993, a los contratos de financiamiento, de administración de proyectos y a los convenios especiales de cooperación.

46. El artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 prevé que la escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

"(...) 4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

(...) Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas;

47. Cfr. entre otras, Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de julio de 2013. Exp. 46112. M.P. Hernán Andrade Rincón.

48. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 31 de octubre de 2001. Exp. n. 1365.

49. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 20 de septiembre de 2007, Exp. n.º 16.370.

50. Así se desprende de una interpretación gramatical y lógica del art. 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 217, Decreto 0019 de 2012, que establece lo siguiente: “[I]os contratos de trato sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación”; sin embargo, “[I]a liquidación (...) no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión”.

51. Cabe recordar que el Decreto-ley 222 de 1983 no precisó el término dentro del cual debía agotarse la etapa de liquidación del contrato, vacío legal que colmó la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación en el sentido de indicar que las partes tenían cuatro (4) meses para hacerla de mutuo acuerdo a partir del vencimiento del plazo de ejecución del contrato o dentro del término por ellas acordado. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 29 de enero de 1988, Exp. n.º 3615. Posteriormente, la Sección Tercera del Consejo de Estado también señaló que la administración debía proceder a liquidar unilateralmente el contrato dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento de los términos para hacer la liquidación de mutuo acuerdo. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 11 de diciembre de 1989, Exp. 5334.

En esta línea jurisprudencial, el Consejo de Estado advirtió que en relación con los contratos que se encontraban sometidos al Decreto 222 de 1983, si bien no había un término legal expreso para la liquidación de los contratos, los plazos para que se hiciera la liquidación bilateral o unilateral eran los siguientes: “[C]uatro meses para intentar la liquidación bilateral, si lo anterior no se hace la administración cuenta con un plazo de dos meses para que realice la liquidación unilateral -para un total de seis meses-, y si esto tampoco se realiza a partir de allí se cuentan los dos años de caducidad de la acción.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de noviembre 10 de 2005, Exp. n.º 13.748.

Por su parte, estos lineamientos fueron recogidos por la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en sus artículos 60 y 61 (originales), y la Ley 446 de 1998, en su artículo 44, numeral 10, letra d), que modificó el artículo 136 del C.C.A.

52. Esta norma fue sustituida por el art. 164 del CPACA (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

53. "Artículo 309. Derogaciones. Deróguense a partir de la vigencia dispuesta en el artículo anterior todas las disposiciones que sean contrarias a este Código, en especial, el Decreto 01 de 1984, el Decreto 2304 de 1989, los artículos 30 a 63 y 164 de la Ley 446 de 1998.

54. "Artículo 136. Caducidad de las acciones 10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará 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 caducidad se contará así... c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años contados desde la firma del acta; d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;".

55. Es importante tener en cuenta que, en ausencia de alguna de las modalidades de liquidación dentro del término inicial¹¹, o sea, pasados los primeros seis (6) meses que señala la ley, el contratista está en libertad de solicitar su liquidación judicial dentro de los dos (2) años que se establecen para demandar en tiempo en ejercicio del medio de control de controversias contractuales (art. 141 CPACA).

56. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de mayo de 1999, Exp. n.º 10.196.

57. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 15 de abril de 2010, Exp. n.º 18.292.

58. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de mayo de 2014, Exp. n.º 23.788.

59. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de marzo de 2011, Exp. n.º 15.935.

60. "Artículo 81. El artículo 61 de la Ley 23 de 1991, quedará así: (...) Parágrafo 2o. No habrá lugar a conciliación cuando la correspondiente acción haya caducado." Incorporado en el artículo 63 del Decreto 1818 de 1998, Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.

61. Cfr. HINESTROSA. F. *Tratado de las Obligaciones*. Bogotá, 2008, p. 883, y nota 154.

62. Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 5 de diciembre de 2006. Exp. 13750. M.P. Ruth Stella Correa.

63. Cfr. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto Rad. No 1435, del 6 de agosto de 2003.

64. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 30 de agosto del 2001. Exp. No. 16.256.

65. La síntesis de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado en esta materia se encuentra expuesta por la Sección Tercera del Consejo de Estado, Sentencia del 3 de Diciembre de 2008, Rad. No 080012331000200708600.

66. Esta norma entró en vigencia el 8 de julio de 1998.

67. Cfr. Auto del 12 de noviembre de 1998. Rad. No 15.299; criterio reiterado en las providencias del 13 de noviembre de 2003. Rad. No 23.111

y del 11 de octubre de 2006. Rad. No 30.566.

68. En este sentido Cfr. Consejo de Estado, Sentencia de la Sección Tercera del 3 de Diciembre de 2008, Rad. No 080012331000200708600. Cit.

69. Art. 164 del CPACA, literal k).

70. Mediante el cual se reglamente el parágrafo 4º del artículo 163 de la Ley 1753 de 2015, en el cual se señala que en los eventos en que la cartera sea de imposible recaudo por la prescripción o caducidad de la acción, por la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo que le dio origen o por la inexistencia probada del deudor o su insolvencia demostrada y por tanto no sea posible ejercer los derechos de cobro, o bien porque la relación costo-beneficio al realizar su cobro no resulta eficiente, las entidades públicas ya señaladas, podrán realizar la depuración definitiva de estos saldos contables, realizando un informe detallado de las causales por las cuales se depura y las excluirá de la gestión, para lo cual el Gobierno Nacional reglamentará la materia.

71. “ARTÍCULO 2.5.6.3. *Cartera de imposible recaudo y causales para la depuración de cartera.*-No obstante las gestiones efectuadas para el cobro, se considera que existe cartera de imposible recaudo para efectos del presente Título, la cual podrá ser depurada y castigada siempre que se cumpla alguna de las siguientes causales:

-
a. Prescripción.

-
b. Caducidad de la acción.

c. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo que le dio origen.

d. Inexistencia probada del deudor o su insolvencia demostrada, que impida ejercer o continuar ejerciendo los derechos de cobro.

e. Cuando la relación costo-beneficio al realizar su cobro no resulta eficiente”.

(Subraya la Sala)

72. Art. 6 de la Ley 610 de 2000.

73. Art. 1 y 3 de la Ley 610 de 2000.

74. En este sentido Cfr. DÁVILA VINUEZA, L.G. *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Bogotá, 2016., p. 786., con una visión crítica de la línea seguida en muchas ocasiones en los procesos de responsabilidad fiscal contra los contratistas, en relación con las sumas de dinero recibidas por concepto de contraprestación de los bienes o servicios prestados a la administración, los cuales no encuadran dentro del concepto de manejo de los recursos oficiales, ni del manejo de recursos públicos.

75. La gestión fiscal ha sido definida por el art. 3 de la Ley 610 de 2000 así: “*Gestión fiscal. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos*, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales”. (Subraya la Sala).

76. Esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-836 de 2013.

77. En especial el tipo penal de fraude a subvenciones incorporado en el art. 403-A del Código Penal colombiano, a través de la Ley 1474 de 2011.

78. Cfr. HINESTROSA. F. Cit. 872.

79. Ley 472 de 1998. Artículo 4º.- *Derechos e Intereses Colectivos*. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:

a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;

b) La moralidad administrativa;

c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;

d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;

e) La defensa del patrimonio público;

f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación;

(...)".

80. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 19 de febrero de 2004, Exp. 2002-559, M.P. Rafael Ostau de Lafont Planeta.

81. Cfr. PIMENTO ECHEVERRI, Julián Andrés. Les biens d'usage public en droit colombien. Tesis doctoral defendida en la Université Panthéon - Assas en el mes de mayo 2011. Pág. 345.

82. *Ibídem*.

83. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 8 de junio de 2011, Exp. AP-540.

84. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de febrero de 2006. Exp. AP - 1594 de 2001.

M.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

86. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 31 de mayo de 2002. Exp. 13601. M.P.: Ligia López Díaz.

87. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 2007. Exp. AP 2004-00413. M.P.: Mauricio Fajardo Gómez. *Cfr.* Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 21 de mayo de 2008. Exp. 01423-01.

Fecha y hora de creación: 2026-01-15 08:27:56