

MEMORANDO



20151100014133

SEGEL

Bogotá, D.C., 10-02-2015

PARA: Dr. **YESID OJEDA PAPAGAYO**
Director de Desarrollo Tecnológico e Innovación (E)

DE: Dra. **LILIANA MARÍA ZAPATA BUSTAMANTE**
Secretaria General

ASUNTO: Respuesta a memorando interno No. 20154400001353 del 06-01-2015 /
Solicitud de concepto jurídico.

Cordial saludo Doctor Ojeda Papagayo,

Acuso recibo de su memorando interno de la referencia, a través del cual solicitó de esta dependencia la emisión de un concepto jurídico en relación con la rendición de cuentas por parte de las instituciones aliadas de la iniciativa Apps.Co y, en consecuencia, procedo a emitir el pronunciamiento solicitado con base en los siguientes:

ANTECEDENTES:

En la fecha citada en el párrafo anterior, se recibió en esta Secretaría General el memorando interno de la referencia, en el que en términos puntuales se solicitó lo siguiente:

"...Como resultado de un proceso de revisión de los posibles escenarios que se presentan en la rendición de cuentas de las instituciones aliadas de la iniciativa Apps.Co y para la elaboración de los informes financieros que deben presentar las instituciones aliadas sobre las ejecuciones, surgen dudas al respecto de algunas situaciones del informe de uso de estos recursos, que respetuosamente sometemos a su consideración con el ánimo de aclarar y tener informes presentados lo más claros posibles para que el proceso tenga la claridad de información como debe mantenerse (sic); dichas consultas fueron elevadas previamente a la Dirección de Recursos y Logística, de quien anexamos las respuestas respectivas tanto en este memorando, como en los documentos anexos al mismo:

1. Como parte de los apoyos que se otorgan a los beneficiarios de la iniciativa Apps.Co dentro del marco del Convenio 498 de 2010, se da a los emprendedores un apoyo

Recibido
10 feb 2015
13:15
Cmz
14:29

económico que se conoce como eventualidades, entendiéndolo que estos emprendedores tienen que desplazarse hasta los lugares en donde se realizan los talleres y las mentorías de emprendimiento del programa; esto (sic) implica una dedicación de tiempo y recursos de estos emprendedores, que tiene un reconocimiento; la pregunta es:

¿Si para este reconocimiento debe haber un documento que soporte la entrega este (sic) apoyo económico de eventualidades como una cuenta de cobro y cuáles serían las condiciones adecuadas que cumplan (sic) todos los requerimientos, tanto tributarios como contables, y demás condiciones de ley para poder entregar de forma adecuada estos apoyos económicos de eventualidades?

En este caso la respuesta de la Dirección de Recursos y Logística fue como sigue:

"1. Con el fin de reconocer el apoyo económico que se da a los emprendedores para la presentación del informe financiero y de acuerdo con los formatos establecidos por Colciencias para tal fin, es necesario que se relacione el comprobante de pago, el monto, beneficiarios y fecha de pago. En cuanto a aspectos tributarios y contables, es responsabilidad de cada una de las entidades aliadas adelantar las gestiones que corresponda, acorde con el manejo que se le da a los mismos en cada una de ellas."

Bajo estas consideraciones y entendiéndolo que los apoyos que se otorgan a los emprendedores se dan por la dedicación de los tiempos de emprendimiento, respetuosamente solicitamos aclaración sobre: ¿cuál debe ser el concepto que los emprendedores debe usar al entregar al entregar las cuentas de cobro, para recibir estos apoyos que sea acorde con este concepto (sic) y de forma que se tenga uniformidad para la retención en la fuente de estas cuentas de cobro en todas las instituciones, (sic) además de que para efectos de la retención en la fuente se tienen una variedad de conceptos bajo los cuales se puede pasar la cuenta de cobro?

2. En los convenios especiales de cooperación que han generado rendimientos financieros como resultado de los recursos entregados a instituciones aliadas, administradoras de proyectos o ejecutoras de convenios ¿dichos rendimientos pueden ser reinvertidos en el mismo convenio o deben ser reintegrados a una cuenta de la fiduciaria que maneja el FFJC?

En este caso la respuesta que recibimos de la Dirección de Recursos y Logística fue como sigue:

"2. Dependiendo del tipo de contratación y de lo señalado en cada uno de los convenios, se debe dar cumplimiento a lo establecido en los mismos.

En el caso de que los recursos entregados sean en la modalidad de recuperación contingente, la relación única e inicial es de entrega no reembolsable de recursos como apoyo o incentivo económico, entrega que comporta ejecución presupuestal, existiendo la posibilidad de que surja un mutuo mercantil en el evento en que se den las condiciones para recuperar, total o parcialmente, los recursos entregados. En consecuencia, los rendimientos financieros de los recursos entregados inicialmente como apoyo económico y eventualmente a partir de determinado momento, a título de mutuo, pertenecen a la contraparte.

Por lo anterior, no es procedente solicitar el reintegro de los rendimientos a los beneficiarios de los recursos, para el caso en que se entreguen en la modalidad de recuperación contingente.

Si en los convenios a que hace mención en su comunicado no se dejó estipulada ninguna cláusula al respecto y no corresponden a la modalidad de recuperación contingente, comedidamente le solicito elevar la consulta a la Secretaría General."

Como efectivamente en los convenios no se incluyó una cláusula al respecto del manejo de los rendimientos de los recursos entregados a estas instituciones aliadas, elevamos la consulta a la Secretaría General con el ánimo de aclarar la situación en el caso de estos convenios especiales de cooperación que tienen aportes de contrapartida de parte de los ejecutores (institucionales aliadas)..."

Como se anunció en la propia solicitud de concepto, la misma estuvo mediada por un requerimiento previo en idéntico sentido elevado a la Dirección de Recursos y Logística de este departamento administrativo y que fue atendida mediante el memorando interno radicado bajo el número 20142230103293 del 2 de diciembre de 2014. En la citada comunicación oficial se dio respuesta a cada una de las interrogantes planteadas por la Dirección de Desarrollo Tecnológico e Innovación, dejando solamente una pendiente de complementación, lo que conlleva que el presente concepto jurídico solamente habrá de ocuparse de la inquietud que la primera de las dependencias mencionadas sugirió escalar a esta Secretaría General, esto es, la relativa al manejo de los rendimientos financieros para los convenios especiales de cooperación que no correspondan a la modalidad de recuperación contingente y en los que no se hayan acordado expresamente cláusulas en ese sentido.

TESIS Y MARCO JURÍDICO APLICABLE:

1.- La competencia y demás cuestiones preliminares:

De conformidad con lo previsto en los numerales 3, 4, 9 y 10 del Decreto 1904 de 2009 "Por medio del cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – Colciencias y se dictan otras disposiciones", en materia de conceptualización y doctrina jurídicas, corresponde a la Secretaría General el ejercicio de las siguientes competencias específicas: (i) orientar a los actores del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación – SNCTel – en la interpretación de la normatividad de CTel; (ii) asesorar al Director General, al Subdirector General, a las Direcciones y Oficinas en la interpretación de la normatividad; (iii) dirigir las acciones necesarias para la compilación de normas jurídicas, jurisprudencia, doctrina, procedimientos y demás información relacionada con la legislación en CTel y velar por su actualización y difusión; y, (iv) emitir concepto sobre los asuntos jurídicos relacionados con las funciones del departamento administrativo.

La anterior norma debe leerse en conjunto con lo preceptuado en el artículo 25 del Decreto 01 de 1984 (marco jurídico aplicable hasta tanto no haya sido expedida la Ley Estatutaria del derecho de petición – Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de fecha 28 de enero de 2015. Radicación: 11001-03-06-000-2015-00002-00)¹, a propósito del alcance jurídico de los conceptos que emiten las autoridades administrativas, los cuales carecen – esa es la regla – de carácter vinculante u obligatorio,

¹ Ver, al efecto, la Circular Interna No. 001 del 30 de enero de 2015, expedida por la Secretaría General de COLCIENCIAS.

tanto en lo que corresponde a la administración, como en lo que atañe al peticionario interesado y a los administrados en general, lo cual indica que esta especial forma de intervención del aparato estatal no fue concebida, en principio (aunque en la mayoría de los casos los riesgos asociados a la toma de decisiones terminan por convertir a los conceptos jurídicos en insumos pertinentes y casi que necesarios para adoptarlas), para atender situaciones particulares y concretas, las cuales deben desatarse a través de la expedición de los respectivos actos administrativos creadores, modificatorios o extintivos de derechos y/o de obligaciones.

Es claro entonces que los conceptos que emite la Secretaría General en ejercicio de las funciones que le fueron asignadas en el Decreto 1904 citado, en cualquier caso, involucran una visión jurídica general o de contexto en la aplicación del marco normativo que rige para determinado asunto de la órbita de COLCIENCIAS o del catálogo funcional al que se encuentran sometidas cada una de las dependencias que conforman el departamento administrativo, pero de ninguna manera implican un pronunciamiento directo y de fondo, generador de efectos jurídicos individuales, pues eso equivaldría a usurpar las competencias que les fueron asignadas a las demás dependencias y funcionarios encargados de la ejecución de actividades misionales y de apoyo a la gestión en el sector administrativo de la CTeI.

Por lo mencionado, es necesario reiterar que el presente documento no pretende abordar la situación esbozada desde el punto de vista de su peculiaridad y/o especificidad, ni conlleva, como se dijo, un pronunciamiento de fondo en el sentido de señalar las condiciones obligatorias que deberían rodear la presentación de cuentas de cobro por parte de la instituciones aliadas de la iniciativa Apps.Co o sobre el deber ser del manejo de los rendimientos financieros derivados de los convenios y contratos suscritos con éstas, pues tales determinaciones son del resorte exclusivo de otras dependencias, como en este caso, de la Dirección de Recursos y Logística², a quien precisamente se acudió en procura de obtener respuesta a las inquietudes replicadas en la solicitud de concepto direccionada a esta Secretaría General.

Llegados a este punto, debe llamarse poderosamente la atención de la Dirección de Desarrollo Tecnológico e Innovación, en el sentido de que una adecuada utilización de dicha herramienta de gestión no puede llevar a concitar al mismo tiempo el pronunciamiento de dos áreas diferentes de la entidad sobre un mismo punto de hecho o de derecho pues ello, además de que podría suscitar escenarios de contraposición de posturas, que sólo sería posible resolver atendiendo al criterio funcional y al criterio jerárquico (colisiones de competencias administrativas), resulta contrario a varios de los principios de la función administrativa, especialmente los de economía, eficacia, celeridad y eficiencia, consagrados en los artículos 3° de la Ley 1437 de 2011 y 209 de la Constitución Política de Colombia.

² Decreto 1904 de 2009. Artículo 13 (...) 4. Gestionar los recursos financieros confiados al Departamento, optimizándolos y verificando que los procesos de presupuesto, registro, contabilidad y giro se realicen de manera eficiente y de conformidad con las normas vigentes.

En claro lo anterior, sólo restar precisar en consecuencia que el presente concepto jurídico se limitará a pronunciarse en relación con la última de las inquietudes reseñadas en la solicitud y conforme el alcance interpretativo que se le asignó en la respuesta brindada por la Dirección de Recursos y Logística, esto es: *¿cuál es el tratamiento que debe darse al manejo de los rendimientos financieros causados en los convenios especiales de cooperación que no respondan a la modalidad de recuperación contingente y en los que nada se convino entre las partes sobre ese particular?*

2.- Análisis del caso concreto.

Sobre el punto, es necesario tener presente que a lo largo del año 2014 se expidieron varios conceptos jurídicos relacionados con el asunto y cuyas conclusiones bien vale la pena citar para ilustrar el presente análisis:

- Memorando interno No. **20141100081133** de fecha 15 de octubre de 2014:

“...PROBLEMA JURÍDICO:

Entre Colciencias y el Sena están adelantando gestiones para suscribir un convenio (...) en el que ha estado en discusión por parte del Sena la propiedad de los rendimientos financieros, toda vez que el Sena considera que los rendimientos deben devolverse a dicha entidad a la finalización del plazo del convenio o en su defecto invertirse en su totalidad en el convenio mismo.

TESIS JURÍDICA:

1. Marco Legal del Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, Francisco José de Caldas.

La Ley 1286 de 2009 creó el Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, Fondo Francisco José de Caldas, a cargo de Colciencias, cuyos recursos serían administrados a través de un patrimonio autónomo.

El artículo 22 de la norma ya citada crea “...el Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, Fondo Francisco José de Caldas, a cargo del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – Colciencias – cuyos recursos serán administrados a través de un patrimonio autónomo. Para estos efectos, el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – Colciencias – celebrará un contrato de fiducia mercantil previa licitación pública.”

Para estos efectos, Colciencias celebró el contrato de fiducia mercantil No. 401 de 2014 con la Fiduciaria Bogotá para la administración del Fondo.

El artículo 24 de la Ley en mención establece que son recursos del Fondo: “...5. Los rendimientos financieros provenientes de la inversión de los recursos del patrimonio autónomo.”

Así mismo, el numeral 2 ibídem consagra que los recursos del Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, Fondo Francisco José de Caldas, serán los siguientes: “Los recursos que las entidades estatales destinen al Fondo para la financiación de actividades de Ciencia, Tecnología e Innovación.”

POSICIÓN DE COLCIENCIAS:

Varias son las conclusiones a las que se arriba después de revisar al (sic) normatividad que rige al Fondo Francisco José de Caldas.

- ✓ Los recursos transferidos al patrimonio autónomo Francisco José de Caldas se entienden ejecutados con su entrega a la Fiduciaria, porque al entrar al patrimonio de la Fiducia, pasan a ser de su propiedad. (numeral 2° del artículo 24 de la Ley 1286 de 2009)
- ✓ Los rendimientos financieros, por extensión, son del Fondo. (numeral 5° del artículo 24 de la Ley 1286 de 2009)
- ✓ En ningún evento, los recursos del Fondo podrán destinarse a financiar el funcionamiento del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – Colciencias – ni de ninguna otra entidad pública.

Es preciso señalar que por jerarquía normativa, prevalece la norma contenida en el numeral 2° del artículo 24 de la Ley 1286 de 2009 que determina que son recursos del Fondo los "que las entidades estatales destinen al Fondo para la financiación de actividades de ciencia, tecnología e innovación", sobre cualquier interpretación o reglamentación de cualquier entidad pública.

En ese orden de ideas y toda vez que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, forzoso es concluir que los rendimientos financieros de dichos aportes, por ende, pertenecen al Patrimonio Autónomo del Fondo Francisco José de Caldas por expresa disposición legal, siendo en consecuencia imposible devolverlos al Sena.

De acuerdo con lo expuesto, se concluye que como los rendimientos financieros son del Fondo, la decisión de su utilización es de Colciencias como único Fideicomitente del Fondo, de acuerdo con el parágrafo 2 del artículo 22 de la Ley 1286 de 2009.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anotado, Colciencias aceptó en el proceso de negociación para suscribir el Convenio con el Sena, revertir el 50% de los rendimientos financieros que se llegaren a producir, en actividades propias de su objeto, de conformidad con lo definido por el Comité Coordinador del Convenio. Lo antecedente para evidenciar la intención de Colciencias de contribuir de manera eficiente a la firma del Convenio y porque la utilización de éstos rendimientos en actividades de CTel está plenamente permitida en el marco de esta clase de negocios jurídicos.

Debo aclarar de igual forma que la decisión de invertir hasta este porcentaje los rendimientos financieros en actividades de CTel propias de un convenio, es posición unificada de Colciencias adoptada desde la alta dirección, debiendo aclarar que ninguna instancia puede adoptar determinaciones en contra de las previsiones normativas, pues no es posible bajo el actual esquema legal, disponer de los rendimientos financieros para devolverlos, en tanto que son recursos que conforman el Patrimonio del Fondo y que están dispuestos para la financiación, no de Colciencias, sino de actividades de CTel del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, que incluye a todos sus actores.

En conclusión y tal y como lo hemos afirmado en otros momentos ante otras instancias públicas, independientemente del título jurídico en virtud del cual ingresen recursos de

propiedad de las entidades estatales al Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, Fondo Francisco José de Caldas, los rendimientos financieros producidos por los dineros que ingresen al Fondo y por ende, pasen a ser de su propiedad, pertenecerán por mandato legal al patrimonio autónomo donde se administran los recursos del Fondo, no siendo posible alegar titularidad sobre dichos recursos porque ésta se perdió en el momento en que se adoptó la decisión de transferir los recursos al Fondo... (subrayas no originales)

- Memorando interno No. 20141100089243 de fecha 7 de noviembre de 2014:

“...1. RENDIMIENTOS FINANCIEROS / Concepto.

En términos contractuales, el concepto de “rendimientos financieros”, se define desde la relación concreta existente entre los recursos invertidos y el lucro obtenido luego de la ejecución de las obligaciones del contrato o convenio, siendo éstos el resultado de un cálculo que se realiza tomando la inversión realizada y la utilidad generada luego de un período de ejecución.

(...)

2. CASO CONCRETO / Convenio Especial 540 de 2012.

En lo que alude al Convenio Especial de Cooperación 540 de 2012, el concepto de rendimientos financieros hará referencia a los recursos estipulados en la cláusula denominada “VALOR DE LOS APORTES Y DESEMBOLSO” y sus correspondientes adiciones en dinero, frente a lo reportado como utilidad ante el respectivo Comité Técnico.

3. MARCO JURÍDICO / Convenio Especial de Cooperación.

El artículo 1° del Decreto 393 de 1991, en su numeral 2°, establece como modalidad de asociación el convenio especial, así:

“Artículo 1. MODALIDADES DE ASOCIACIÓN. Para adelantar actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías, la Nación y sus entidades descentralizadas podrán asociarse con los particulares bajo dos modalidades:

(...) **2. Mediante la celebración de convenios especiales de cooperación**” (Negrillas y subrayas por fuera del texto original de la norma)

El artículo 2° establece los propósitos de la asociación, en sus dos modalidades.

“Artículo 2°. PROPÓSITOS DE LA ASOCIACIÓN. Bajo cualquiera de las modalidades previstas en el artículo anterior, la asociación podrá 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 tecnologías 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.

2

- 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.

Más adelante en esta misma norma, se delimitan los propósitos específicos de este tipo de modalidad de asociación y se establecen las reglas de su ejecución:

Artículo 6. CONVENIO ESPECIAL DE COOPERACIÓN. Para adelantar actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías, la Nación y sus entidades descentralizadas podrán celebrar con los particulares convenios especiales de cooperación, que no darán lugar al nacimiento de una nueva persona jurídica. En virtud de estos convenios, las personas que los celebren aportan recursos de distinto tipo para facilitar fomentar, desarrollar y alcanzar en común algunos de los propósitos contemplados en el artículo segundo.

Artículo 7. REGLAS DEL CONVENIO ESPECIAL DE COOPERACIÓN. El convenio especial de cooperación está sometido a las siguientes reglas:

1. No existirá régimen de solidaridad entre las personas que lo celebren, pues cada una responderá por las obligaciones que específicamente asume en virtud del convenio.
2. Se precisará la propiedad de todos los resultados que se obtengan y los derechos de las partes sobre los mismos.
3. Se definirán las obligaciones contractuales, especialmente de orden laboral, que asumen cada una de las partes.
4. El manejo de los recursos aportados para la ejecución del convenio podrá efectuarse mediante encargo fiduciario o cualquier otro sistema de administración.
5. Estos convenios se registrarán por las normas del Derecho Privado.

(...)

4. TESIS.

De acuerdo con el anterior extracto normativo, es claro que dentro del listado de propósitos y objetivos de los convenios especiales de asociación, se excluye el "lucro" como objetivo directo y formal de dicha modalidad; en consecuencia de tal premisa, no se establecen expresamente parámetros legales que encuadren el uso, apropiación y destinación de los rendimientos financieros obtenidos luego de la ejecución de este tipo de contratos.

En este sentido la norma es clara cuando establece la destinación de los rendimientos financieros provenientes de la utilización de recursos de la Nación.

DECRETO 4730 DE 2005

"Artículo 33. Rendimientos Financieros. Los rendimientos financieros originados con recursos de la Nación, incluidos los negocios fiduciarios, deben ser consignados en la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional en el mes siguiente de su recaudo. Se exceptúan los rendimientos financieros generados con aportes destinados a la seguridad social."

En el anterior entendido, habrá que ceñirse estrictamente al origen de los recursos utilizados al financiar este tipo de contratos para determinar su destinación correcta y no incurrir en conductas que puedan ocasionar una afectación ilegal al erario público.

Los recursos utilizados para la financiación del Convenio Especial de Cooperación 540 de 2012, provienen de la Nación y fueron apropiados por COLCIENCIAS según se estipula en su Cláusula Tercera mediante certificado de disposición presupuestal No. 65912 de 2012, por lo tanto, se seguirá dicha línea de procedencia para establecer la destinación de los recursos y su disposición final.

(...)

5. RESPUESTA.

En concordancia con lo anteriormente expuesto y como respuesta concreta a la cuestión planteada en la solicitud de concepto, referida a la destinación de los rendimientos financieros obtenidos de la ejecución del Convenio Especial de Cooperación 540 de 2012 y la necesidad de utilizar dichos recursos en las actividades relacionadas con el Foro Nacional de Apropiación Social del Conocimiento, nos permitimos conceptuar lo siguiente:

Dentro del marco legal del ejercicio fiscal y presupuestal de los dineros utilizados para la financiación del Convenio Especial de Cooperación 540 de 2012, los rendimientos financieros obtenidos de su ejecución deberán ser devueltos al Tesoro Nacional, a través de consignación a la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional en el mes siguiente de su recaudo, por lo tanto no es posible una utilización ni destinación diferente...

(subrayas no originales); y,

- Memorando interno No. **20141100115323** de fecha 23 de diciembre de 2014, que replicó en sus primeros párrafos las mismas consideraciones iniciales del anterior memorando y que lo adicionó en los siguientes apartados (le resulta complementario):



“...El Decreto 591 de 1991, también se ocupa del tema:

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 2° de este Decreto.

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

1. No existirá régimen de solidaridad entre las personas que lo celebren, pues cada una responderá por las obligaciones que específicamente asume en virtud del convenio.
2. Se precisará la propiedad de todos los resultados que se obtengan y los derechos de las partes sobre los mismos.
3. Se definirán las obligaciones contractuales, especialmente de orden laboral, que asume cada una de las partes.
4. El manejo de recursos aportados para la ejecución del convenio podrá efectuarse mediante encargo fiduciario o cualquier otro sistema de administración.”

Fondo Francisco José de Caldas.

El Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, Fondo Francisco José de Caldas a cargo de COLCIENCIAS, fue creado mediante la Ley 1286 de 2009, estableciendo que los recursos serían administrados mediante patrimonio autónomo:
(...)

Artículo 24. Recursos del Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, Fondo Francisco José de Caldas. Los recursos del Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, Fondo Francisco José de Caldas, serán los siguientes:

1. Los recursos del Presupuesto General de la Nación que se destinen a la financiación de actividades de ciencia, tecnología e innovación y que se hubieren programado en el mismo, para ser ejecutados a través del Fondo.

2. Los recursos que las entidades estatales destinen al Fondo para la financiación de actividades de ciencia, tecnología e innovación.

3. Los recursos provenientes del sector privado y de cooperación internacional orientados al apoyo de actividades de ciencia, tecnología e innovación.

4. Las donaciones o legados que le hagan personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, y entidades internacionales.

5. Los rendimientos financieros provenientes de la inversión de los recursos del patrimonio autónomo.

(...)

(s)e considera que los convenios especiales de cooperación claramente admiten la forma marco, en donde a partir del desarrollo y ejecución de su objeto, se crean acuerdos accesorios o "derivados", cuya finalidad es una extensión del objeto general establecido en los primeros. Bajo el anterior entendido, la entidad a través del patrimonio autónomo Fondo Francisco José de Caldas, dando en administración bajo la figura de la fiducia, suscribe los acuerdos necesarios para desarrollar de manera efectiva sus competencias, atribuciones y obligaciones legales, frente al cumplimiento efectivo de sus objetivos en el fomento de actividades de CTeI.

Bajo el legal requerimiento de que los recursos que las entidades estatales y el sector privado destine al Fondo para la financiación de actividades de ciencia, tecnología e innovación, ingresen a este patrimonio previo la suscripción de un convenio especial de cooperación, se generó la imperiosa necesidad de reglamentar el funcionamiento del Fondo y en lo particular, los recursos derivados de convenios celebrados con entidades públicas o privadas.

(...)

Bajo la salvedad fundamental de que los rendimientos financieros a los que se hace referencia (...) son los provenientes de convenios y/ contratos financiados con recursos provenientes del patrimonio autónomo Fondo Francisco José de Caldas.

(...)

Atendiendo a la ineludible situación de que los recursos consignados en el patrimonio autónomo, cuya destinación sea solventar las prestaciones objeto de las obligaciones establecidas en los convenios generan ganancias desde la relación existente entre lo invertido y el lucro obtenido en calidad de frutos civiles de los recursos, siempre que se entienda como un capital que genera intereses, se presenta la posibilidad de utilizar dichos rendimientos en la financiación de otros convenios, inclusive aquellos que no se deriven del que generó los rendimientos financieros; esta posibilidad se presenta en atención a lo dispuesto por el numeral 5° del artículo 24 de la Ley 1286 de 2009 (...) del cual se infiere que estos recursos ingresan al patrimonio de manera autónoma e independiente de la causa que los generó.

Siguiendo la línea determinada por la norma mencionada, los contratos o convenios para cuyo financiamiento se utilizan rendimientos financieros obtenidos de los recursos originalmente destinados para la subvención de un contrato o convenio cuyo objeto no se encuentra prestacionalmente ligado con el de éstos, existen jurídicamente de manera autónoma e independiente del origen de los recursos con que se financian...".

Conforme con lo visto, es absolutamente claro que el manejo de los rendimientos financieros excluye la posibilidad de apropiación y/o de titulación, más allá de la que corresponde, bien al Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, "Fondo Francisco José de Caldas", para el caso de los contratos y convenios apalancados financieramente con cargo a los recursos provenientes del citado patrimonio autónomo – artículo 24 numeral 5° de la Ley 1286 de 2009 – y con total independencia de que tales compromisos sean sometidos al régimen jurídico del derecho privado, ora a la Nación Colombiana (a través de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público), para el caso de los contratos y convenios financiados con cargo a las partidas presupuestales asignadas a las entidades de derecho público, en cualquiera de los tres niveles de gestión administrativa – artículo 33 del Decreto 4730 de 2005, reglamentario del Estatuto Orgánico de Presupuesto – no

siendo posible, en consecuencia, entregarlos a otros actores, pues ello equivaldría a desconocer la destinación específica de los mismos al financiamiento exclusivo de actividades y proyectos en el sector de la ciencia, la tecnología y la innovación, o de otras necesidades de carácter público en las que el Estado debe intervenir a través de la provisión de bienes y servicios.

La razón de ser es muy sencilla, pues se circunscribe a que la naturaleza jurídica de los citados recursos económicos es eminentemente pública (en ambos casos, tanto en lo que corresponde a los recursos con que se alimenta el Fondo, como a las partidas presupuestales asignadas de manera directa a este departamento administrativo y que se depositen en cuentas que eventualmente generen rendimientos financieros, como sucede, por ejemplo, con los recursos parafiscales de la salud que se trasladan a las EPS), lo que equivale a decir que deben aplicarse de manera exclusiva a la consecución de objetivos que trascienden más allá del simple interés individual, particular o de unos cuantos ciudadanos, por más legítimo que éste sea. Al efecto, basta sólo considerar que el artículo 23 de la Ley 1286 de 2009 otorgó competencia a la Contraloría General de la República para ejercer control fiscal sobre tales dineros, lo que de por sí marca ese rasgo definitorio de su condición.

Y, ya que se trajo a cuento el contexto funcional en el que interviene la Contraloría General de la República, resulta pertinente transcribir lo que ha sido la posición jurídica de la máxima autoridad del control fiscal en el país en lo que corresponde al retorno o manejo de los rendimientos financieros de los recursos ejecutados o comprometidos en contratos y convenios financiados con cargo a Fondos Especiales, o con cargo a las partidas presupuestales asignadas a las entidades estatales en la respectiva ley orgánica. Para el caso, se tienen los Conceptos Jurídicos No. EE15690 de fecha 18 de abril de 2009 y EE0126067 de fecha 16 de octubre de 2013, en los cuales se expresó la siguiente doctrina:

"...Para comenzar es preciso transcribir las normas con las cuales se emitió en su omento el concepto jurídico, es decir, los artículos 101 del Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional y el 29 de la Ley 1169 de 2007, por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y la Ley de Apropriaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2008:

"ARTÍCULO 101. La Dirección del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, elaborará mensualmente un estado de resultados de sus operaciones financieras, con el cual se harán las afectaciones presupuestales correspondientes.

Pertencen a la Nación los rendimientos obtenidos por el sistema de cuenta única nacional, así como los de los órganos públicos o privados con los recursos de la Nación, con excepción de los que obtengan los órganos de previsión social. (L. 179/94, art. 47)"

"ARTÍCULO 29. Los órganos que conforman el Presupuesto General de la Nación deben reintegrar, dentro del primer trimestre de 2008, a la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional, y a sus tesorerías cuando correspondan a recursos propios, los recursos de la Nación, incluyendo los de contrapartida, originados en convenios celebrados con organismos internacionales que no estén amparando compromisos u obligaciones, y

que correspondan a apropiaciones presupuestales de vigencias fiscales anteriores, incluidos sus rendimientos financieros, diferencial cambiario, y demás réditos originados en aquéllos, con el soporte correspondiente."

Obsérvese de las normas transcritas, que la primera de ellas hace referencia a los rendimientos financieros obtenidos con los recursos públicos por órganos públicos o privados, teniendo en cuenta que éstos los administran. Y la segunda norma se refiere de manera expresa a los órganos que conforman el Presupuesto General de la Nación, que son quienes deben reintegrar los rendimientos financieros, o los que inclusive se generen en contrapartida provenientes de convenios celebrados con organismos internacionales, siempre que no estén amparando compromisos u obligaciones.³

Tenemos entonces que los recursos que deben ser reintegrados, son aquéllos que en primer lugar son de naturaleza pública y que además no se encuentran comprometidos o respondiendo a obligaciones previamente adquiridas, antes bien, se refieren precisamente a aquéllos recursos que no lograron ser ejecutados y que por lo tanto deben ser devueltos a sus respectivas tesorerías de acuerdo al origen de los mismos.

A (sic) contrario sensu, tenemos que los recursos públicos que han sido ejecutados a través de distintas figuras jurídicas, al momento de su entrega pierden el carácter de públicos, pues salen de las arcas de los organismos que manejan dineros públicos, para ser materializados o ejecutados en proyectos, actos, contratos, entre otros, sin olvidar que la vigilancia y el control fiscal sobre éstos se realiza verificando la efectiva utilización de los mismos en el objeto para el cual fueron destinados.

(...)

Cabe señalar, que existen algunas figuras jurídicas en las cuales se contempla que los dineros que se entregan para la ejecución de actos, contratos o convenios, conservan la calidad de públicos hasta tanto no sean efectivamente utilizados para el fin acordado y para ello se constituyen fiducias con dichos recursos; situación totalmente diferente al caso que nos ocupa, pues éste es del tipo de contratos que se encuentran establecidos en el artículo 355 de la Constitución Política, cuyo aporte tiene una finalidad específica, cual es, la del Proyecto o Programa para el cual fueron asignados.

Ahora bien, obsérvese que el Convenio (...) se celebró atendiendo a la entrega de un aporte para la ejecución de un programa para la reintegración social y económica de personas y grupos alzados en armas, y no bajo el concepto de "inversiones de administración de liquidez", del cual se espera recibir algún tipo de rentabilidad.

Si observamos lo planteado por el peticionario, encontramos que a pesar de haberse determinado en la oferta (efectivamente aceptada por la entidad pública) el manejo y la destinación de los rendimientos que generaron los aportes entregados por la entidad pública, dichos aportes son recursos que una vez girados por la entidad pública, pierden el carácter de tales, pues es claro que tienen un fin específico para un proyecto determinado, y más aún si observamos que con éstos fue conformado un patrimonio autónoma e independiente a cada uno de los presupuestos de los organismos contratantes. Patrimonio cuyos

³ Lo que se corresponde con la respuesta brindada por la Dirección de Recursos y Logística en el sentido de privilegiar la autonomía de la voluntad en cuanto a la definición de las cláusulas relativas al manejo de los recursos derivados de rendimientos financieros.

2

rendimientos financieros hacen parte de la financiación del programa, como así fue señalado en la oferta.⁴

Es claro además para esta oficina, que los términos de una propuesta técnica presentada por un contratista, debe observar todas sus estipulaciones al ser aceptada por la Entidad Pública contratante, más aún cuando se trata de la ejecución de un proyecto específico, que pretende ejecutar una política de Estado, y que en términos contractuales la misma forma parte integral del convenio que sobre ésta llegue a suscribirse, máxime cuando en éste expresamente se señala.

En cuanto al manejo contable que se le da a este tipo de aportes, es claro que obedece a un gasto en el que incurren las entidades públicas, representado en un flujo de salida de recursos para el desarrollo y bienestar de la comunidad.

Ahora bien, si llegaren a quedar recursos de la cofinanciación que el proyecto recibió, después de haberse cancelado todos los pagos que éste generó, se presenta para la entidad pública una contrapartida con ocasión de dicha situación, y son estos dineros que una vez recibidos por las entidad pública, los que deben ser devueltos con los rendimientos que generen, a partir del momento mismo en que entren a sus arcas... (subrayas no originales); y,

"...El artículo 151 de la Constitución Política determina que el Congreso de la República expedirá leyes orgánicas, entre las cuales se mencionan las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones.

De otra parte, el artículo 352 ibidem dispone que los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel, estén sujetos a lo establecido por la Ley Orgánica.

En ese orden de ideas se sancionó la Ley 225 del 20 de diciembre de 1995, que en su artículo 24 autorizó al Gobierno Nacional a compilar las normas de esa ley, la Ley 38 de 1989 y la Ley 179 de 1994, sin cambiar su redacción ni contenido, dicha compilación constituye el Estatuto Orgánico de Presupuesto.

De esta manera, se expidió el Decreto 111 del 15 de enero de 1996, consagró (sic):

"Artículo 31. Los recursos de capital comprenderán: Los recursos del balance, los recursos del crédito interno y externo con vencimiento mayor a un año, de acuerdo con los cupos autorizados por el Congreso de la República, los rendimientos financieros. (...) (Se subraya)"

Artículo 75. Corresponde al Ministerio de Hacienda y Crédito Público efectuar el recaudo de las rentas y recursos de capital del Presupuesto General, por conducto de las oficinas de manejo de sus dependencias o de las entidades de derecho público delegadas para tal efecto; se exceptúan las rentas de que trata el artículo 22 de este Estatuto (Corresponde al artículo 34 del presente estatuto) (Ley 38 de 1989, art. 61)"

Artículo 101 (...) Pertenecen a la Nación los rendimientos obtenidos por el Sistema de Cuenta Única Nacional, así como los de los órganos públicos o privados con los recursos de

⁴ Para el caso del FFJC, se reitera, se deben convenir expresamente en el contrato las cláusulas que permitan la aplicación de tales recursos a la consecución de los objetivos generales y específicos del proyecto financiado y, a falta de esto, debe estarse sin restricciones a lo que sobre el particular señala el numeral 5° del artículo 24 de la Ley 1286 de 2009.

la Nación, con excepción de los que obtengan los órganos de previsión social. (Ley 179 de 1994, art. 47)"

Ahora bien, el Decreto 630 de abril 2 de 1996 "Por el cual se modifica el Decreto 359 de 1995", señaló:

"ARTÍCULO 10. Los recursos que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Dirección del Tesoro Nacional –, entregue a los órganos y entidades financiados con recursos de la Nación, no tendrán por objeto proveer de fondos las cuentas bancarias oficiales, sino atender los compromisos y obligaciones asumidos por ellos frente a su personal y a terceros, en desarrollo de las apropiaciones presupuestales legalmente autorizadas."

"ARTÍCULO 11. De conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior, los recursos de la Nación que entregue el Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Dirección del Tesoro Nacional, a las entidades ejecutoras, no podrán utilizarse para la constitución de depósitos de ahorro y a término, ni la suscripción de ningún tipo de activo financiero."

"ARTÍCULO 12. Los rendimientos de inversiones financieras obtenidos con recursos de la Nación, si se causan pertenecen a ésta y, en consecuencia, deberán consignarse dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de su liquidación, en la Dirección del Tesoro Nacional, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo segundo del artículo 12 de la Ley 38 de 1989, exceptuándose los obtenidos con recursos recibidos por los órganos de previsión y seguridad social, para el pago de prestaciones sociales de carácter económico."

En este orden de ideas, los rendimientos que se originan en recursos de la Nación deben ser reintegrados a la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional, y si se generan por recursos propios, deberán incorporarse al presupuesto de la entidad, previo el cumplimiento de las normas que rigen la materia.

Es importante destacar que los recursos públicos que entregue el Ministerio de Hacienda a los organismos y entidades, financiados con recursos de la Nación, tiene como finalidad atender las obligaciones y los compromisos tanto de su personal como de terceros, sujetos en todo caso a las apropiaciones presupuestales, por lo tanto no pueden beneficiar ni directa, ni indirectamente a sujetos diferentes a los inicialmente viabilizados. Sin embargo, si en desarrollo de la ejecución contractual se requiere mantener tales recursos en cuentas del sector bancario, esta situación tendrá que ser consecuencia de las obligaciones pactadas en los convenios o contratos que se celebren por parte de las entidades estatales y sólo para cumplir la finalidad pública que se pretende satisfacer con la contratación administrativa, teniendo en cuenta que si producen o generan rendimientos, éstos deberán ser reintegrados a la Nación, a través de la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional...".
(subrayas no originales)

Y, como si todo lo anterior no diera cuenta por sí mismo de la coherencia de la postura jurídica que se asume en esta oportunidad (que como se vio es conteste o reiterativa), habría que rematar diciendo que dicha interpretación también se ajusta a la posición manifestada en asuntos similares al planteado – rendimientos financieros, pero derivados de recursos de regalías y compensaciones –, por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado en el Concepto Jurídico de fecha 7 de octubre de 2010, citado en los considerandos del Decreto 0051 del 13 de enero de 2012 "Por el cual se

2

establece el procedimiento para la distribución de los rendimientos financieros generados por regalías y compensaciones”, en el que expresamente se indicó que:

“...Entonces, los rendimientos financieros serán del dueño del dinero que los produce, de suerte que mientras éste sea de propiedad del Estado, aquéllos también don del Estado, y a partir del momento en que sean de las entidades territoriales lo serán de éstas. En ningún caso son de la Agencia Nacional de Hidrocarburos porque ella es mera administradora de las regalías y compensaciones.

Esto significa que cuando la autoridad competente da la orden de suspender el desembolso, la Agencia habrá de conocer las razones por las cuales no es factible la transferencia de los recursos que ha recaudado, y por lo tanto, sabrá que si se trata de situaciones imputables a la entidad beneficiaria, los rendimientos financieros que generen los recursos no desembolsados son del Estado; por el contrario, si se trata de asuntos no imputables a la entidad beneficiaria, los rendimientos le pertenecerán a ésta.

Los frutos de los dineros recibidos a título de regalías, mientras sean del Estado incrementan el valor total de las regalías, por lo que deben distribuirse entre las entidades territoriales en las proporciones definidas por la ley...” (resaltado fuera de texto)...”

3.- La respuesta: Atendiendo a las consideraciones y transcripciones ampliamente detalladas a lo largo del presente documento y frente al requerimiento concreto pendiente de respuesta o si se quiere, de alcance interpretativo, esta Secretaría General concluye su análisis con las siguientes premisas:

(i) Los rendimientos financieros derivados de la ejecución de los contratos o convenios celebrados con cargo a recursos del Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, “Fondo Francisco José de Caldas”, por definición legal y por su destinación específica, deben reintegrarse al patrimonio autónomo y engrosar la bolsa de recursos con que éste cuenta para efectos del cumplimiento de la actividad de fomento y financiamiento, esto es, para la ejecución de proyectos y actividades de ciencia, tecnología e innovación (esta premisa se aplica en igual medida a los recursos de contrapartida de las demás entidades o personas que convinieron la inyección de los recursos en el Fondo, pues a partir de ese momento tales dineros pasan a ser propiedad del patrimonio autónomo);

Ahora bien, para tales contratos y convenios, quienes concurren a su celebración eventualmente podrían convenir las cláusulas respectivas para la reinversión de esos recursos específicamente en el proyecto que se esté financiando, con lo que queda claro que a falta de ese acuerdo inicial (no es que luego pueda determinarse la necesidad con una adición del contrato o convenio primigenio), la ley entra a suplir dicho vacío en los precisos términos del numeral 5° del artículo 24 de la Ley 1286 de 2009;

(ii) Si se trata de convenios o contratos ejecutados con cargo a recursos propios de la entidad que ordena el gasto, de cuya administración se deriven rendimientos financieros, salvo que las partes los hubieren comprometido expresamente en la consecución del

objeto contratado, éstos deberán consignarse en la respectiva tesorería de la entidad que ordenó el gasto; y,

(iii) Para el caso de los rendimientos financieros derivados de la administración de los recursos aplicados en la ejecución de contratos y convenios financiados con cargo a las partidas presupuestales que asigna la Nación a cada una de las entidades y organismos de la administración pública, una vez causados, éstos deben ser reintegrados a la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dentro del mes siguiente de su recaudo, tal y como lo señala el Decreto 4730 de 2005, en su artículo 33.

ALCANCE DEL CONCEPTO:

Como se señaló en las observaciones preliminares a la tesis expuesta, el presente concepto jurídico comporta los precisos alcances señalados en el artículo 25 del Decreto 01 de 1984⁵, de conformidad con el cual:

"El derecho de petición incluye el de formular consultas escritas o verbales a las autoridades, en relación con las materias a su cargo, y sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales.

Estas consultas deberán tramitarse con economía, celeridad, eficacia e imparcialidad y resolverse en un plazo máximo de treinta (30) días.

Las respuestas en estos casos no comprometerán la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución. (subrayas y negrillas no originales)

Sin otro particular,

Cordialmente,


LILIANA MARÍA ZAPATA BUSTAMANTE
Secretaría General

Sin anexos.

(Elaborado por SMEJIA)

⁵ Norma transitoriamente aplicable según lo concluido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, en el Concepto de fecha 28 de enero de 2015. Radicación: 11001-03-06-000-2015-00002-00), incorporado a la Circular Interna No. 001 del 30 de enero de 2015.