

MEMORANDO



20161100024113

SG

Bogotá, 23-02-2016

PARA: MARIO VALENCIA PEÑA
Gestor del Programa Nacional CTI en TIC

DE: LILIANA MARÍA ZAPATA BUSTAMANTE
Secretaria General

ASUNTO: Respuesta a memorando interno No. 20164400023103 del 22 de febrero de 2016.

Cordial saludo,

Acuso recibo de su radicado de la referencia, a través del cual solicitó de esta dependencia la emisión de un concepto jurídico respecto de (identificar de manera general la materia tratada en la solicitud de concepto) y, en consecuencia, procedo a pronunciarme con base en los siguientes:

ANTECEDENTES:

1.- La solicitud de concepto fue radicada con el memorando del asunto e indicó que *"El pasado 28 de agosto de 2015 se dio apertura a la convocatoria 732-2015 "CONVOCATORIA PARA EL DESARROLLO DE SOLUCIONES INNOVADORAS DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN PARA EL SECTOR AGROPECUARIO Y AGROINDUSTRIAL EN COLOMBIA – 2015" cuyo OBJETIVO GENERAL es "Incentivar el desarrollo de soluciones de TI para responder a los desafíos del sector agropecuario y agroindustrial", la cual tuvo cierre el día 29 de octubre de 2015.*

En dicha convocatoria se recibieron 112 propuestas de las cuales 64 cumplieron con requisitos mínimos y fueron enviadas a evaluación y panel de evaluadores expertos. Teniendo en cuenta el resultado del panel, se publicó el Banco Preliminar de Proyectos Elegibles el pasado 29 de

enero, en el que el proyecto 54183 de la empresa BPM BUSINESS PROCESS MANAGEMENT LATINOAMÉRICA LTDA., quedó en primer lugar (del Banco Preliminar) con una calificación de 93 puntos.

Dicha empresa (BPM BUSINESS PROCESS MANAGEMENT LATINOAMÉRICA LTDA.) estableció una Alianza Estratégica (como se solicita en los términos de referencia) con el INCODER como entidad beneficiaria.

Sin embargo, el INCODER mediante el decreto 2365 del 7 de diciembre de 2015, fue suprimido y posteriormente se ordenó su liquidación.

Al revisar dicho decreto, se estipuló en su artículo segundo que: " Artículo 2°. Duración del proceso de liquidación del INCODER deberá concluir en un plazo de un año, contado a partir de la fecha de vigencia del presente decreto, término que podrá ser prorrogado por el Gobierno Nacional mediante decreto debidamente motivado. Vencido el término de liquidación señalado, terminará para todos los efectos la existencia jurídica del instituto Colombiano de Desarrollo Rural -INCODER- en Liquidación."

De igual forma en su artículo tercero señaló que: " Artículo 3°, Prohibición para iniciar nuevas actividades. A partir de la publicación de este decreto, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural -INCODER-, en Liquidación, no podrá iniciar nuevas actividades en desarrollo de su objeto social y conservará su capacidad jurídica únicamente para expedir actos, realizar operaciones, convenios y celebrar los contratos necesarios para su liquidación. Así mismo, conservará su capacidad para seguir adelantando los procesos agrarios, de titulación de baldíos, de adecuación de tierras y riego, gestión y desarrollo productivo, promoción, asuntos étnicos y ordenamiento productivo hasta tanto entren en operación la Agencia Nacional de Tierras y la Agencia de Desarrollo Rural, lo cual deberá ocurrir en un término no mayor a dos (2) meses, contados a partir de la fecha de vigencia del presente decreto."

Teniendo en cuenta los hechos anteriormente descritos, me permito acudir ante usted con el fin de solicitarle amablemente me indique si la empresa ejecutora participante (BPM BUSINESS PROCESS MANAGEMENT LATINOAMÉRICA LTDA.) debe continuar con el proceso o si por el contrario para la publicación del Banco Definitivo de la convocatoria debe ser retirada del mismo. Dado el caso en que se deba retirar le pido el favor me instruya en el proceso a seguir".

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 artículo 14 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 esta secretaría general el ejercicio de las siguientes competencias específicas: (i) orientar a los actores del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación¹ – SNCTel – en la interpretación de la normatividad del sector; (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 permanente actualización y difusión; y, (iv) emitir concepto sobre los asuntos jurídicos relacionados con las funciones del departamento administrativo.

La anterior norma, sin embargo, debe leerse en plena concordancia con lo preceptuado en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, luego de la sustitución de su Título II, tal y como fue ordenada en el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, a propósito del alcance de los pronunciamientos que emiten las autoridades administrativas en ejercicio de su función consultiva, los cuales carecen – es la regla – de carácter vinculante u obligatorio, tanto en lo que corresponde a la propia administración, como en lo que atañe al peticionario interesado y a los administrados en general, lo cual implica que esta especial forma de intervención del aparato estatal no fue concebida 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, en consecuencia, que los conceptos jurídicos que emite la secretaría general del departamento administrativo en ejercicio de sus competencias, en especial de las previstas en los numerales 3, 4 y 10 del artículo 14 del 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 encuentra sometida su actividad, pero de

¹ Hoy integrado en el Sistema de Competitividad, Ciencia, Tecnología e Innovación, en virtud de lo señalado en el artículo 186 de la Ley 1753 de 2015 “*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. “Todos por un Nuevo País”*”.

ninguna manera implican un pronunciamiento directo o de fondo, generador de efectos jurídicos individuales, pues ello equivaldría a invadir las competencias que les fueron asignadas a las demás dependencias y funcionarios de la entidad, encargados de la ejecución de actividades misionales o de apoyo a la gestión en el sector de la CTel, por lo que el presente documento solamente se concentrará en brindar pautas de interpretación no obligatoria que informen la decisión que en su fuero corresponderá adoptar a (quien solicita el concepto)

2.- Análisis del caso concreto:

Una vez analizado el cuestionamiento anteriormente señalado, el proponente objeto de consulta puede continuar en la convocatoria. Lo anterior, porque el eventual contrato de financiamiento en la modalidad de recuperación contingente, sería celebrado entre la ejecutora participante BPM BUSINESS PROCESS MANAGEMENT LATINOAMÉRICA LTDA y COLCIENCIAS, y no entre COLCIENCIAS y el INCODER. Por ello, en mi concepto, si el contrato de recuperación contingente fuere adjudicado a BPM, no por ello se estaría infringiendo lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 2365 de 2015, toda vez que, como ya se indicó, el INCODER no ha de celebrar contrato alguno[1].

La alianza estratégica suscrita con la ejecutora participante BPM BUSINESS PROCESS MANAGEMENT LATINOAMÉRICA LTDA, **tuvo lugar antes del 29 de octubre de 2015, es decir, previo a la fecha de cierre de la convocatoria. Así pues, dicho acuerdo se suscribió por aquella entidad pública antes de la publicación del Decreto 2365 de 2015, el cual entró a regir en diciembre 7 de 2015.** En consecuencia, dicho acuerdo es válido, y oponible al INCODER.

La alianza estratégica celebrada entre el INCODER y BPM BUSINESS PROCESS MANAGEMENT LATINOAMÉRICA LTDA es un acuerdo en el que se pactaron unas obligaciones cuyo nacimiento se sujetó al acaecimiento de una condición consistente en que el proyecto presentado a COLCIENCIAS por BPM BUSINESS PROCESS MANAGEMENT LATINOAMÉRICA LTDA fuera elegible, y se suscribiera el contrato de financiamiento en la modalidad de recuperación contingente en el término estatuido en el documento base de la convocatoria[2]. Con el acaecimiento de dicha condición, la ejecutora se comprometería a realizar la transferencia de las tecnologías de la información que desarrolle durante la ejecución del proyecto, y, por su parte, la beneficiaria se obligaría a facilitarle a la ejecutora la información necesaria, así como a poner a su disposición lo necesario para realizar el uso y la prueba de los desarrollos tecnológicos a que se arriben con cargo al proyecto[3].

En ese sentido, en el evento en que se adjudique la convocatoria a BMP, al acuerdo suscrito entre ésta y el INCODER, **le será aplicable lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 2365 de 2015** que dispone:



“Artículo 27. Contratos y convenios vigentes. El Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER) en Liquidación, deberá identificar los contratos, convenios, acuerdos y procesos de contratación en curso que, por su objeto, deban continuar ejecutándose por parte de la Agencia Nacional de Tierras y por la Agencia de Desarrollo Rural.

Para tal efecto, los representantes legales de estas entidades y el Liquidador del INCODER, en Liquidación, suscribirán un acta con la relación de los contratos y formalizarán las respectivas subrogaciones, en un tiempo no superior a un (1) mes contado desde la fecha en que entren en operación las mencionadas agencias. Estos contratos continuarán ejecutándose en los términos en que hubiesen sido suscritos.

Aquellos contratos y convenios que, por corresponder a una actividad de carácter transversal o referirse a bienes o servicios que deberán seguir en poder del INCODER en Liquidación, o no puedan ser enmarcados en las funciones que se trasladan a las dos agencias, continuarán siendo ejecutados por el INCODER en Liquidación.

No obstante, a la fecha de terminación del proceso liquidatorio, todos los contratos y convenios que no se hayan trasladado deberán liquidarse.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público a solicitud de las nuevas entidades del sector agropecuario y de ser necesario, procederá a realizar los ajustes en la constitución de las reservas presupuestales y las cuentas por pagar que se afecten en virtud de lo establecido en el presente artículo. Igual procedimiento se hará respecto a las vigencias futuras que se hubiesen otorgado.

3.- Conclusión:

De acuerdo con lo anterior, si COLCIENCIAS adjudicare el contrato a BMP, al momento en que se ordene la liquidación del “BENEFICIARIO” (INCODER), el agente liquidador tendrá que determinar **si el “acuerdo” suscrito entre INCODER Y BMP ha de seguir siendo ejecutado en beneficio del “INCODER EN LIQUIDACIÓN” o si debe subrogarse a la Agencia Nacional de Tierras o la Agencia de Desarrollo Rural**, sin que esa circunstancia afecte, bajo mi punto de vista, la convocatoria efectuada por COLCIENCIAS.

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 28 de la Ley 1437 de 2011 (luego de la sustitución de su Título II por virtud de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015), de conformidad con el cual:

"...Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución..."

Cordialmente,


LILIANA MARÍA ZAPATA BUSTAMANTE
Secretaria General

Elaborado: Suárez Beltrán abogados
Revisado: Paula Fernanda Chiquillo