

SISTEMA NACIONAL DE CIENCIA Y TECNOLOGIA - Evolución normativa / SISTEMA NACIONAL DE CIENCIA Y TECNOLOGIA - Contratación / CONTRATO DE CIENCIA Y TECNOLOGIA - Régimen jurídico especial

Con el fin de promover y orientar el adelanto científico y tecnológico en Colombia, se expidió la Ley 29 de 1990 y, en ejercicio de las facultades otorgadas en el artículo 11 de dicha ley, el Ejecutivo expidió el Decreto ley 393 de 1991, sobre la formas de asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías; el Decreto ley 591 de 1991, relacionado con las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas; y el Decreto ley 585 de 1991, que definió el sistema nacional de ciencia y tecnología. Posteriormente, la Constitución Política de 1991, introdujo una serie de disposiciones para impulsar y fomentar la investigación y el desarrollo en ciencia y tecnología (inc. 2 del art. 65; art. 67; inc. 3 del art. 69; inc. 2 del art. 70; art. 71), preceptos que encontraron perfecta armonía y adecuación para el logro de sus propósitos en las anteriores normas de rango legal. Es decir, antes de la Constitución Política de 1991, existía ya un régimen jurídico básico y especial aplicable a los contratos de actividades científicas y tecnológicas, cuya vigencia, en lo esencial, luego fue respetada y conservada por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en la Ley 80 de 1993. En efecto, el artículo 81 de la Ley 80 de 1993, si bien derogó expresamente buena parte del articulado del Decreto ley 591 de 1991, en el que se regulan las modalidades específicas de contratos para el fomento de actividades científicas y tecnológicas, exceptuó sus artículos 2, 8, 9, 17 y 19, lo cual significa que estas disposiciones mantienen o preservan su vigencia. Además, obsérvese que el Decreto ley 591 de 1991 en las disposiciones que dejó vigentes la Ley 80 de 1993 respecto de las modalidades de negocios jurídicos en ciencia y tecnología (artículos 2, 8, 9, 17 y 19), no tendrían sentido y aplicación jurídica, sino fueran armonizadas con las materias conexas que disciplina el Decreto ley 393 de 1991, razón de más para señalar que no fue la intención del citado Estatuto General de Contratación el de derogarlo expresa o tácitamente. En otros términos, los contratos que se celebren con el objeto de fomentar la ciencia y tecnología se encuentran sujetos a la Ley 80 de 1993, en todo aquello que no esté expresamente regulado en las normas especiales del Decreto ley 591 de 1991 y del Decreto ley 393 de 1991, que mantuvo vigentes dicho Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. En este sentido, según el Decreto ley 393 de 1991 (artículo 1), para adelantar actividades científicas y tecnológicas o proyectos de investigación y creación de tecnologías, la Nación y sus entidades descentralizadas podrán asociarse con los particulares mediante la creación y organización de sociedades civiles y comerciales y personas jurídicas sin ánimo de lucro como corporaciones y fundaciones, o mediante la celebración de convenios especiales de cooperación. Nota de Relatoría: Ver Sentencia C-316 del 19 de julio de 1995; Sentencia C-316 de 13 de julio de 1995; Sentencia C-506 del 10 de noviembre de 1994, declaró exequible el numeral 1 de esta disposición, providencia reiterada en buena parte en la Sentencia C-316 de 13 de julio de 1995, la cual a su vez declaró exequible el numeral 2, todas de la Corte Constitucional

CONTRATOS DE CIENCIA Y TECNOLOGIA - Clasificación / CONTRATOS PARA EL FINANCIAMIENTO - Actividad científica y tecnológica. Noción / CONTRATOS DE ADMINISTRACION DE PROYECTOS - Actividad científica y tecnológica. Noción / CONVENIOS ESPECIALES DE COOPERACION - Actividad científica y tecnológica / CONTRATOS DE CIENCIA Y TECNOLOGIA - Naturaleza jurídica

Dentro de los negocios jurídicos que se tipifican en los decretos leyes 591 (en sus artículos 8, 9 y 17 vigentes) y 393 de 1991, están los contratos para el financiamiento de actividades científicas

y tecnológicas, los cuales tienen por objeto proveer al contratista o a otra entidad pública de recursos cuyo reembolso posterior puede ser obligatorio en su totalidad o parcialmente, o puede ser condicionado en el evento de que se obtenga éxito en la actividad financiada; de la misma manera, se consagran los contratos de administración de proyectos; y, finalmente, se disciplinan los convenios especiales de cooperación por parte de la Nación con otras entidades públicas o con particulares, mediante los cuales las personas que los celebran aportan recursos en dinero o en especie para facilitar, fomentar o desarrollar en común actividades científicas y tecnológicas, sin que den lugar al nacimiento de una nueva persona jurídica. A fin de determinar la aplicación de estas normas especiales, que individualizan y caracterizan los contratos aludidos, debe acudirse a la definición que el artículo 2° del Decreto ley 591 de 1991 (en concordancia con los artículos 1 y 2° del Decreto 393 de 1991) realiza de las actividades científicas y tecnológicas susceptibles de contratar, el régimen especial sólo se aplica cuando los contratos enunciados tienen por objeto el desarrollo de cualquiera de las anteriores actividades(...), lo que, por consiguiente, excluye aquellas que no encuadren en alguna de ellas o les sean meramente de auxilio o apoyo. Además, en estos contratos, que ostentan naturaleza estatal, no se incorporan las cláusulas excepcionales al derecho común (interpretación, modificación y terminación unilateral, de sometimiento a leyes nacionales y caducidad), en la medida en que con carácter imperativo el estatuto de contratación señala que se prescindirá de ellas (artículo 14, numeral 2, parágrafo, de la Ley 80 de 1993); y, por otra parte, la selección del cocontratante es mediante la modalidad de contratación directa (art. 24, numeral 1o., letra d. de la Ley 80 de 1993, ahora modificado por el artículo 2, numeral 4, letra e., de la Ley 1150 de 2007), de suerte que no se necesita adelantar un proceso de licitación pública o un concurso.

CONVENIO ESPECIAL DE COOPERACION - Reglas / CIENCIA Y TECNOLOGIA - Convenio especial de cooperación

Los convenios especiales de cooperación, de conformidad con el artículo 7 del Decreto ley 393 de 1991, se encuentran sometidos a las siguientes reglas: i.) No existe régimen de solidaridad entre las personas que lo celebren, pues cada una responderá por las obligaciones que específicamente asume en virtud del convenio. ii.) Debe precisarse en ellos la propiedad de todos los resultados que se obtengan y los derechos de las partes sobre los mismos. Y, cuando la naturaleza del contrato lo exija debe pactarse las medidas conducentes para la transferencia de tecnología (art. 19 Decreto ley 591 de 1991). iii.) Deben definirse las obligaciones contractuales, especialmente las de orden laboral, que asumen cada una de las partes. iv.) Los recursos aportados para la ejecución del convenio podrán manejarse mediante encargo fiduciario o cualquier otro sistema de administración. v.) Se rigen por las normas del Derecho Privado, es decir, en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993, por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo lo expresamente regulado en la ley de contratación pública y, por supuesto, en las normas especiales en materia de ciencia y tecnología (decretos 393 y 591 de 1991). Finalmente, según el artículo 8 ibídem, el convenio especial de cooperación, siempre deberá constar por escrito, contendrá como mínimo cláusulas que determinen su objeto, término de duración, mecanismos de administración, sistemas de contabilización, causales de terminación y cesión; y no requiere para su celebración y validez requisitos distintos de los propios de la contratación entre particulares, aunque se exige su publicación en el diario oficial, el pago del impuesto de timbre nacional a que haya lugar, y la apropiación y registro presupuestal si implica erogación de recursos públicos. Nota de Relatoría: Ver de la Corte Constitucional en la Sentencia C-316 de 13 de julio de 1995

ACTIVIDAD DE CIENCIA Y TECNOLOGIA - Régimen contractual

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.

CONFLICTO DE LEYES EN EL TIEMPO - Prohibición del efecto retroactivo / DERECHOS ADQUIRIDOS - Noción / MERAS EXPECTATIVAS - Noción / PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY - Finalidad / PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY - Excepciones / CONFLICTO DE LEYES EN EL TIEMPO - Supervivencia de la ley antigua

La entrada en vigencia de una norma tiene una sustancial influencia en las cargas, deberes, derechos, obligaciones y en general en todas las situaciones y relaciones jurídicas que entran bajo su cobijo, sea para sanearlas, ora para su constitución o nacimiento, modificación o extinción de las mismas, lo que genera problemas o conflictos en la aplicación de la ley en el tiempo, y plantean el interrogante de cuál es aquella ley bajo cuyo mandato ha de definirse una situación jurídica al sobrevenir una ley nueva que altere o modifique lo que otra establecía. En la búsqueda de una solución al problema que suscita la temporalidad de las normas jurídicas, la doctrina clásica *ius privatista* estructuró la noción de los derechos adquiridos, entendidos como todos "...aquellos que han entrado a nuestro dominio en rigor de una ley y que no pueden sernos arrebatados o desconocidos por aquel de quien lo hubimos..." (Merlín), definición a partir de la cual se proscribió el efecto retroactivo de la nueva norma cuando se violan esos derechos, pero no cuando se desconocen meras expectativas. Bajo este criterio, la ley nueva es aplicable siempre que no vulnere derechos adquiridos, o sea, situaciones jurídicas individuales definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley antigua, y que, en consecuencia, quedan incorporadas válidamente al patrimonio de una persona; a contrariedad de lo que sucede con las meras expectativas, esto es, aquellas esperanzas de alcanzar un derecho o la posibilidad de beneficiarse de un resultado jurídico, en cuyo caso nada se opone a que la ley sobreviviente se aplique, porque, como se señala en el artículo 17 de la Ley 153 de 1887, "[l]as meras expectativas no constituyen derecho contra ley nueva que las anule o cercene..." Otra corriente (Roubier) explicó que el problema se resuelve al distinguir entre las situaciones jurídicas constituidas al entrar en vigencia la ley nueva y las que aún se encuentran en vías de constitución, de manera que las totalmente extinguidas o las ya constituidas no pueden ser vulneradas o desconocidas por la ley nueva (*facta praeterita*) y, contrario sensu, la ley nueva sólo podría ser aplicada a las situaciones que se encuentran en vías de constitución (*facta pendentia*), o a las que se constituyan en el futuro (*facta futura*). De las tesis anteriores, cuyos matices han dado lugar a una profusa discusión en la ciencia jurídica, se han valido los ordenamientos para construir la regla general de la irretroactividad de la ley, según la cual, con el fin de mantener la seguridad jurídica y la protección del orden social, la nueva ley no tiene la virtualidad de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que se han cumplido o quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles frente a aquélla cuando frente a una situación de hecho se han realizado totalmente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes. El efecto retroactivo y la regla que lo prohíbe, se contraponen del efecto general e inmediato de la ley, según el cual la ley sólo rige para el porvenir, esto es, sus disposiciones únicamente se aplican desde el momento en que comienza su vigencia y hacia el futuro, dejando insubsistente la ley anterior, de manera que

las situaciones nacidas o los hechos ocurridos durante la vigencia de ésta pero que no alcanzaron a configurarse como verdaderos derechos, entran a ser regulados por la ley nueva. O sea, la ley posterior puede regular ciertas situaciones o hechos jurídicos que, pese a que se originaron bajo el imperio de la ley antigua, no tuvieron la virtualidad de obtener su consolidación como un derecho. La irretroactividad, entendida, pues, como la no aplicación de la ley a unos hechos o actos jurídicos cumplidos en una fecha anterior a su entrada en vigor, es un principio consagrado en nuestra Constitución Política (arts. 29 y 58), para evitar el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas y los derechos adquiridos con justo título bajo la vigencia de una ley por la expedición de otra, y en fin, en aras de la seguridad jurídica y el juzgamiento. Sin embargo, este principio no es de carácter absoluto y cede por autoridad de la propia Carta Política y, por ende, ante principios superiores, como ocurre en el caso de las leyes penales favorables (art. 29 C.P.); o por precisas razones de orden público e interés general, con fundamento en las cuales bien puede el Legislador establecer ciertas y expresas excepciones a la misma; o también como sucede en los casos de las leyes interpretativas (arts. 14 y 58 C.R.P.M).

CONTRATO ESTATAL - Conflicto de leyes en el tiempo / CONTRATO ESTATAL - Prohibición de retroactividad de la ley / CONTRATO ESTATAL - Supervivencia de la ley antigua / CONTRATACION ESTATAL - Tránsito legislativo / CONTRATO ESTATAL - Tránsito legislativo

En materia de contratos imperan las reglas generales de la prohibición del efecto retroactivo y la supervivencia de la ley antigua. En nuestro orden jurídico, a la par de en que la Constitución Política se garantizan los derechos adquiridos de acuerdo con la ley civil (art. 58 C.P.) con las excepciones en ella prescritas, noción dentro de la cual se comprenden los derechos que emanan de un contrato, en el artículo 38 de la 153 de 1887, se consagra la regla de que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, excepto las concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos resultantes del mismo (procesales) y las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado, que se castigará con arreglo a la ley vigente bajo la cual se hubiere cometido. Por lo demás, la citada norma jurídica, que obstruye el efecto general inmediato de una nueva ley y privilegia la irretroactividad de la misma en el ámbito de los contratos, se justifica en cuanto ellos no pueden estar sujetos a los constantes cambios o vaivenes de la Legislación, sino que deben gozar de estabilidad y seguridad, como presupuesto que genera confianza en los negocios y relaciones dentro del tráfico jurídico, y si bien puede ser reformada o alterada por una ley posterior que indique expresamente su retroactividad para determinado aspecto de algún tipo de contrato, ello constituye una excepción que debe estar fundamentada en razones de orden público o interés general. En definitiva, la regla general es que a los contratos en lo relativo a sus elementos de existencia, validez y sus efectos (derechos y obligaciones), se les aplica la ley existente y que rige al momento de su nacimiento o celebración, lo cual implica que, en principio, la ley nueva no puede entrar a suprimirlos o modificarlos, so pena de una ilegítima retroactividad. De otra parte, el artículo 34 de la Ley 153 de 1887, determina que los actos y contratos celebrados en vigencia de la norma antigua podrán demostrarse con los medios probatorios que esa norma establecía para su justificación (*tempus regit actum*), pero la forma de rendirse se sujeta a la nueva ley. Dentro del anterior marco jurídico, los diferentes estatutos de contratación pública han dispuesto, mediante normas especiales, el tránsito de legislación. En el Decreto ley 150 de 1976 se dio la posibilidad de escoger entre el régimen anterior y el nuevo para efectos exclusivos del trámite de perfeccionamiento del contrato, facultad que fue suprimida por el Decreto ley 222 de 1983, para en cambio ordenar la aplicación en esta misma materia -procedimiento- de la ley anterior vigente y precedente al nuevo estatuto; mientras que en la Ley 80 de 1993, se amplió la regla al disponer

que los contratos (régimen sustantivo), los procedimientos de selección y procesos judiciales en curso, se regirán por las normas vigentes al momento de su celebración o iniciación, según el caso. Nota de Relatoría: Ver de la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, providencia de 9 de mayo de 1938, XLVI, 488

CONTRATO ADICIONAL - Régimen. Tránsito legislativo

Conviene mencionar que el régimen aplicable a los contratos adicionales suscritos en vigencia de la Ley 80 de 1993, pero que adicionan un contrato principal celebrado bajo la vigencia del Decreto ley 222 de 1983 -o incluso otra normativa-, es aquel vigente al momento de la celebración del contrato principal del cual derivan su existencia. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 30 de octubre de 2003, Exp. 17.213, C.P. María Elena Giraldo Gómez. En igual sentido, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Exp. 14.578.

CONTRATO ESTATAL - Normatividad aplicable

La regla de acuerdo con la cual se entienden incorporadas las normas existentes al tiempo de celebración del contrato, tiene por efecto que ellas se aplican durante toda la vida del contrato, es decir, hasta su terminación por agotamiento del plazo acordado y el de sus prórrogas celebradas.

CONVENIO DE COOPERACION DE CIENCIA Y TECNOLOGIA - Concepto /
CONVENIO DE COOPERACION DE CIENCIA Y TECNOLOGIA - Régimen de derecho aplicable /
CONVENIO DE COOPERACION DE CIENCIA Y TECNOLOGIA - Tránsito legislativo

El convenio especial de cooperación es una de las modalidades permitidas para la asociación entre el Estado y los particulares, con el fin de desarrollar actividades científicas y tecnológicas; se trata, pues, de un negocio jurídico nominado y disciplinado en los decretos legislativos 393 y 591 de 1991 (este último en sus artículos 2, 8, 9, 17 y 19), que establecen sus reglas y requisitos.

El convenio especial de cooperación nace cuando se aporta conjuntamente por las partes recursos de distinta índole (en dinero, en especie o en industria) para facilitar, fomentar, desarrollar y alcanzar en común algunos de los propósitos contemplados en las normas de ciencia y tecnología, y su contenido se determina en virtud del Decreto ley 393 de 1991. Revisado el clausulado del convenio del sub lite, se pudo apreciar que el mismo está en consonancia con las disposiciones de las normas especiales que lo regulan, en tanto, las acciones y servicios están directamente relacionados con las actividades que se entienden como científicas y tecnológicas (art. 2 Decreto ley 591 de 1991) y, además, se estipuló el aporte de cada unas de las partes del mismo. De otra parte, el convenio objeto de este litigio, fue suscrito el 12 de noviembre de 1991, razón por la cual su régimen jurídico aplicable es anterior al previsto en la Ley 80 de 28 de octubre de 1993, estatuto contractual de la administración actualmente vigente, toda vez que su celebración tuvo lugar antes de que esta normativa entrara a regir en la mayoría de sus disposiciones a partir del 1 de enero de 1994 y, en particular, respecto de estos negocios jurídicos de la administración, de conformidad con lo dispuesto por su artículo 81. En otras palabras, como quiera que el convenio de SENA - ASCONFECCIÓN nació y se perfeccionó bajo el imperio de una legislación precedente a la Ley 80 de 1993 (Decreto ley 222 de 1983, Ley 29 de 1990, Decretos ley 393 y 591 de 1991), dicho estatuto de contratación no le resulta aplicable, toda vez que, la regla general, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, es que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración, disposición reiterada por la propia ley 80 en su artículo 78. Ahora bien, cabe observar que no resulta de recibo la tesis del libelista en virtud de la cual al convenio si le es

aplicable la Ley 80 de 1993, por cuanto las partes, el 10 de noviembre de 1994, esto es, en vigencia de aquella, suscribieron una prórroga al contrato, pues, este hecho no altera ni modifica la regla antes expuesta. En efecto, según se dijo, la jurisprudencia aclaró que los contratos adicionales suscritos en vigencia de la Ley 80 de 1993, que adicionaran un contrato celebrado al amparo del Decreto ley 222 de 1993 (o bien otra normativa), sin perjuicio de su interdependencia frente al contrato principal, se rigen por el estatuto vigente al tiempo de la celebración de éste y del cual derivan su existencia, máxime aun cuando, en el sub lite, dicha prórroga simplemente amplió el término de ejecución del convenio principal y dejó claramente establecido que continuaban vigentes sus estipulaciones, así como las de la prórroga de 10 de noviembre de 1992 y las adiciones de febrero 4 y noviembre 22 de 1993, de manera que las obligaciones y derechos originales se mantuvieron intactos, sin que pueda predicarse, ni por asomo, la existencia de una novación, o siquiera la fijación de nuevas prestaciones inconexas con su objeto. Por último, como se advirtió, la Ley 80 de 1993 no derogó la Ley 29 de 1990, ni el Decreto ley 393 de 1991, ni los artículos 2, 8, 9, 17 y 19 del Decreto ley 591 de 1991, normativas que conservaron su vigencia y que resultan aplicables a los convenios de cooperación en ciencia y tecnología, como el del sub examen.

CONFESION - Representantes judiciales. Valor probatorio / REPRESENTANTES
JUDICIALES - Confesión - Valor probatorio / ALLANAMIENTO DE LA DEMANDA -
Restricción

No es de recibo tampoco el argumento de que en la contestación de la demanda, el SENA habría aceptado esos gastos y juzgado que se trata de un deterioro a su patrimonio y en su beneficio, no sólo porque de las pruebas se concluye en sentido diverso, esto es, que en el propio acto acusado la entidad pública demandada determinó los gastos de sus aportes con cargo al convenio y los que no, sino porque en virtud del artículo 199 del Código de Procedimiento Civil -aplicable en lo contencioso administrativo por expresa remisión del artículo 168 del C.C.A.- no vale la confesión, sea espontánea o provocada, de los representantes judiciales de la Nación, los departamentos, los distritos especiales, los municipios y los establecimientos públicos, como también el artículo 218 del Código Contencioso Administrativo, restringe el allanamiento de la demanda por parte de las entidades públicas como el SENA, en la medida en que para su eficacia se requiere de autorización expresa y escrita del Ministerio al cual se encuentra adscrita, y en todo caso, ninguno de estos dos eventos es aceptado por la demandada a lo largo del proceso.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., once (11) de febrero de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 25000-23-31-000-2000-13018-01(16653)

Actor: ASOCIACION E CONFECCIONISTAS DE COLOMBIA-ASCONFECION

Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA

Referencia: ACCION CONTRACTUAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en el proceso de la referencia, contra la Sentencia de 4 de febrero de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, mediante la cual decidió negar las pretensiones de la demanda. La sentencia recurrida, previo el estudio correspondiente, será confirmada.

ANTECEDENTES

1. Las pretensiones

El presente proceso se originó con la demanda presentada el 23 de octubre de 1996, por la Asociación de Confeccionistas de Colombia - ASCONFECCIÓN, en contra del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del C.C.A., en la cual solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

“2.1 La nulidad de la Resolución No. 0063 de 1.996, por medio de la cual se adopta la liquidación de un convenio.

2.2. La nulidad de la Resolución No. 0590 de 1.996, por medio de la cual se niega el recurso de reposición interpuesto contra la resolución anterior.

2.3. Condenar al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA - al pago de la suma de SETENTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL SESENTA Y UN PESOS (\$78.375.061), más los intereses moratorios comerciales, o sea el doble del reconocido como bancario corriente mediante Resolución 0313 de marzo 1º de 1.996, de la Superintendencia Bancaria, la cual lo fijó en el 41.37% contados desde el veintiuno (21) de mayo de 1.996, fecha de la Resolución del punto 2.1. de este acápite, obligación causada de acuerdo con los hechos de la presente demanda, a favor de la ASOCIACIÓN DE CONFECCIONISTAS DE COLOMBIA - ASCONFECCION, al día siguiente de la ejecutoria de la sentencia.

2.4. Condenar al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA-, al pago de los perjuicios causados por el incumplimiento de sus obligaciones convencionales, costas y agencias en derecho del presente proceso.”

2. Los hechos

El actor expone en la demanda los siguientes:

2.1. Que, el 12 de noviembre de 1991, se celebró entre el SENA y ASCONFECCIÓN el convenio denominado “Concertación de acciones de formación profesional y servicios tecnológicos”, el cual no tuvo mayores dificultades en la ejecución de sus objetivos, compromisos de las partes, plan de acción, presupuesto inicial, forma de pago, coordinación, evaluación y duración, y cuando las hubo fueron superadas a través de las prórrogas del 10 de noviembre de 1992, 4 de marzo de 1993 y 10 de noviembre de 1994.

2.2. Que la Resolución No. 00063 de 1996, presenta un resumen sobre la ejecución de los gastos de ejecución del convenio, aceptado por las partes, los cuales ascienden a la suma de \$180.983.904.00, de los que se discriminan \$122.720.661.00 como aportes - total gastos de ASCONFECCIÓN, no obstante lo cual, la parte resolutive -motivo de impugnación- presenta una incongruencia, toda vez que no reconoce a su favor lo gastado y, por el contrario, le ordena reintegrar al SENA la suma de \$44.478.944.00.

2.3. Que, de acuerdo con la Cláusula Séptima del Convenio, el aporte de ASCONFECCIÓN es de \$44.345.600.00, valor que al restarle los gastos totales antes mencionados, arroja a su favor la suma de \$78.375.061, de lo cual se deduce que ha recibido perjuicios que deben serle resarcidos.

2.4. Que la Resolución No. 0063 de 1996 es extemporánea y declaró la existencia de una obligación a cargo de ASCONFECCIÓN, con mérito ejecutivo, careciendo de competencia el SENA para hacerlo e invadiendo la competencia propia de la jurisdicción ordinaria, ilegalidad de la que también adolece la Resolución No. 0590 de 1996, al confirmar la primera.

2.5. Que el SENA, según la Ley 119 de 1994, está en la obligación de cumplir las funciones que le corresponden al Estado en materia de desarrollo social y técnico de los trabajadores colombianos, con cargo a su presupuesto, y los contratos que celebre con particulares para cumplir con tales funciones y propósitos afectan ese presupuesto y no el de los particulares (artículo 3° de la Ley 80 de 1993), de manera que para ASCONFECCIÓN los gastos generados por los servicios pactados y eficazmente prestados representan un empobrecimiento en beneficio del SENA.

2.6. Que, en consecuencia, el SENA no ha cumplido con los deberes de las entidades estatales, previstos en los artículos 4 y 5 de la Ley 80 de 1993.

3. Normas violadas y concepto de la violación

El demandante señaló que se infringieron los artículos 3, 4, numeral 6°, 5 numeral 1° y 60 de la Ley 80 de 1993, así:

3.1. Se vulneró el artículo 3, inciso segundo, de la Ley 80 de 1993, según el cual los particulares en la celebración y ejecución de los contratos estatales tienen derecho a la obtención de utilidades, cuya protección garantiza el Estado, por cuanto, en el sub examen, no obstante haber sido reconocidos los gastos sufragados por ASCONFECCIÓN, el SENA no solo se abstiene de pagarlos, sino que declara una obligación a cargo de ésta.

3.2. Se inaplicó el artículo 4°, numeral 6°, de la Ley 80 de 1993, pues, aun cuando en los actos acusados se estableció el valor de los gastos en que incurrió ASCONFECCIÓN y que le representaban una disminución patrimonial, el SENA no adelantó las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños sufridos en desarrollo del contrato.

3.3. Se quebrantó el artículo 5°, numeral 1°, de la Ley 80 de 1993, porque únicamente se pagó por parte del SENA el 50% del costo del Convenio de acuerdo con la Cláusula Segunda de la adición a éste de 12 de noviembre de 1991.

3.4. Se transgredió el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, que ordena que en la etapa de liquidación las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar, por cuanto establecidos los gastos del convenio y los aportes de ASCONFECCIÓN, ha debido reconocerse el saldo a su favor.

4. La oposición de la demanda

Admitida la demanda mediante providencia de 6 de febrero de 1997, el SENA, a través de apoderado se opuso a las pretensiones, aceptó unos hechos, negó otros y dijo atenerse a lo que se probara respecto de algunos.

Manifestó que ASCONFECCIÓN no demostró el cumplimiento de la obligación de ejecutor de los aportes del SENA y asumió costos independientes que superaban lo convenido, esto es, efectuó gastos no aprobados ni acordados.

Puntualizó que, contrario a lo afirmado por la actora, el SENA nunca ha reconocido como acciones del convenio las relacionadas en la Resolución No. 0063 de 1996, pese a que ASCONFECCIÓN las presenta como desarrollo del mismo, primero, porque no existen comprobantes que demuestren que dichas actividades se cancelaron con los aportes del SENA; segundo, porque las supuestas acciones efectuadas fueron cubiertas en gran proporción con aportes de una persona jurídica externa al convenio; y tercero, porque los gastos exceden los costos inicialmente pactados, queriéndose obligar al SENA al reconocimiento y pago de gastos que no tiene que asumir. Así -enfaticó- el SENA al supervisar la ejecución e inversión de los \$85.000.000.00 que entregó a la actora, encontró que ésta le adeuda la suma total de \$44.469.944.

De otra parte, señaló que el convenio suscrito se rige por la Ley 29 de 1990 y los decretos que la desarrollan y no por la Ley 80 de 1993, que es la que se invoca como violada, y que, en aplicación del artículo 7° del Decreto 393 de 1991, no existe régimen de solidaridad entre las personas que celebran un convenio de cooperación.

Finalmente, concluyó que el SENA desembolsó el monto de los aportes a que se hallaba obligado presupuestal y convencionalmente, pero la actora no utilizó una parte de éstos y por su cuenta programó acciones sin comprometer tales recursos, sino los de una tercera persona (INEXMODA), razón por la cual, al no existir solidaridad, no puede pretender cobrar la suma de \$78.375.061 por acciones contraídas por ella y que no tienen sustento dentro del convenio.

5. Actuación procesal en primera instancia

5.1. Por auto de 3 de julio de 1997 se abrió el proceso a prueba.

5.2. El 23 de abril de 1998, se llevó a cabo la audiencia de conciliación, la cual se declaró fallida por falta de acuerdo.

5.3. Mediante proveído de 19 de octubre de 1998, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto, si a bien lo tenían, etapa durante la cual ocurrió lo siguiente:

5.3.1 La actora solicitó acceder a las súplicas de la demanda, para lo cual señaló que la Ley 80 de 1993 resultaba aplicable al convenio celebrado con el SENA, por cuanto la última prorroga del mismo se celebró en el mes de noviembre de 1994; y, además, reiteró que en la Resolución 0063 de 1996 se reconocieron los gastos que reclama a su favor.

5.3.2. No obra en el expediente la presentación de alegatos de conclusión por parte de la demandad.

5.3.3. El Ministerio Público guardó silencio.

6. La sentencia recurrida

Sostuvo el Tribunal a quo que las normas invocadas como violadas de la Ley 80 de 1993 no son aplicables al convenio SENA- ASCONFECCION, porque, de una parte, fue suscrito en

vigencia del Decreto ley 222 de 1983; y de otra, porque el marco legal de los convenios para el fomento de la investigación científica y tecnológica corresponde a la Ley 29 de 1990 y el Decreto 393 de 1991, este último en el que se dispone que ellos se regirán por las normas del derecho privado.

Manifestó que, aun cuando lo anterior sería motivo suficiente para negar las pretensiones de la demanda, pues, tratándose de una acción contractual en la que se pretende la nulidad de actos administrativos, la labor del juez se limita al examen de la infracción de las normas aducidas, observa que los cargos formulados conciernen a aspectos jurídicos y económicos que, igualmente, se aplican a los negocios jurídicos del derecho privado.

Así, procedió al análisis de los cargos en los siguientes términos:

6.1. En relación con el primer cargo, consideró que no podía pretenderse que la entidad contratante reconociera y pagara unos costos o la utilidad sobre los mismos, cuando no se había acreditado su inversión en acciones materia del convenio y su ejecución por parte de INEXMODA con la autorización previa y escrita del SENA.

6.2. En cuanto al segundo cargo, aseveró que no estaba probado que la actora haya incurrido en gastos que no fueron cubiertos con cargo al aporte del SENA, debiendo serlo y, por tanto, que ello le haya ocasionado un detrimento patrimonial que debió reconocerse por el accionado.

6.3. En relación con el tercer cargo, mencionó que, de acuerdo con la adición suscrita el 4 de febrero de 1993, los costos de ejecución del convenio debían ser asumidos en el 50% por cada una de las partes del mismo, razón por la cual no podía predicarse una ruptura del equilibrio financiero del mismo con fundamento en que una de ellas, el SENA, solamente aportó dicho porcentaje, pues en las condiciones inicialmente pactadas debía asumir un porcentaje muy inferior, que se incrementó precisamente con la citada adición.

6.4. En cuanto al cuarto cargo, adujo que si bien al momento de hacer al balance final de un contrato, se debe procurar acordar los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar, tales conductas parten de la base de que se presenten situaciones en las que puedan fundamentarse y de que las partes las asuman en miras a solucionar sus diferencias, supuestos que no se presentan en el caso concreto, más aun cuando la actora fue renuente a acudir a las citaciones que le fueron hechas por el SENA, precisamente, para fines de acordar sobre el contenido de la liquidación del convenio.

6.5. En cuanto al quinto cargo, relacionado con una presunta falta de competencia temporal para expedir el acto demandado (hecho cuarto), recalcó que tampoco estaba llamado a prosperar, toda vez que ni el Decreto ley 222 de 1983, ni la Ley 80 de 1993, ni las normas especiales aplicables al convenio, fijaban un plazo para efectuar la liquidación unilateral por parte de la Administración, sin que, en el caso concreto, hubiera transcurrido el término de dos años para el ejercicio oportuno de la acción y señalado por la jurisprudencia como plazo máximo para ello.

6.6. Por último, se desestimaron las pretensiones indemnizatorias, por cuanto, a juicio del a quo, la primera es consecuencial a la de nulidad del acto; y la segunda, por fundarse en un incumplimiento contractual del SENA que no se acreditó.

7. El recurso de apelación

Inconforme con la decisión, la parte demandante presentó el 22 de febrero de 1999, recurso de

apelación con fundamento en los siguientes argumentos:

7.1. En primer término, afirmó que en la providencia se consideró que el convenio SENA - ASCONFECCIÓN fue suscrito en vigencia del Decreto 222 de 1983 y que, por tal motivo, no le era aplicable la Ley 80 de 1993, con lo cual el Tribunal a quo desconoció la prueba documental que consiste en un acuerdo firmado el 10 de noviembre de 1994, mediante el cual las partes prorrogaron por un año más el plazo del convenio, de suerte que a éste si le resulta aplicable la Ley 80 de 1993, "...por cuanto la actividad de las partes, en virtud de la prórroga mencionada quedaron al amparo de esta ley y la disposición de los particulares no puede alterar la vigencia prevista en las normas generales sobre esta materia y las particulares contenidas en la ley 80/93 art. 81..."; y, por ende, "...el momento de la celebración del contrato es la fecha de la prórroga (nov. 10 de 1994), por cuanto en el contrato original no se pactó una prórroga automática..."

Adujo que el artículo 81 de la Ley 80 de 1993 derogó las normas que le fueran contrarias, por lo que no podían invocarse las normas de la Ley 29 de 1990 que se opusieran a aquélla, por tratarse de una ley posterior que rige los contratos estatales como el de ASCONFECCIÓN y el SENA.

7.2. En segundo término, en su opinión, la sentencia desconoció el hecho de que en los considerandos de la resolución atacada se hace un resumen de gastos, en el cual se aceptan como gastos de ASCONFECCIÓN los realizados por INEXMODA, quien actuó como su mandataria y, por lo mismo, ésta no es un tercero sino de un sucesor suyo en la ejecución del contrato.

Aseveró, que, entonces, los gastos efectuados por INEXMODA se realizaron en calidad de delegataria y, por tanto, existía una relación contractual entre ella y el SENA; y, agregó, que no puede hacerse una distinción entre los gastos efectuados por el SENA y aquellos con cargo al aporte de ASCONFECCIÓN "...porque el aporte de ASCONFECCIÓN SE AGOTÓ y no obstante el SENA persistió en que se hicieran (...) las actividades previstas inicialmente en el contrato y paralelamente solo se reglamentó en una de las adiciones posteriores, el trámite que debía recibir la programación de gastos. Si el trámite de estos gastos no se cumplió en su aspecto temporal, debemos tener en cuenta que fueron labores que no podían interrumpirse..."

Finalmente, llama la atención acerca de que en la respuesta a la demanda se menciona con toda claridad los gastos realizados por ASCONFECCIÓN, que deterioraron su patrimonio en beneficio del cumplimiento de las funciones del SENA.

8. Actuación en segunda instancia

En auto de 26 de julio de 1999 se admitió el recurso de apelación formulado por el actor; y en providencia de 21 de enero de 2000, se dio traslado a las partes y al Ministerio Público para presentar alegatos y rendir concepto, término dentro del cual ocurrió lo siguiente:

8.1. La actora reiteró los argumentos presentados en el recurso y solicitó revocar la sentencia y, en consecuencia, acoger las súplicas de la demanda.

8.2. La accionada, previa advertencia de que le parece insustancial y sacada de contexto la discusión, puntualizó que la Ley 80 de 1993 no derogó las normas de ciencia y tecnología previstas en la Ley 29 de 1990 ni los decretos que la desarrollan, en particular, el Decreto 393 de 1991, que establece que los convenios de cooperación en esta materia se rigen por el derecho privado; tampoco derogó el Decreto 585 de 1991; el único que fue parcialmente derogado fue el

Decreto 591 de 1991, del cual dejó vigente las disposiciones relacionadas con la definición de las actividades científicas y tecnológicas, los contratos de financiamiento de las mismas, los contratos de administración de proyectos y los convenios especiales de cooperación.

Agregó que es errónea la afirmación de que el SENA aceptó los gastos contenidos en el acto censurado que efectuó INEXMODA como si fueran realizados por ASCONFECCIÓN, pues en él se indica claramente cuáles gastos que se enmarcaban en el convenio y cuáles no; tampoco le resulta de recibo que INEXMODA haya actuado como mandataria, sucesora o delegataria de la demandante, por cuanto estima que esa calidad no se demostró y, por tanto, se trata de un tercero ajeno a la relación contractual.

Por último, solicitó mantener en su integridad el fallo, dado que no se enervó la actuación del SENA al proferir las resoluciones atacadas, las cuales considera ajustadas a las normas, expedidas por funcionario competente (arts. 64 y 68 C.C.A.), otorgadas con respeto del derecho de audiencia y defensa a la actora y debidamente motivadas en los informes de control del convenio.

8.3. El Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala confirmará la sentencia del tribunal a quo, para lo cual abordará el estudio de los siguientes aspectos: 1) el objeto del litigio y el motivo de la apelación; 2) el régimen jurídico especial de los contratos de ciencia y tecnología; 3) el tránsito de legislación en materia de contratos estatales: prohibición del efecto retroactivo y supervivencia de la ley antigua; 4) el caso concreto: 4.1 lo demostrado en el proceso, 4.2 el régimen de derecho aplicable al convenio de cooperación de 12 de noviembre de 1991, 4.3 los presuntos gastos con cargo al convenio y alegados como no pagados a la actora; y 5) la conclusión.

1. EL OBJETO DEL LITIGIO Y EL MOTIVO DE LA APELACIÓN

Según la demanda se persigue la nulidad del acto administrativo por medio de la cual el SENA adoptó la liquidación de un convenio celebrado con ASCONFECCIÓN (resoluciones Nos. 0063 y 0590 de 1996) y, en consecuencia, se solicita condenar a esta entidad pública a pagar una suma de dinero (\$78.375.061 más los intereses) por concepto de unos gastos que no le fueron pagados con ocasión de la ejecución del mismo, así como al reconocimiento de los perjuicios causados, conducta con la cual, en criterio del actor, se infringieron los artículos 3, 4 numeral 6º, 5 numeral 1º y 60 de la Ley 80 de 1993.

La demandada se opuso a las anteriores pretensiones y cargos, pues, a su juicio, la actora no demostró el cumplimiento de la obligación de ejecutor de los aportes del SENA y efectuó gastos no aprobados ni acordados.

En el marco impuesto por la anterior relación jurídico procesal, el tribunal a quo, en esencia, consideró que la Ley 80 de 1993 no era aplicable al convenio SENA- ASCONFECCION, porque fue suscrito con antelación a su vigencia; y tampoco encontró acreditados los hechos en que se fundamentan cada uno de los cargos, en particular la inversión de esos gastos reclamados en acciones materia del convenio y su ejecución por parte de un tercero -INEXMODA- con la autorización previa y escrita del SENA.

La decisión sólo la apeló la actora con sustento, en síntesis, en dos puntos a saber: i) al convenio

si le es aplicable la Ley 80 de 1993, por cuanto las partes, el 10 de de noviembre de 1994, esto es, en vigencia de ésta, suscribieron una prórroga al contrato; y ii) se desconoció que en la resolución atacada se hace un resumen de gastos, en el cual se aceptan como gastos de ASCONFECIÓN los realizados por INEXMODA, lo cual, a su modo de ver, se confirma en la respuesta a la demanda.

Se observa que el actor no impugnó ni sustentó en la apelación lo relativo a una presunta incompetencia de la autoridad por el factor temporal en la expedición del acto, motivo por el que la Sala no se pronunciará en relación con este aspecto, en primer término, porque entiende que se conformó en este punto con lo explicado y decidido en la sentencia por el a quo; y, en segundo término, porque este cargo, aunque puede ser estudiado de oficio, ciertamente se despachó en el sentido indicado por la jurisprudencia vigente al momento de la sentenci

En tal virtud, la Sala circunscribirá el estudio de fondo a los anteriores motivos de inconformidad de la actora y ahora apelante contra la sentencia del a quo (artículo 357 del C.P.C.), para lo cual estima necesario analizar previamente el régimen jurídico especial de los contratos de ciencia y tecnología, y el tránsito de legislación en materia de contratos estatales.

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL DE LOS CONTRATOS DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA

2.1. Con el fin de promover y orientar el adelanto científico y tecnológico en Colombia, se expidió la Ley 29 de 1990 y, en ejercicio de las facultades otorgadas en el artículo 11 de dicha ley, el Ejecutivo expidió el Decreto ley 393 de 1991, sobre la formas de asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías; el Decreto ley 591 de 1991, relacionado con las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas; y el Decreto ley 585 de 1991, que definió el sistema nacional de ciencia y tecnología

Posteriormente, la Constitución Política de 1991, introdujo una serie de disposiciones para impulsar y fomentar la investigación y el desarrollo en ciencia y tecnología (inc. 2 del art. 65; art. 67; inc. 3 del art. 69; inc. 2 del art. 70; art. 7), preceptos que encontraron perfecta armonía y adecuación para el logro de sus propósitos en las anteriores normas de rango legal.

Es decir, antes de {} {} la Constitución Política de 1991, existía ya un régimen jurídico básico y especial aplicable a los contratos de actividades científicas y tecnológicas, cuya vigencia, en lo esencial, luego fue respetada y conservada por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en la Ley 80 de 1993. En efecto, el artículo 81 de la Ley 80 de 1993, si bien derogó expresamente buena parte del articulado del Decreto ley 591 de 1991, en el que se regulan las modalidades específicas de contratos para el fomento de actividades científicas y tecnológicas, exceptuó sus artículos 2, 8, 9, 17 y 19, lo cual significa que estas disposiciones mantienen o preservan su vigencia.

Igualmente, 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...C-316 de

Además, obsérvese que el Decreto ley 591 de 1991 en las disposiciones que dejó vigentes la Ley 80 de 1993 respecto de las modalidades de negocios jurídicos en ciencia y tecnología (artículos 2, 8, 9, 17 y 19), no tendrían sentido y aplicación jurídica, sino fueran armonizadas con las materias conexas que disciplina el Decreto ley 393 de 1991, razón de más para señalar que no fue la intención del citado Estatuto General de Contratación el de derogarlo expresa o tácitamente.

En otros términos, los contratos que se celebren con el objeto de fomentar la ciencia y tecnología se encuentran sujetos a la Ley 80 de 1993, en todo aquello que no esté expresamente regulado en las normas especiales del Decreto ley 591 de 1991 y del Decreto ley 393 de 1991, que mantuvo vigentes dicho Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.

2.2. En este sentido, según el Decreto ley 393 de 1991 (artículo 1), para adelantar actividades científicas y tecnológicas o proyectos de investigación y creación de tecnologías, la Nación y sus entidades descentralizadas podrán asociarse con los particulares mediante la creación y organización de sociedades civiles y comerciales y personas jurídicas sin ánimo de lucro como corporaciones y fundaciones, o mediante la celebración de convenios especiales de cooperaciónC-506 del 10 de noviembre de 1994

Dentro de los negocios jurídicos que se tipifican en los decretos leyes 591 (en sus artículos 8, 9 y 17 vigentes) y 393 de 1991, están los contratos para el financiamiento de actividades científicas y tecnológicas, los cuales tienen por objeto proveer al contratista o a otra entidad pública de recursos cuyo reembolso posterior puede ser obligatorio en su totalidad o parcialmente, o puede ser condicionado en el evento de que se obtenga éxito en la actividad financiada; de la misma manera, se consagran los contratos de administración de proyectos; y, finalmente, se disciplinan los convenios especiales de cooperación por parte de la Nación con otras entidades públicas o con particulares, mediante los cuales las personas que los celebran aportan recursos en dinero o en especie para facilitar, fomentar o desarrollar en común actividades científicas y tecnológicas, sin que den lugar al nacimiento de una nueva persona jurídica.

A fin de determinar la aplicación de estas normas especiales, que individualizan y caracterizan los contratos aludidos, debe acudirse a la definición que el artículo 2° del Decreto ley 591 de 1991 (en concordancia con los artículos 1 y 2° del Decreto 393 de 1991) realiza de las actividades científicas y tecnológicas susceptibles de contratar, así:

“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.”

De acuerdo con la norma transcrita, el régimen especial sólo se aplica cuando los contratos enunciados tienen por objeto el desarrollo de cualquiera de las anteriores actividades, lo que, por consiguiente, excluye aquellas que no encuadren en alguna de ellas o les sean meramente de auxilio o apoyo.

Además, en estos contratos, que ostentan naturaleza estatal, no se incorporan las cláusulas excepcionales al derecho común (interpretación, modificación y terminación unilateral, de sometimiento a leyes nacionales y caducidad), en la medida en que con carácter imperativo el estatuto de contratación señala que se prescindirá de ellas (artículo 14, numeral 2, párrafo, de la Ley 80 de 1993); y, por otra parte, la selección del cocontratante es mediante la modalidad de contratación directa (art. 24, numeral 1o., letra d. de la Ley 80 de 1993, ahora modificado por el artículo 2, numeral 4, letra e., de la Ley 1150 de 200

), de suerte que no se necesita adelantar un proceso de licitación pública o un concurso.

Así mismo, los convenios especiales de cooperación, de conformidad con el artículo 7 del Decreto ley 393 de 199C-316

, se encuentran sometidos a las siguientes reglas:

i.) No existe régimen de solidaridad entre las personas que lo celebren, pues cada una responderá por las obligaciones que específicamente asume en virtud del convenio.

ii.) Debe precisarse en ellos la propiedad de todos los resultados que se obtengan y los derechos de las partes sobre los mismos. Y, cuando la naturaleza del contrato lo exija debe pactarse las medidas conducentes para la transferencia de tecnología (art. 19 Decreto ley 591 de 1991).

iii.) Deben definirse las obligaciones contractuales, especialmente las de orden laboral, que asumen cada una de las partes.

iv.) Los recursos aportados para la ejecución del convenio podrán manejarse mediante encargo fiduciario o cualquier otro sistema de administración.

v.) Se rigen por las normas del Derecho Privado, es decir, en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993, por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo lo expresamente regulado en la ley de contratación pública y, por supuesto, en las normas especiales en materia de ciencia y tecnología (decretos 393 y 591 de 1991).

Finalmente, según el artículo 8 *ibidem*, el convenio especial de cooperación, siempre deberá

constar por escrito, contendrá como mínimo cláusulas que determinen su objeto, término de duración, mecanismos de administración, sistemas de contabilización, causales de terminación y cesión; y no requiere para su celebración y validez requisitos distintos de los propios de la contratación entre particulares, aunque se exige su publicación en el diario oficial, el pago del impuesto de timbre nacional a que haya lugar, y la apropiación y registro presupuestal si implica erogación de recursos públicos.

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.

3. EL TRÁNSITO DE LEGISLACIÓN EN MATERIA DE CONTRATOS ESTATALES: PROHIBICIÓN DEL EFECTO RETROACTIVO Y SUPERVIVENCIA DE LA LEY ANTIGUA.

3.1. La regla general es que las normas jurídicas rigen todos los hechos que ocurran durante su vigencia, esto es, durante el tiempo en que resultan plenamente aplicables sus efectos y, por tanto, resulta obligatoria, de manera que realizados o verificados los supuestos fácticos que ella contempla se producen las consecuencias jurídicas que la misma establece, regla que ningún inconveniente ofrece cuando las consecuencias jurídicas se extinguen totalmente estando en vigor la norma, como tampoco cuando el hecho no se ha presentado o comenzado en vigencia de la ley antigua, al tener advenimiento otra norma posterior.

No obstante, teniendo en cuenta que en la aplicación de las leyes nuevas frente a las antiguas, y en la determinación de la subsistencia de éstas, se parte de la existencia de una ley precedente que reguló o regula al momento de expedir las segundas ciertos hechos con determinadas consecuencias jurídicas, es claro que se plantea un conflicto de normas en el tiempo cuando el hecho ocurrió al amparo de la ley antigua, pero sus consecuencias jurídicas se producen en vigencia de la ley nueva, o cuando acaecido el hecho en rigor de una determinada norma, la ley posterior entra a fijar nuevas condiciones o suprime o modifica las previstas en la antigua.

Es decir, se está en presencia de un conflicto de leyes en el tiempo, cuando a una situación de hecho que venía siendo regida por una norma jurídica se le somete a otra norma nueva y se desea indagar si los derechos y demás relaciones jurídicas creadas bajo el imperio de la primera pueden ser desconocidas o no por la segunda.

Adviértase, entonces, que la entrada en vigencia de una norma tiene una sustancial influencia en las cargas, deberes, derechos, obligaciones y en general en todas las situaciones y relaciones jurídicas que entran bajo su cobijo, sea para sanearlas, ora para su constitución o nacimiento, modificación o extinción de las mismas, lo que genera problemas o conflictos en la aplicación de la ley en el tiempo, y plantean el interrogante de cuál es aquella ley bajo cuyo mandato ha de definirse una situación jurídica al sobrevenir una ley nueva que altere o modifique lo que otra establecía.

En la búsqueda de una solución al problema que suscita la temporalidad de las normas jurídicas,

la doctrina clásica *ius privatista* estructuró la noción de los derechos adquiridos, entendidos como todos "...aquellos que han entrado a nuestro dominio en rigor de una ley y que no pueden ser arrebatados o desconocidos por aquel de quien lo hubimos..." (Merlín), definición a partir de la cual se proscribió el efecto retroactivo de la nueva norma cuando se violan esos derechos, pero no cuando se desconocen meras expectativas.

Bajo este criterio, la ley nueva es aplicable siempre que no vulnere derechos adquiridos, o sea, situaciones jurídicas individuales definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley antigua, y que, en consecuencia, quedan incorporadas válidamente al patrimonio de una persona; a contrariedad de lo que sucede con las meras expectativas, esto es, aquellas esperanzas de alcanzar un derecho o la posibilidad de beneficiarse de un resultado jurídico, en cuyo caso nada se opone a que la ley sobreviviente se aplique, porque, como se señala en el artículo 17 de la Ley 153 de 1887, "[l]as meras expectativas no constituyen derecho contra ley nueva que las anule o cercene..."

Otra corriente (Roubier) explicó que el problema se resuelve al distinguir entre las situaciones jurídicas constituidas al entrar en vigencia la ley nueva y las que aún se encuentran en vías de constitución, de manera que las totalmente extinguidas o las ya constituidas no pueden ser vulneradas o desconocidas por la ley nueva (*facta praeterita*) y, contrario sensu, la ley nueva sólo podría ser aplicada a las situaciones que se encuentran en vías de constitución (*facta pendencia*), o a las que se constituyan en el futuro (*facta futura*).

De las tesis anteriores, cuyos matices han dado lugar a una profusa discusión en la ciencia jurídica, se han valido los ordenamientos

para construir la regla general de la irretroactividad de la ley, según la cual, con el fin de mantener la seguridad jurídica y la protección del orden social, la nueva ley no tiene la virtualidad de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que se han cumplido o quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles frente a aquélla cuando frente a una situación de hecho se han realizado totalmente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes.

El efecto retroactivo y la regla que lo prohíbe, se contraponen del efecto general e inmediato de la ley, según el cual la ley sólo rige para el porvenir, esto es, sus disposiciones únicamente se aplican desde el momento en que comienza su vigencia y hacia el futuro, dejando insubsistente la ley anterior, de manera que las situaciones nacidas o los hechos ocurridos durante la vigencia de ésta pero que no alcanzaron a configurarse como verdaderos derechos, entran a ser regulados por la ley nueva. O sea, la ley posterior puede regular ciertas situaciones o hechos jurídicos que, pese a que se originaron bajo el imperio de la ley antigua, no tuvieron la virtualidad de obtener su consolidación como un derecho.

La irretroactividad, entendida, pues, como la no aplicación de la ley a unos hechos o actos jurídicos cumplidos en una fecha anterior a su entrada en vigor, es un principio consagrado en nuestra Constitución Política (arts. 2 y 5

), para evitar el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas y los derechos adquiridos con justo título bajo la vigencia de una ley por la expedición de otra, y en fin, en aras de la seguridad jurídica y el juzgamiento.

Sin embargo, este principio no es de carácter absoluto y cede por autoridad de la propia Carta Política y, por ende, ante principios superiores, como ocurre en el caso de las leyes penales favorables (art. 29 C.P); o por precisas razones de orden público e interés general, con fundamento en las cuales bien puede el Legislador establecer ciertas y expresas excepciones a la misma; o también como sucede en los casos de las leyes interpretativas (arts. 14 y 58 C.R.P.M).

3.2. Así las cosas, en materia de contratos imperan las reglas generales de la prohibición del efecto retroactivo y la supervivencia de la ley antigua.

En efecto, cuando Roubier concluyó que debía exceptuarse del efecto general e inmediato de la ley las consecuencias jurídicas no realizadas de los contratos regidos por normas precedentes, para aceptar que a los mismos continúa aplicándose la ley antigua, fundamentó esa supervivencia de la norma vigente al tiempo de la celebración de los contratos, en que en ellos, con excepción de las condiciones de validez y capacidad, existe un margen amplio de libertad de las partes para manifestar su voluntad en múltiples formas, para obtener los efectos jurídicos por ellos deseados, de suerte que constituyen un acto de previsión, en el que “[l]os contratantes, que vinculan a él sus intereses, saben que pueden esperar del juego de las cláusulas expresas del acto, o incluso de la ley. Es de evidente que la elección hecha por las partes sería inútil si una nueva ley, modificando las disposiciones del régimen en vigor el día en que el contrato fue concluído, viniese a echar por tierra sus previsiones...

En esta misma dirección, al comentar la jurisprudencia francesa Henri, León y Jean Mazeaud, señalan que ésta tiene por sentada la necesidad de “...distinguir entre las situaciones jurídicas no contractuales, que la nueva ley debe alcanzar inmediatamente, de las situaciones contractuales incluso en curso, que no podrían ser modificadas sin perturbar injustamente el equilibrio del contrato con perjuicio de uno de los contratantes (...) Sin embargo, motivos imperiosos de orden público, pero solo ellos, pueden conducir a someter a la ley nueva efectos que normalmente no debía alcanzar...

A su turno, en nuestro orden jurídico, a la par de en que la Constitución Política se garantizan los derechos adquiridos de acuerdo con la ley civil (art. 58 C.P.) con las excepciones en ella prescritas, noción dentro de la cual se comprenden los derechos que emanan de un contrato, en el artículo 38 de la 153 de 1887, se consagra la regla de que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, excepto las concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos resultantes del mismo (procesales) y las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado, que se castigará con arreglo a la ley vigente bajo la cual se hubiere cometido.

A propósito de esta norma, la Corte Suprema de Justicia, en jurisprudencia de vieja data, puntualizó:

“...Es principio aceptado generalmente que a los contratos debe aplicarse la ley vigente en el momento de su celebración y que las leyes nuevas no pueden alterar las relaciones contractuales. Este principio, tiene necesariamente sus excepciones, como cuando no han sido realizados la totalidad de los actos adquisitivos del derecho a la prestación. Pero, tratándose de contratos perfeccionados, celebrados con las formalidades legales, y que han tenido su cumplimiento normal, la ley aplicable es la que regía en el momento de que se celebró la convención...

Por lo demás, la citada norma jurídica, que obstruye el efecto general inmediato de una nueva ley y privilegia la irretroactividad de la misma en el ámbito de los contratos, se justifica en cuanto

ellos no pueden estar sujetos a los constantes cambios o vaivenes de la Legislación, sino que deben gozar de estabilidad y seguridad, como presupuesto que genera confianza en los negocios y relaciones dentro del tráfico jurídico, y si bien puede ser reformada o alterada por una ley posterior que indique expresamente su retroactividad para determinado aspecto de algún tipo de contrato, ello constituye una excepción que debe estar fundamentada en razones de orden público o interés general.

En definitiva, la regla general es que a los contratos en lo relativo a sus elementos de existencia, validez y sus efectos (derechos y obligaciones), se les aplica la ley existente y que rige al momento de su nacimiento o celebración, lo cual implica que, en principio, la ley nueva no puede entrar a suprimirlos o modificarlos, so pena de una ilegítima retroactividad.

De otra parte, el artículo 34 de la Ley 153 de 1887, determina que los actos y contratos celebrados en vigencia de la norma antigua podrán demostrarse con los medios probatorios que esa norma establecía para su justificación (*tempus regit actum*), pero la forma de rendirse se sujeta a la nueva ley.

3.3. Dentro del anterior marco jurídico, los diferentes estatutos de contratación pública han dispuesto, mediante normas especiales, el tránsito de legislación, así:

i.) En el Decreto ley 150 de 1976: “Artículo 203. De los contratos que se están perfeccionando. Los contratos que a la fecha de vigencia de este decreto se estuvieren perfeccionando, podrán continuar su tramitación de acuerdo con las normas antes vigentes o acogerse a las reglas del presente estatuto...”

ii.) En el Decreto ley 222 de 1983: “Artículo 300. De los contratos que se están perfeccionando. Los contratos que a la fecha de vigencia de este estatuto se estuvieren tramitando continuarán dicho procedimiento conforme a las normas antes vigentes”.

iii.) En la Ley 80 de 1993 (actualmente vigente): “Artículo 78. De los contratos, procedimientos y procesos en curso. Los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación.”

Como puede apreciarse, en el Decreto ley 150 de 1976 se dio la posibilidad de escoger entre el régimen anterior y el nuevo para efectos exclusivos del trámite de perfeccionamiento del contrato, facultad que fue suprimida por el Decreto ley 222 de 1983, para en cambio ordenar la aplicación en esta misma materia -procedimiento- de la ley anterior vigente y precedente al nuevo estatuto; mientras que en la Ley 80 de 1993, se amplió la regla al disponer que los contratos (régimen sustantivo), los procedimientos de selección y procesos judiciales en curso, se regirán por las normas vigentes al momento de su celebración o iniciación, según el caso.

De otra parte, la lectura del artículo 78 de la Ley 80 de 1993, debe realizarse conjuntamente con lo prescrito en el inciso segundo de su artículo 81, en virtud del cual, a partir de su promulgación, la cual tuvo lugar el 28 de octubre de 1993 en el Diario Oficial No. 41.094, entraron a regir varias de sus normas relacionadas -entre otras materias- con el contrato de concesión, la fiducia pública, el encargo fiduciario y los servicios y actividades relacionadas con telecomunicaciones

. A su vez, el inciso tercero de esta última norma, estableció que las demás disposiciones de la Ley 80 de 1993, entrarían a regir el 1º de enero de 1994, salvo las disposiciones relativas a

registro, clasificación y calificación de proponentes, cuya vigencia se iniciaría un año después de la promulgación de esta ley.

Por último, conviene mencionar que el régimen aplicable a los contratos adicionales suscritos en vigencia de la Ley 80 de 1993, pero que adicionan un contrato principal celebrado bajo la vigencia del Decreto ley 222 de 1983 -o incluso otra normativa-, es aquel vigente al momento de la celebración del contrato principal del cual derivan su existencia, tal y como lo explicó la Sala en el siguiente pronunciamiento:

“...¿cuál es el régimen contractual aplicable a esos contratos adicionales si éste se concibe como un nuevo contrato? (...) La respuesta a dichos interrogantes la suministran las mismas disposiciones de los distintos estatutos contractuales precitados porque ambos ordenamientos claramente disponen y coinciden en que los contratos que se estuvieren tramitando continuarían contractualmente sometidos a la norma anterior vigente o que los contratos en curso continuarían sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación.

Queda claro entonces que frente a los contratos adicionales, sin perjuicio de su independencia frente al contrato principal, se rigen por el estatuto contractual vigente al momento de la celebración del contrato principal del cual derivan su existencia - mas no su validez - como contratos adicionales a aquel que se encuentra en curso o en trámite; por lo tanto, como se observa en materia de existencia y regulación contractual es obvio que los contratos adicionales deben ir bajo la misma norma que reguló el inicial, con mayor razón si se tiene en cuenta que por regla general el contrato adicional se sigue por las estipulaciones del contrato principal en aquellas cláusulas en las cuales no se adicionó...

(negrilla por fuera del texto original).

En este orden de ideas, la regla de acuerdo con la cual se entienden incorporadas las normas existentes al tiempo de celebración del contrato, tiene por efecto que ellas se aplican durante toda la vida del contrato, es decir, hasta su terminación por agotamiento del plazo acordado y el de sus prórrogas celebradas.

4. EL CASO CONCRETO

Los problemas jurídicos que ocupan la atención de la Sala, de acuerdo con los cargos formulados por la demandante, se concretan en establecer: i) cuál es el régimen jurídico aplicable al convenio celebrado el 12 de noviembre de 1991 entre el SENA y ASCONFECCIÓN; y, una vez dilucidado este asunto, ii) si se probaron los supuestos fácticos en los cuales descansan sus acusaciones y reclamaciones, que convergen en la falta de pago de unos gastos efectuados por ASCONFECCIÓN.

4.1. Lo demostrado en el proceso

Dentro del proceso quedaron acreditadas las siguientes circunstancias particulares y relevantes en el desarrollo de la relación comercial del caso sub iudic

:

4.1. Que entre el SEN

y ASCONFECCIÓN

, se celebró el 12 de noviembre de 1991 un convenio de cooperación (copia auténtica fls. 149 a 154 cd. 2), cuyo objeto era el desarrollo de acciones de formación y capacitación profesional y servicios tecnológicos que requieren las empresas del subsector de las confecciones, para lo cual las partes debían:

- “1. Desarrollar planes conjuntos de formación de supervisores y demás mandos que requieran las empresas confeccionistas.
2. Establecer planes de capacitación para los gerentes de empresas, de acuerdo con los nuevos modelos económicos de apertura y reestructuración industrial.
3. Definir planes de actualización tecnológica de operarios de las empresas buscando niveles de alta productividad y calidad.
4. Desarrollar programas en los diferentes niveles ocupacionales de las empresas sobre gestión productiva, ingeniería industrial y tecnología organizacional.
5. Establecer para las empresas programas específicos de asistencia técnica, asesoría y otros servicios tecnológicos que faciliten su actualización tecnológica y organizacional.
6. Utilizar para las diferentes acciones programadas, expertos internacionales y nacionales que garanticen resultados esperados.
7. Capacitar los docentes del SENA del área y prestar asesoría organizacional a los Centros y Programas...” (Cláusula primera).

Como resultados esperados se acordó: la formación de 720 operarios de máquina con calidad y productividad; formación de 180 supervisores de línea de producción y calidad; formación en desarrollo gerencial de 120 gerentes de empresas; atención a empresas del subsector en organización de los procesos productivos; desarrollo de 20 jornadas tecnológicas a nivel nacional; asistencia técnica de 20 empresas; actualización y capacitación de 36 docentes SENA y asistencia organizacional y tecnológica por parte de expertos extranjeros a los centros del SENA en las 6 ciudades programadas en el plan de acción (cláusula segunda).

Las acciones de capacitación y prestación de servicios tecnológicos se estipuló que no generaría ningún costo para los usuarios (cláusula quinta); y como presupuesto del convenio se pactó la suma \$55.432.000.00, de los cuales al SENA le correspondía aportar \$11.086.000 y a ASCONFECCIÓN \$44.345.600 (cláusula séptima); el plazo de duración del convenio se estableció en un año, contado a partir de su perfeccionamiento (cláusula undécima).

4.2. Que mediante documento de 10 de noviembre de 1992, se prorrogó el citado convenio por un año más en las condiciones inicialmente pactadas, pero con la salvedad de que la transferencia de recursos regionales futuros para desarrollar los objetivos se debía hacer mediante acuerdo adicional (copia auténtica a fl. 135 cd. 2).

4.3. Que las partes suscribieron una adición al convenio con fecha 4 de febrero de 1993, mediante la cual acordaron que el SENA asumiría un aporte total por \$85.000.000, equivalente al 50% del valor del convenio, para adelantar nuevas acciones de acuerdo con el Plan de acción a 1993, relacionadas con el reentrenamiento de por los menos 92 docentes del SENA; reestructuración para el desarrollo empresarial a través de entrenamiento y actualización de asesores de empresa; apoyo interinstitucional a través de programas específicos según las

necesidades reales de las industrias en regionales seleccionadas, y prestación de servicios de asistencia técnica y asesoría gerencial con la intervención combinada de expertos internacionales y asesores de empresa SENA (copia auténtica fls. 128 a 131 cd. 2).

4.4. Que, posteriormente, en adición al convenio de fecha 22 de noviembre de 1993, se acordó, entre otros aspectos, que se podían contratar los recursos humanos formados a través del convenio, necesarios para dar continuidad a las acciones de multiplicación y transferencia de tecnologías; no obstante, para ejecutar cualquier recurso de los asignados por el SENA, se estipuló que se requería de su autorización previa y escrita. Además, se previó en este adicional, en cuanto al sistema de ejecución de recursos del SENA, lo siguiente: i) los recursos debían ser manejados en cuenta bancaria independiente; ii) la apertura de una cuenta en la contabilidad financiera para las actividades del convenio en que se causen gastos con cargo a los aportes del SENA; iii) la auditoría permanente por parte de la Oficina de Control del SENA de los recursos por ella aportados al convenio; y iv) utilizar un mecanismo bancario que generara rendimientos, los cuales, de común acuerdo, se aplicarían a las actividades concertadas. Finalmente, el convenio fue prorrogado por un año más, contado a partir del 12 de noviembre de 1993 (copia auténtica fls. 92 a 94, 118 a 120 cd. 2).

4.5. Que mediante acuerdo de 10 de noviembre de 1994, la partes estipularon una prórroga al término del convenio por un año más, contado a partir del 12 de noviembre de 1994, dejando claramente establecido que “[e]n todo lo que no sea contrario a lo acordado en el presente documento, continúan vigentes el Convenio Principal, suscrito el 21 de noviembre de 1991, la prórroga del 10 de noviembre de 1992 y las adiciones de febrero 4 y noviembre 22 de 1993...” (copia auténtica fl. 113 cd. 2).

4.6. Que, según informó el Jefe de Industria y Construcción del SENA - coordinador y evaluador del convenio- a la Auditoría General ante esa entidad, en comunicación de 28 de julio de 1993 (copia auténtica a fls. 36 y 37 cd. 2), los aportes del SENA por \$85.000.000 más sus rendimientos financieros se encontraban en una corporación de ahorro y vivienda hasta tanto se definieran las acciones operativas del convenio y se efectuaran los ajustes administrativos para su manejo, de acuerdo con reunión sostenida con ASCONFECCIÓN el 11 de junio de ese año (acta en copia auténtica a fl. 105 a 107 cd 3).

4.7. Que, de acuerdo con el acta de la reunión del comité directivo SENA - ASCONFECCIÓN de fecha 7 de noviembre de 1995 (copia auténtica fls. 49 a 54 cd. 2), se subrayó que al realizarse una visita a las oficinas de ASCONFECCIÓN con el objeto de verificar los libros de contabilidad y los soportes contables, el SENA se enteró que no se llevaban libros contables y que no se había abierto la cuenta bancaria independiente para los recursos aportados por el SENA.

Igualmente, en el acta que recoge lo sucedido en dicha reunión, se menciona que ASCONFECCIÓN, según informe financiero por ella presentado, había utilizado los rendimientos de la inversión inicial de \$35.000.000 de recursos del SENA en gastos del convenio, sin haber obtenido su autorización; y que los soportes para justificar los gastos del mismo sumaban \$52.670.003, cifra que al descontarle los gastos cancelados a la empresa INEXMODA por valor de \$14.798.514, implicaba que el valor del convenio ascendía a la suma de \$37.871.489, con cargo a cada una de las partes del convenio a razón de \$18.935.744.

Así mismo, se señaló en dicho documento que al no encontrarse los comprobantes por la suma de \$11.680.000 cancelada al experto Donald Hague, ASCONFECCIÓN presentó certificación

de pago, y aclaró, de una parte, que los convenios con “INEXMODA y la C.E.E.” son complementarios para el desarrollo del suscrito con el SENA, siendo ellos la fuente de sus ingresos y, por tanto, aporte al convenio; y de otra, que los rendimientos financieros se han invertido y utilizado para el pago de gastos de Gabinete Técnico.

4.8. Que, de acuerdo con el informe de 20 de noviembre de 1995, de la Jefatura de la Oficina de Control del SENA (copia auténtica a fls. 41 a 48 cd. 2), al revisarse la documentación presentada por ASCONFECCIÓN para el reconocimiento de los gastos realizados por la acción del “Gabinete Técnico”, se encontró que los soportes corresponden a desembolsos efectuados por INEXMODA por valor de \$86.832.516, para atender gastos de ese gabinete relacionados con honorarios, seguros, arrendamientos, y participación en ferias, entre otros, comprendidos entre enero de 1994 y julio de 1995.

De otra parte, se menciona en dicho informe que ASCONFECCIÓN presentó soporte de pago efectuado por concepto de Asesoría del señor Donald Hague, experto Inglés, por valor de \$11.680.000, como aporte suyo al convenio; y que consolidada la información se concluye en cuanto al efecto multiplicador del Gabinete Técnico, lo siguiente: i) los gastos de INEXMODA con comprobantes de 21 de septiembre y 7 de noviembre, ascienden a la suma de \$101.631.130; ii) los gastos con comprobantes SENA-ASCONFECCIÓN, a \$37.871.489, iii) el total del Gabinete Técnico a la suma \$139.502.619, discriminados en un “aporte total aceptado” del SENA por \$37.871.489 y de ASCONFECCIÓN (INEXMODA) por \$101.631.130.

Se consignó en el citado informe que como el aporte total del SENA fue \$85.000.000 y el valor de las acciones reconocidas \$58.513.243, quedaba una diferencia de \$26.468.757, más los rendimientos financieros a diciembre de 1995 de \$17.992.18, lo cual arrojaba como saldo total a favor del SENA la suma de \$44.478.944, que deben reintegrarse por vencer el convenio el 12 de noviembre de 1995 y entrar en el proceso de liquidación definitiva.

4.9. Que durante el primer trimestre de 1996, el SENA intentó realizar la liquidación bilateral del convenio suscrito con ASCONFECCIÓN, pero no se logró pues ASCONFECCIÓN no suscribió la respectiva acta que se le puso a disposición y tampoco produjo o expresó formalmente observaciones o reclamaciones escritas en relación con la misma, según se deduce de los siguientes documentos que dan cuenta de las actividades que se agotaron para el cumplimiento de dicha labor:

a) Oficio de 22 de enero de 1996, en el que el SENA, teniendo en cuenta la imposibilidad de asistir por ASCONFECCIÓN a la reunión programada para el 20 de diciembre de 1995, la convoca a otra reunión para el día 29 de enero de 1996, con el objeto de realizar la evaluación final del convenio, de acuerdo con el informe presentado por la División del Sector Industria y Construcción y la Oficina de Control del SENA y que le fuera previamente remitido (copia auténtica a fl. 67 cd. 3).

b) Oficio de 2 de febrero de 1996, en el que el SENA invocando la inasistencia de ASCONFECCIÓN a las reuniones programadas para los días 20 de diciembre de 1995 y 29 de enero de 1996, y teniendo en cuenta el vencimiento del convenio, envió a la misma el acta de liquidación bilateral, elaborada con base en el informe de 20 de noviembre de 1995, según la cual el saldo a cargo de ASCONFECCIÓN es de \$26.468.757 por concepto de aportes SENA, más \$17.992.187 por concepto de rendimientos financieros a 31 diciembre de 1995 (copia auténtica fl. 55 a 64 cd. 2).

c) Acta de la reunión de 12 de febrero de 1996 (fls. 42 a 43 cd. 3), en la que ASCONFECCIÓN se compromete a contestar el requerimiento de devolución del acta de liquidación entregada el 31 de enero de 1996 para su firma, toda vez que el representante legal de ésta manifestó no estar de acuerdo con ella y señaló que la devolvería antes del 16 de febrero de ese año, con las observaciones correspondientes.

d) Oficio de 21 de febrero de 1996, mediante el cual el SENA, a través del Jefe de la División de Sector Industria y Construcción, le solicita a ASCONFECCIÓN la devolución del acta de liquidación remitida, con las observaciones a que hubiere lugar, así como los comprobantes de pago enunciados en la reunión de 12 de febrero de 1996 (fl. 41 cd. 3).

e) Memorando interno de 29 de febrero de 1996 dirigido por el Subdirector (e) de Formación Profesional y Desarrollo Social del SENA al Subdirector de Planeación, mediante el cual, teniendo en cuenta que ASCONFECCIÓN no ha devuelto el acta de liquidación, ni se ha recibido por parte de ella alguna comunicación al respecto, invita a una reunión para el 5 de marzo de 1996, con el fin de adelantar el proceso de liquidación del convenio, junto con el Subdirector Administrativo y Financiero y los Jefes de Control, Jurídica y Sector Industria y de la Construcción (fls. 46 cd. 3).

f) Acta de 5 de marzo de 1996, en la que consta la reunión sostenida por los anteriores funcionarios del SENA, y quienes en su calidad de miembros del Comité Directivo del Convenio, adoptan la decisión de liquidar unilateralmente el convenio, ante el incumplimiento de ASCONFECCIÓN de su compromiso de enviar antes del 16 de febrero de 1996 los documentos para legalizar el estado financiero del convenio y las observaciones al acta de liquidación enviada para su firma (fls. 97 a 109 cd. 2).

4.10. Que, mediante Resolución No. 00063 de 21 de mayo de 1996, expedida por la Dirección General del SENA (copia auténtica a fls. 17 a 19, 110 a 112 cd. 2), se adoptó la liquidación del convenio SENA - ASCONFECCIÓN, efectuada unilateralmente por el SENA, contenida en el acta de 28 de marzo de 1996 (copia auténtica a fls. 75 a 76 cd. 3), con base en el informe presentado por la Oficina de Control Interno y la División de Industria y Construcción, según la cual queda a favor del SENA y a cargo de ASCONFECCIÓN la suma de \$44.478.944; y se ordenó el reintegro a ASCONFECCIÓN de la anterior suma, dentro de los 5 días siguientes a su ejecutoria, decisión que se indicó presta mérito ejecutivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 del C.C.A.

De acuerdo con las consideraciones expuestas en este acto, el mismo se expidió luego de haber sido requerida ASCONFECCIÓN para realizar la liquidación bilateral del convenio y guardar silencio respecto de la misma.

Además, se consigna que el aporte del SENA al convenio ascendió a la suma de \$85.000.000 y que los gastos con cargo a tal aporte fueron de \$58.000.000, para un saldo de \$26.468.757, que sumados a los rendimientos financieros a 31 de diciembre de 1995 por \$17.992.187, arrojaba un saldo total a favor del SENA de \$44.478.944; en cuanto a los aportes de ASCONFECCIÓN se consigna la suma de \$122.720.661, de los cuales \$21.089.531 corresponden a gastos de acciones varias y \$101.631.130 a gastos realizados por INEXMODA; como suma total del convenio se consigna la cifra de \$180.983.904.

4.11. Que, la anterior resolución fue notificada personalmente el 28 de marzo de 1996 al representante legal de ASCONFECCIÓN (fl. 19 y 112 cd. 2), y quedó en firme, pues, mediante

Resolución No. 0590 de 25 de julio de 1996 (notificada a su vez el 9 agosto de 1996, fl. 34 ídem), se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la misma (copia auténtica a fls. 24 a 29 cd. 2), en la cual se señaló que ASCONFECCIÓN recibió \$85.000.000, equivalentes al 50% del convenio; que ella debía entregar la suma de \$17.000.000 por concepto de rendimientos financieros; que jamás demostró como utilizó \$26.468.757, suma que quedó como saldo de las acciones adelantadas por ella; que, en fin, "...el recurrente no da explicación ninguna sobre la forma como ASCONFECCIÓN utilizó las sumas que quedaron a su cargo y que por tanto reclama el SENA..." (Copia auténtica a fls. 20 a 26 cd. 2).

Conocidos los anteriores hechos la Sala pasará a estudiar los puntos de fondo, planteados en la apelación.

4.2. El régimen de derecho aplicable al convenio de cooperación de 12 de noviembre de 1991.

Los hechos establecidos con la prueba allegada al proceso, permiten aseverar que el negocio jurídico celebrado entre el SENA y ASCONFECCIÓN, cuyo objeto fue el desarrollo de acciones de formación profesional y servicios tecnológicos en el subsector de la industria de la confección, es un típico convenio especial de cooperación para el fomento de la ciencia y tecnología.

Como arriba se explicó, el convenio especial de cooperación es una de las modalidades permitidas para la asociación entre el Estado y los particulares, con el fin de desarrollar actividades científicas y tecnológicas; se trata, pues, de un negocio jurídico nominado y disciplinado en los decretos legislativos 393 y 591 de 1991 (este último en sus artículos 2, 8, 9, 17 y 19), que establecen sus reglas y requisitos.

El convenio especial de cooperación nace cuando se aporta conjuntamente por las partes recursos de distinta índole (en dinero, en especie o en industria) para facilitar, fomentar, desarrollar y alcanzar en común algunos de los propósitos contemplados en las normas de ciencia y tecnología, y su contenido se determina en virtud del Decreto ley 393 de 1991. Revisado el clausulado del convenio del sub lite, se pudo apreciar que el mismo está en consonancia con las disposiciones de las normas especiales que lo regulan, en tanto, las acciones y servicios están directamente relacionados con las actividades que se entienden como científicas y tecnológicas (art. 2 Decreto ley 591 de 1991) y, además, se estipuló el aporte de cada una de las partes del mismo.

De otra parte, el convenio objeto de este litigio, fue suscrito el 12 de noviembre de 1991, razón por la cual su régimen jurídico aplicable es anterior al previsto en la Ley 80 de 28 de octubre de 1993, estatuto contractual de la administración actualmente vigente, toda vez que su celebración tuvo lugar antes de que esta normativa entrara a regir en la mayoría de sus disposiciones a partir del 1 de enero de 1994 y, en particular, respecto de estos negocios jurídicos de la administración, de conformidad con lo dispuesto por su artículo 81.

En otras palabras, como quiera que el convenio de SENA - ASCONFECCIÓN nació y se perfeccionó bajo el imperio de una legislación precedente a la Ley 80 de 1993 (Decreto ley 222 de 1983, Ley 29 de 1990, Decretos ley 393 y 591 de 1991), dicho estatuto de contratación no le resulta aplicable, toda vez que, la regla general, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, es que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración, disposición reiterada por la propia ley 80 en su artículo 78, según también fue explicado en esta providencia.

Ahora bien, cabe observar que no resulta de recibo la tesis del libelista en virtud de la cual al convenio si le es aplicable la Ley 80 de 1993, por cuanto las partes, el 10 de noviembre de 1994, esto es, en vigencia de aquella, suscribieron una prórroga al contrato, pues, este hecho no altera ni modifica la regla antes expuesta.

En efecto, según se dijo, la jurisprudencia aclaró que los contratos adicionales suscritos en vigencia de la Ley 80 de 1993, que adicionaran un contrato celebrado al amparo del Decreto ley 222 de 1993 (o bien otra normativa), sin perjuicio de su interdependencia frente al contrato principal, se rigen por el estatuto vigente al tiempo de la celebración de éste y del cual derivan su existencia, máxime aun cuando, en el sub lite, dicha prórroga simplemente amplió el término de ejecución del convenio principal y dejó claramente establecido que continuaban vigentes sus estipulaciones, así como las de la prórroga de 10 de noviembre de 1992 y las adiciones de febrero 4 y noviembre 22 de 1993, de manera que las obligaciones y derechos originales se mantuvieron intactos, sin que pueda predicarse, ni por asomo, la existencia de una novación, o siquiera la fijación de nuevas prestaciones inconexas con su objeto.

Por último, como se advirtió, la Ley 80 de 1993 no derogó la Ley 29 de 1990, ni el Decreto ley 393 de 1991, ni los artículos 2, 8, 9, 17 y 19 del Decreto ley 591 de 1991, normativas que conservaron su vigencia y que resultan aplicables a los convenios de cooperación en ciencia y tecnología, como el del sub examen.

En este orden de ideas, contrario a lo sostenido por la actora, no actuó al margen del derecho el Tribunal a quo cuando afirmó que al convenio SENA - ASCONFECCIÓN no le era aplicable la Ley 80 de 1993, motivo por el cual no prospera el cargo formulado en este sentido contra la sentencia impugnada.

4.3. Los presuntos gastos con cargo al convenio y alegados como no pagados a la actora.

En opinión de la recurrente, la sentencia impugnada desconoció que en la resolución atacada se hace un resumen de gastos, en el cual se aceptan como gastos de ASCONFECCIÓN los realizados por INEXMODA, lo cual, a su modo de ver, se confirma en la respuesta a la demanda. Para la Sala este cargo tampoco tiene vocación de prosperar, por lo siguiente:

El acervo probatorio muestra que, inicialmente, como presupuesto del convenio se pactó la suma \$55.432.000.00, de los cuales al SENA le correspondía aportar \$11.086.000 y a ASCONFECCIÓN \$44.345.600 (cláusula séptima); luego las partes en el adicional al convenio con fecha 4 de febrero de 1993, acordaron que el SENA asumiría un aporte total por \$85.000.000, equivalente al 50% del valor del convenio; y en el adicional de fecha 22 de noviembre de 1993, se acordó, entre otros aspectos, que se podían contratar los recursos humanos formados a través del convenio, necesarios para dar continuidad a las acciones de multiplicación y transferencia de tecnologías y que para ejecutar cualquier recurso de los asignados por el SENA, se requería de la autorización previa y escrita de éste.

En realidad, ASCONFECCIÓN debió probar y no lo hizo, como lo anotó el Tribunal a quo, que fue autorizada por el SENA para realizar una serie de gastos directa o indirectamente -por conducto de un tercero que no hacía parte de la relación jurídica-, como también en qué actividades propias del convenio fueron invertidos los recursos aportados por aquella, carga probatoria a la cual fue inferior (art. 177 C.P.C.), en tanto el expediente se encuentra huérfano de prueba alguna aportada por la actora en relación con dicha autorización y también de cualquier documento u otro medio de convicción relacionado con el soporte financiero de las operaciones

y las actividades ejecutadas en el convenio, cuyo reconocimiento pecuniario pretende (soportes, estados financieros, facturas, libros de contabilidad, dictamen pericial, testimonios, etc.), lo cual conduce a desestimar sus argumentos a este respecto.

Además, se alegó en el recurso de apelación que INEXMODA actuó como mandataria de la actora, o sucesora delegataria de ella, para estructurar la existencia de una supuesta relación contractual entre el SENA e INEXMODA; no obstante lo cual, es claro que INEXMODA, no era parte cocontratante del convenio enjuiciado ni de sus adicionales, por el contrario, se trata de un tercero en el negocio jurídico celebrado entre el SENA y ASCONFECCIÓN, de manera que los gastos que ella hubiese realizado no pueden serle trasladados a la entidad pública demandada si no fueron asumidos y autorizados por ella, de acuerdo con los requisitos establecidos, lo cual, se reitera no logró acreditarse; es decir, no se demostró una obligación por parte del SENA para el pago de dichos gastos con cargo al convenio celebrado.

Igualmente, repárese que el artículo 7 del Decreto ley 393 de 1991, aplicable a los convenios de cooperación como el sub iudice, determinó que no existe solidaridad entre las personas que lo celebren, lo cual significa que el SENA y ASCONFECCIÓN responden cada una por las obligaciones que hubieran asumido cada una frente a terceros en desarrollo del convenio, cuya naturaleza según se explicó es de cooperación para el logro de propósitos comunes en materia de ciencia y tecnología.

Para la Sala, ocurre algo similar en cuanto al argumento de que el SENA insistió en la ejecución de las actividades del convenio a pesar de que el aporte de ASCONFECCIÓN se había agotado, el cual, además, de ser traídos en esta instancia al proceso en el recurso de apelación, no cuenta con respaldo probatorio.

Por otra parte, no es de recibo tampoco el argumento de que en la contestación de la demanda, el SENA habría aceptado esos gastos y juzgado que se trata de un deterioro a su patrimonio y en su beneficio, no sólo porque de las pruebas se concluye en sentido diverso, esto es, que en el propio acto acusado la entidad pública demandada determinó los gastos de sus aportes con cargo al convenio y los que no, sino porque en virtud del artículo 199 del Código de Procedimiento Civil -aplicable en lo contencioso administrativo por expresa remisión del artículo 168 del C.C.A.- no vale la confesión, sea espontánea o provocada, de los representantes judiciales de la Nación, los departamentos, los distritos especiales, los municipios y los establecimientos públicos, como también el artículo 218 del Código Contencioso Administrativo, restringe el allanamiento de la demanda por parte de las entidades públicas como el SENA, en la medida en que para su eficacia se requiere de autorización expresa y escrita del Ministerio al cual se encuentra adscrita, y en todo caso, ninguno de estos dos eventos es aceptado por la demandada a lo largo del proceso.

Adicionalmente, la tesis del actor en el sentido de que la sentencia de primera instancia desconoce que en la propia resolución se acepta por el SENA los gastos que reclama, resulta jurídicamente paradójica o, por lo menos, contradictoria, en la medida en que parte de la base de demostrar los hechos en que fundamenta sus pretensiones anulatoria, de incumplimiento y resarcitoria, a través del mismo acto administrativo cuya nulidad se demanda en su totalidad, es decir, de la invalidez del acto intenta desprender efectos jurídicos a su favor, lo cual ciertamente no puede ser de recibo y confirma la falta de elementos probatorios que sustenten sus planteamientos.

En suma, según observa la Sala las conclusiones del a quo resultan congruentes con el acervo probatorio del proceso, en cuanto la actora no acreditó las inversiones en acciones materia del

convenio y su ejecución por parte de INEXMODA con la autorización previa y escrita del SENA; no probó que la actora haya incurrido en gastos que no fueron cubiertos con cargo al aporte del SENA, debiendo serlo y, por tanto, que ello le haya ocasionado un detrimento patrimonial que debió reconocerse por el accionado; tampoco que el SENA debiera asumir costos de ejecución del convenio en valores mayores al porcentaje que en ejecución se estimó en la resolución atacada, por cada una de las partes del mismo; y, además, se vislumbró su renuencia para acordar la liquidación del convenio que ahora demanda.

5. CONCLUSIÓN

En síntesis, dado que la Ley 80 de 1993 no era aplicable al convenio SENA- ASCONFECCION, porque fue suscrito con antelación a su vigencia, lo cual por sí sólo, como lo percató el Tribunal a quo hubiera bastado para negar las pretensiones de la demanda, porque cuando se pretende la nulidad de actos administrativos el juez se limita al examen de la infracción de las normas indicadas como violadas en la demanda en cumplimiento del numeral 4 del artículo 137 frente al acto acusado, lo cual constituye la causa petendi, lo cierto es que tampoco se acreditó la situación fáctica en que fundamentó la litis la actora, esto es, los gastos reclamados en acciones materia del convenio y su ejecución por parte de un tercero -INEXMODA- con la autorización previa y escrita del SENA o su aceptación.

Por lo tanto, concluye la Sala que el recurso de apelación no puede prosperar y, en consecuencia, la sentencia impugnada será confirmada.

Finalmente la Señora Consejera, doctora Myriam Guerrero de Escobar, manifestó a la Sala su impedimento para conocer del proceso de la referencia, por encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 2 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, que prescribe: “Haber conocido del proceso en instancia anterior, el juez...”. Por lo anterior, la Sala aceptará el impedimento.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: ACÉPTASE el impedimento manifestado por la doctora Myriam Guerrero de Escobar.

SEGUNDO: CONFÍRMASE la Sentencia de 4 de febrero de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, mediante la cual decidió negar las pretensiones de la demanda, por los motivos expuestos en esta providencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE, en firme este proveído, el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA Presidente
de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

