



**Función Pública**

## Concepto 131381 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000131381\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000131381

Fecha: 15/04/2021 04:56:44 p.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: Respuesta a solicitud de concepto jurídico, ruta frente al presunto incumplimiento de las obligaciones pactadas en el convenio No. 196 de 2016 suscrito con OEI - - RADICADO: 20212000122361 del 8 de abril de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia mediante la cual solicita a esta Dirección Jurídica la ruta jurídica a seguir, frente al presunto incumplimiento de las obligaciones a cargo de OEI pactadas en el convenio de cooperación internacional No. 196 de 2016, me permito manifestar que en cumplimiento de las funciones asignadas por el Artículo 16 del Decreto 430 de 2016, en particular, la contemplada en el numeral 7<sup>1</sup>, se presentan las siguientes observaciones sobre el asunto de la referencia, así:

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS IBEROAMERICANOS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA (OEI)

Naturaleza de la OEI: Es un Organismo Internacional de carácter gubernamental para la cooperación entre los países iberoamericanos en los campos de la educación, la ciencia, la tecnología y la cultura en el contexto del desarrollo integral. (Artículo 1º, Ley 30 de 1989.)

Capacidad: Para el cumplimiento de sus fines, la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura, podrá celebrar acuerdos y suscribir convenios y demás instrumentos legales con los Gobiernos Iberoamericanos, con otros Gobiernos, con Organizaciones Internacionales y con Instituciones, Centros y demás entidades educativas, científicas y culturales. (Artículo 3º, Ley 30 de 1989.)

Órganos de la OEI: Se rige por su órgano legislativo, que es la Asamblea General de la OEI, y por los órganos delegados que son el Consejo Directivo y la Secretaría General. A su vez, tiene como órgano de consulta las Conferencias Iberoamericanas. (Artículo 6, Ley 30 de 1989.)

1. ANTECEDENTES CONVENIO DE COOPERACIÓN No. 191 de 2016 entre el DAFP y la OIE.

Objeto: “La cooperación entre la OEI y la Función Pública, para apoyar la intervención archivística de información producida y recibida por la entidad, así como la adquisición e implementación de un sistema de gestión documental electrónica”

Alcance del convenio: Intervenir archivísticamente el fondo acumulado que se encuentra ubicado en la sede COLDEPORTES, realizando un inventario en estado natural, elaboración y aplicación de Tablas de Valoración Documental, Digitalización y Publicación de la información según las especificaciones técnicas establecidas por los Anexos N° 1 - Especificaciones Técnicas, N° 2 - Ficha Técnica del Sistema de Gestión Documental Electrónica y N° 3 -. Requerimientos Funcionales y Técnicos del Sistema de Gestión Documental Electrónica, los cuales hacen parte integral de los Estudios Previos y del Convenio.

VALOR: \$1.700'000.000 M/CTE, los cuales se aportaron por las partes así:

Aportes

Por parte de la OEI: \$850'000.000

Por FUNCIÓN PÚBLICA \$850'000.000

A la fecha los desembolsos a cargo de Función Pública se realizaron en su totalidad.

## 2. PRÓRROGA E INCUMPLIMIENTOS.

El convenio 191 de 2016 lleva ocho prórrogas, la última efectuada el 12 de febrero de 2021; con plazo de ejecución hasta el 30 de mayo de 2021.

Según el oficio 20212000084311 del 10 de marzo de 2021 dirigido a la doctora CONSUELO MONSALVO, Directora Jurídica de la Organización de Estados Iberoamericanos - OEI, se deja en evidencia los requerimientos realizados por parte del DAFP en materia de incumplimientos al mencionado convenio, así:

*1. Incumplimiento reiterativo en las actividades definidas en el Cronograma: A la fecha, de las ocho actividades que debían estar ejecutadas al 100%, no hay ningún avance, y dos actividades que deberían estar en ejecución desde el 23/02/2021 no han iniciado; es de resaltar que en las reuniones de seguimiento realizadas, el proveedor manifiesta que avanza en temas internos (reestructuración de librerías, interfaz gráfica e integración de los módulos); sin embargo, estos procesos no están contemplados en el cronograma; lo cual denota fallas de planeación.*

*2. Retraso en la ejecución: Desde la suscripción de la prórroga (12/02/2021) al 05/03/2021 hay tres semanas de ejecución en el cual no se cuenta con avance en ninguna de las actividades previstas y necesarias para dar cumplimiento a los términos establecidos; poniendo en riesgo la ejecución del convenio.*

*3. Materialización de riesgos sin evidencia de tratamiento: En reunión de seguimiento efectuada el 24/02/2021, la supervisión del Convenio solicitó que se efectuara la gestión del riesgo materializado e información frente a las medidas de contingencia, tratamiento y mitigación; sin embargo, dicha información no fue suministrada y el cronograma que el proveedor estuvo ajustando, fue incumplido nuevamente; situación que debe resolverse de raíz y con efectividad.*

Es de resaltar la preocupación frente a los compromisos indicados en la Cláusula Quinta, numeral 4 del Convenio:

*“Estructurar un Plan de Trabajo Operativo que incluya la planeación detallada de los recursos a utilizar y la metodología a aplicar para garantizar el cumplimiento de cada una de las actividades y servicios que conforman el Convenio, así como elaborar la matriz de riesgos que contemple la forma de mitigar las eventualidades durante la ejecución...”*

Respecto a la ejecución actual, se evidencia falta de efectividad en la Planeación operativa, metodología; hay riesgos materializados que no cuentan con evidencia de la gestión respectiva; así como fallas en la entrega oportuna de información solicitada por la supervisión. (Negrilla fuera del texto original)

### 3. ASPECTOS A TENER EN CUENTA PARA ESTABLECER LA RUTA POR INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO.

De acuerdo a los anteriores antecedentes se evidencia un incumplimiento de lo pactado en el convenio por parte de la OEI. Al respecto, el convenio establece:

CLÁUSULA VIGÉSIMA.- CAUSALES DE TERMINACIÓN: "(...) d) Por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones;

CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA: MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: «Cualquier diferencia que surja entre las partes con ocasión de la firma, ejecución, interpretación, prórroga o terminación del presente Convenio de Cooperación, así como de cualquier otro asunto relacionado con el mismo, serán sometidas a la revisión de las partes para buscar un arreglo directo, en un término no mayor a cinco (5) días hábiles, contados a partir de la fecha en que cualquiera de las partes comunique por escrito a la otra parte la existencia de una diferencia y la explique someramente. Si las controversias no pueden ser resueltas de forma directa entre las partes, se deberá acudir obligatoriamente a los Mecanismos Alternativos para la Solución de Conflictos, tales como la conciliación y la transacción; de conformidad con el Artículo 68 de la Ley 80 de 1993<sup>2</sup>. El acuerdo al que se llegue, en la conciliación si hay lugar a ella, es de obligatorio cumplimiento para las partes». (Destacado nuestro)

En virtud de a las anteriores cláusulas, en el convenio se pactó que ante cualquier diferencia que surja entre las partes con ocasión de la firma, ejecución, interpretación, prórroga o terminación del mismo, así como de cualquier otro asunto, se podrá acudir:

- Revisión de las partes para buscar un arreglo directo, en un término no mayor a cinco (5) días hábiles, contados a partir de la fecha en que cualquiera de las partes comunique por escrito a la otra parte la existencia de una diferencia y la explique someramente.

- Si las controversias no pueden ser resueltas de forma directa entre las partes, se deberá acudir obligatoriamente a los Mecanismos Alternativos para la Solución de Conflictos, tales como la conciliación y la transacción.

Sobre estos últimos Mecanismos Alternativos para la Solución de Conflictos, se tiene que:

#### CONCILIACIÓN

Es un acuerdo entre las partes, pero interviene un tercero neutral denominado conciliador.

Debe constar en acta que debe reunir los requisitos establecidos en la ley 640 de 2001.

Hacen tránsito a cosa juzgada, y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo.

Acta de conciliación.

#### TRANSACCIÓN

Es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.

No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa. (Artículo 2469 del Código Civil Colombiano)

No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción. Art. 2470 del código civil.

La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los Artículos precedentes (Artículo 2483 del Código Civil Colombiano)

Las partes suscriben un acuerdo. Las partes recíprocamente renuncian parcialmente a un derecho respecto de cuál puede seguir o se encuentra en curso un litigio

4. RUTA FRENTE AL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PACTADAS EN EL CONVENIO NO. 196 DE 2016.

De acuerdo a los antecedentes anteriormente indicados, como quiera que es evidente el incumplimiento de algunas obligaciones por parte de la OIE, y teniendo en cuenta que dentro del convenio NO FUE PACTADA una constitución de GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO así como tampoco la CONSTITUCIÓN DE CLÁUSULAS PENALES, esta Dirección Jurídica pone a consideración la siguiente ruta:

1. Se solicite al supervisor del convenio del DAFP, un informe detallado del estado de ejecución del mismo. Se sugiere como plazo entrega: 19 de abril de 2021.

2. El 20 de abril se remita mediante un oficio dirigido a la OIE el anterior informe rendido. En este oficio deberá reiterarse las solicitudes hechas por parte del DAFP en radicados 20212000084311 del 10 de marzo y 20212000119931 del 6 de abril de 2021 en los que se evidencian el incumplimiento en la entrega oportuna de información solicitada por la supervisión.

Se considera necesario que en este oficio se advierta también sobre de la CLÁUSULA VIGÉSIMA y sobre la CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA, ésta última relacionada con los MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS, en caso de controversias.

El propósito de este oficio será la revisión de las partes para buscar un arreglo directo, en un término no mayor a cinco (5) días hábiles, tal y como lo estipula el inciso primero de la cláusula 19.

Se sugiere que se establezca como plazo de respuesta por parte de la OIE el 27 de abril de 2021.

1. En el evento de no contar con la respuesta oportuna por parte de la OIE, esta Dirección Jurídica considera que, tal y como se estableció en el convenio, se deberá entonces acudir a la CONCILIACIÓN. La solicitud de conciliación se deberá presentar, a más tardar el 29 de abril de 2021. Se sugiere que en la solicitud de conciliación que se va a proyectar se establezca como pretensión la devolución por parte de la OIE, de los recursos o aportes realizados por el DAFP.

Ahora bien, es importante señalar que en la CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA, sobre MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS se estableció que *“Si las controversias no pueden ser resueltas de forma directa entre las partes, se deberá acudir obligatoriamente a los Mecanismos Alternativos para la Solución de Conflictos, tales como la conciliación y la transacción; de conformidad con el Artículo 68 de la Ley 80 de 1993<sup>3</sup>”*.

Al revisar el Artículo 68 de la Ley 80 de 1993, se evidencia que los Incisos 1o. y 2o. que desarrollaban el tema de conciliación y transacción, fueron derogados por el Artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, Artículo que derogó el Artículo 226 del Decreto Extraordinario 1818 de 1998 Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.

Sin embargo, se colige que, aunque esta referencia legal fue extraída del ordenamiento jurídico Colombiano es decir de la Ley 80 de 1993, el espíritu de la cláusula y por ende la intención de las partes que suscribieron el convenio, era establecer que estos dos mecanismos de resolución de conflicto (Conciliación y transacción) debían ser las adecuadas para resolver las controversias que surjan entre las partes.

En este punto es importante señalar que la Ley 640 de 2001 *“Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones”*, dispone:

ARTICULO 3o. CLASES. *La conciliación podrá ser judicial si se realiza dentro de un proceso judicial, o extrajudicial, si se realiza antes o por fuera de un proceso judicial.*

La conciliación extrajudicial se denominará en derecho cuando se realice a través de los conciliadores de centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias; y en equidad cuando se realice ante conciliadores en equidad. (Destacado fuera del texto)

En virtud de la Ley 640 de 2001 para el presente caso se trata de una conciliación extrajudicial toda vez que se realizará por fuera de un proceso judicial.

Así las cosas, esta Dirección Jurídica considera que las partes podrán convenir el tipo de conciliación extrajudicial (en derecho o en equidad), así como también podrán convenir en adoptar un procedimiento de conciliación y ante qué autoridad adelantarla.

Por último, en cuanto a la cláusula vigésima primera del convenio traída a colación en su solicitud, la cual señala: *“Privilegios e inmunidades: Ninguna disposición de estas cláusulas se entenderá como renuncia explícita o implícita a ninguno de los privilegios e inmunidades de que en la actualidad goza LA OEI, en su calidad de organismo internacional, por lo cual dichos privilegios deberán ser respetados en todo momento durante la ejecución del presente Convenio”*, esta Dirección considera que al acudir a LA CONCILIACIÓN no se está ante la renuncia de privilegios e inmunidades diplomáticas por ser un organismo internacional, sino ante el cumplimiento de la voluntad de las partes al suscribir el mencionado convenio y estipular un mecanismo de solución de conflicto en caso de controversias.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: A. Ramos

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Decreto 430 de 2016 “por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública” Artículo 16. Dirección Jurídica. Son funciones de la Dirección Jurídica, las siguientes:

7. Asesorar al Director General y a las demás dependencias, en los asuntos, políticas, instrumentos, herramientas y consultas jurídicas que se presenten en el ejercicio de sus funciones.

2. Incisos 1o. y 2o. derogados al ser derogado el artículo 226 del Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos - Decreto Extraordinario 1818 de 1998 por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012.

3. Incisos 1o. y 2o. derogados al ser derogado el artículo 226 del Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos - Decreto Extraordinario 1818 de 1998 por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:13:52