**CCE-DES-FM-17**

**CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN – Regulación**

Las actividades de ciencia, tecnología e innovación están previstas en cuatro diferentes cuerpos normativos: i) el Decreto Ley 393 de 1991, que prevé dos formas de asociación para que las entidades ejecuten actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías: a) crear personas jurídicas civiles, comerciales y sin ánimo de lucro y b) celebrar convenios especiales de cooperación; ii) el Decreto Ley 591 de 1991, que enlista actividades científicas y tecnológicas y, a pesar de que su propósito principal era regular las modalidades específicas de contratos de fomento de esas actividades, con la derogatoria del artículo 7 que señalaba 10 tipos de contratos, actualmente se encuentran vigentes 3: a) contratos de financiamiento, b) contratos de administración de proyectos y c) convenios especiales de cooperación; iii) la Ley 1286 de 2009 y iv) el Documento CONPES 3582 de 2009, donde se define cuáles son estas actividades de los actores del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.

**CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN – Decreto 393 de 1991 – Formas de asociación**

Este decreto establece dos formas de asociación para que las entidades ejecuten actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías: i) crear personas jurídicas civiles, comerciales y sin ánimo de lucro y ii) celebrar convenios especiales de cooperación.

**DECRETO 393 DE 1991 – Creación – Persona jurídica – Régimen jurídico**

Sobre el régimen jurídico de las personas que se crean mediante la asociación de la nación y sus entidades descentralizadas con particulares o entidades estatales, el Decreto 393 de 1991, en el artículo 5, señala que es el derecho privado. Finalmente, la Corte Constitucional estudió la exequibilidad de la posibilidad que prevé el decreto de crear sociedades con aportes estatales, ya que el demandante encontraba una contradicción con el artículo 355 de la Constitución Política, que prohíbe los auxilios y donaciones de entidades en favor particulares, pero la corporación concluyó que el fomento de las actividades de ciencia, tecnología e innovación es una responsabilidad que tiene el Estado por mandato constitucional frente a la cual no es aplicable la restricción contenida en el artículo mencionado.

**CONVENIO ESPECIAL DE COOPERACIÓN – Reglas – Régimen jurídico**

Las reglas para la celebración de este convenio están enlistadas en los artículos 7 y 8 del Decreto 393 de 1991: i) inexistencia de solidaridad entre sus partes, ii) regular la propiedad y los derechos sobre los resultados del convenio, iii) definir las obligaciones de las partes, iv) determinar la forma de administración de los aportes, v) el régimen jurídico es el derecho privado, vi) debe ser escrito, vii) señalar el objeto y el plazo e viii) incluir cláusulas de cesión y terminación.

También, el convenio especial de cooperación requiere su publicación en el Diario Oficial y trámites presupuestales propios de las entidades. La Corte Constitucional definió este convenio señalando que «constituyen modalidades especiales de asociación, según calificación que hace tanto la ley de facultades (ley 29 de 1992, art. 11) como el decreto del cual hacen parte las normas acusadas, y sometidos al régimen del derecho privado» [la norma señalada en esta cita es del año 1990]. Además, la alta corte revisó la constitucionalidad del artículo 6 del Decreto 393 de 1991, que define el convenio especial de cooperación, puesto que el actor consideraba que se violaba la competencia del Congreso para expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

**CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN – Decreto 591 de 1991 – Modalidades – Contratos de fomento**

Así pues, el Decreto 591 de 1991 enlista actividades científicas y tecnológicas y, a pesar de que su propósito principal era regular las modalidades específicas de contratos de fomento de esas actividades, con la derogatoria del artículo 7 que señalaba 10 tipos de contratos, actualmente se encuentran vigentes 3: i) contratos de financiamiento, ii) contratos de administración de proyectos y iii) convenios especiales de cooperación.

**DECRETO 591 DE 1991 – Contrato de financiamiento**

Su propósito es entregar recursos al contratista ̶ particular o entidad estatal ̶ los cuales estarán sujetos a reembolso obligatorio, condicional o parcial, o recuperación contingente. Para el reembolso se fija un plazo e intereses, y cuando este sea obligatorio el contratista devuelve los recursos, pero cuando es condicional o parcial el contratista podrá eximirse de la obligación de pago cuando la entidad considere que su labor fue exitosa o por la magnitud de la actividad. Por otra parte, la recuperación contingente se refiere a que el reembolso de los recursos a la entidad, por parte del contratista, solo ocurrirá cuando se configure alguna de las causales que se deben prever en el contrato.

Como se observa, el Decreto 591 de 1991 no señala el régimen aplicable a este contrato, por lo cual la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente dispone que «están sujetos a (i) las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y a sus normas reglamentarias y pueden celebrarse bajo la modalidad de contratación directa; y (ii) el artículo 8 del Decreto–Ley 591 de 1991».

**DECRETO 591 DE 1991 – Contrato de administración de proyectos**

El Decreto 591 de 1991 no especifica las características de este contrato, y solo establece, en el artículo 9, que «Para el desarrollo de las actividades científicas y tecnológicas previstas en este Decreto, la Nación y sus entidades descentralizadas podrán celebrar con personas públicas o privadas contratos de administración de proyectos». Por ende, la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente señala que su régimen es el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con aplicación de la modalidad de contratación directa.

**DECRETO 591 DE 1991 – Convenio especial de cooperación**

A este convenio se había referido el Decreto 393 de 1991, anterior al Decreto 591 de 1991, por lo cual este último no contiene disposiciones con elementos adicionales a lo que estaba regulado. Para finalizar, el artículo 19 señala que dependiendo de la modalidad de contrato ̶ financiamiento, administración de proyectos, convenio especial de cooperación ̶ será necesario pactar cláusulas respecto de la transferencia tecnológica, que deben tener en cuenta los lineamientos del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

Bogotá D.C., **30/06/2021 17:46:04**



Señora

**María Lucía Castrillón Simmonds**

Bogotá, D.C.

 **Concepto C – 346 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | ACTIVIDADES DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN ― Regulación ― ACTIVIDADES DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN - Decreto 393 de 1991 ― Formas de asociación ― Decreto 591 de 1991 ― Modalidades de contratos de fomento / DECRETO 393 DE 1991 ― Creación de personas jurídicas ― Régimen jurídico / CONVENIO ESPECIAL DE COOPERACIÓN ― Reglas ― Régimen jurídico / DECRETO 591 DE 1991 ― Contrato de financiamiento ― Contrato de administración de proyectos ― Convenio especial de cooperación. |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20210601004836 |

Estimada señora Castrillón:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 1 de junio de 2021, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

**1.** **Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta:

«Teniendo en cuenta las especificidades que identifican unas Entidades Sin Ánimo de Lucro de otras, y con ello su utilidad para que el sector público soporte el desarrollo de programas y proyectos propios de sus Planes Nacionales, Regionales y Locales de Desarrollo, agradecemos a CCE su pronunciamiento sobre cuál es el régimen de vinculación que las Entidades Públicas del orden Nacional, Regional o Local deben aplicar cuando por la reconocida idoneidad técnica, experiencia específica, trayectoria y afinidad misional, deban aliarse con ESAL compuestas por participación mixta (entidades públicas y entidades privadas) con el objeto de cumplir funciones inherentes a la administración, y que se regulan por el Código Civil en lo relativo al desarrollo de su objeto corporativo, funcionamiento y procedimiento de transformación, pero que su origen está dada dentro de las instituciones que tratan la Ley 29 de 1990 y el Decreto 393 de 1991, puntualmente cuando por su creación y finalidad se dedican al fomento de actividades científicas, tecnológicas y de fomento al desarrollo aplicables a la producción nacional.

»Igualmente, solicitamos pronunciarse si para las Entidades Mixtas Sin Ánimo de Lucro con las particularidades expuestas anteriormente desde su creación y que su naturaleza asociativa es corporativa y no societaria, se debe distinguir el tratamiento normativo para efectos de vinculación con el estado como el propio de una sociedad de economía mixta que, como tal, forme parte de la rama ejecutiva del poder público por el hecho de la participación estatal, pero que han de regirse por el ordenamiento civil y comercial, es decir el privado para el desarrollo de sus actividades tal como lo indica la Ley 29 de 1990 y el Decreto 393 de 1991.

»Por último, agradecemos identificar la tipología contractual que, dadas las circunstancias y específicas características de las ESAL objeto de consulta, se debe suscribir para promover entre ellas y el sector público proyectos de utilidad común, de lo que se distingue el procedimiento para concretar tal vinculación».

**2.** **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en el concepto C-066 del 3 de marzo de 2020, reiterado y desarrollado en los conceptos C-084 del 11 de marzo de 2020, C-236 del 6 de abril de 2020 y C-036 del 2 de marzo de 2021, estudió las actividades de ciencia, tecnología e innovación y el régimen contractual de las personas jurídicas sin ánimo de lucro que tienen por objeto la realización de tales actividades. Las ideas expuestas en dichas oportunidades serán reiteradas a continuación y, así mismo, se complementarán, para abordar las preguntas contenidas en la consulta.

**2.1. Marco legal para la contratación de las actividades de ciencia, tecnología e innovación**

Las actividades de ciencia, tecnología e innovación están previstas en cuatro cuerpos normativos: i) el Decreto Ley 393 de 1991, que prevé dos formas de asociación para que las entidades ejecuten actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías: a) crear personas jurídicas civiles, comerciales y sin ánimo de lucro y b) celebrar convenios especiales de cooperación; ii) el Decreto Ley 591 de 1991, que enlista actividades científicas y tecnológicas y, a pesar de que su propósito principal era regular las modalidades específicas de contratos de fomento de esas actividades, con la derogatoria del artículo 7 que señalaba 10 tipos de contratos, actualmente se encuentran vigentes 3: a) contratos de financiamiento, b) contratos de administración de proyectos y c) convenios especiales de cooperación; iii) la Ley 1286 de 2009 y iv) el Documento CONPES 3582 de 2009, donde se define cuáles son estas actividades de los actores del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.

Así las cosas, para contratar las actividades de ciencia, tecnología e innovación las normas establecen tipos de contrato cuya aplicación depende de las características del objeto que se ejecutará. También es necesario tener en cuenta que la Ley 1150 de 2007, en el artículo 2, numeral 4, literal e), señala como causal de contratación directa «Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas».

Por su parte, la Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente, teniendo en cuenta las normas mencionadas, expidió la Circular Externa Única, que además de derogar las Circulares Externas anteriores, en el numeral 13, señala la normativa de la contratación de actividades de ciencia, tecnología e innovación y dispone algunas consideraciones sobre la supervisión e interventoría de dichos contratos, sin determinar de manera explícita que esta última pueda ser contratada acudiendo a alguna causal de contratación directa, pues la norma tampoco establece dicha posibilidad.

De esta forma, las entidades, como responsables de estructurar sus procedimientos de selección, deben definir si el objeto a contratar es de aquellas actividades consideradas de ciencia, tecnología e innovación, y podrán aplicar la modalidad de selección de contratación directa para celebrar alguno de los tipos de contrato previstos en la ley, salvo que el contrato se rija por el derecho privado.

En todo caso, se resalta, el régimen de las actividades de ciencia, tecnología e innovación se define a partir de las normas citadas; pero le corresponde al Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación, como autoridad competente, catalogar las actividades cuando las entidades presenten dudas respecto de un objeto contractual que pretendan satisfacer[[1]](#footnote-2).

**2.2 El régimen del Decreto Ley 393 de 1991 y el Decreto Ley 591 de 1991**

De conformidad con lo indicado en el acápite anterior, a continuación se profundiza en algunos aspectos relacionados con el régimen derivado de los Decretos Leyes 393 de 1991 y 591 de 1991. En este sentido, se reiteran, en lo pertinente, las consideraciones realizadas por esta Agencia en los conceptos C-084 del 11 de marzo de 2020 y C-236 del 6 de abril de 2020.

**a) Decreto Ley 393 de 1991**

Este decreto establece dos formas de asociación para que las entidades ejecuten actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías: i) crear personas jurídicas civiles, comerciales y sin ánimo de lucro y ii) celebrar convenios especiales de cooperación. Por ende, se explicará cada una, haciendo énfasis en el régimen jurídico aplicable a la contratación.

**i) Creación de personas jurídicas**

Esta forma de asociación está prevista para la nación y sus entidades descentralizadas, con particulares o con otras entidades estatales, por lo que entre estos sujetos se pueden crear sociedades civiles, comerciales y entidades sin ánimo de lucro como corporaciones y fundaciones. El objeto de estas personas jurídicas podrá ser cualquiera de los señalados en el artículo 2 del Decreto 393 de 1991, los cuales se refieren a actividades y proyectos relacionados con la ciencia, tecnología e innovación[[2]](#footnote-3); y respecto de los aportes que hacen las partes a la persona jurídica, la norma autoriza que sean en dinero, especie o industria, definidos en el artículo 3.

 A su vez, el Decreto en comento señala otra opción para que la nación y sus entidades descentralizadas se asocien para ejecutar las actividades mencionadas. Es decir, no solo es posible crear una sociedad, sino que pueden participar en una persona jurídica creada, lo cual se realiza mediante la compra de acciones, cuotas o partes de interés, con la condición de que el objeto de la persona corresponda con los propósitos señalados en el artículo 2 citado. La participación de las entidades públicas y de los particulares en esas personas jurídicas ‒creadas o existentes‒, es susceptible de ofrecerse y ser adquirida por otras personas públicas o privadas, sin ninguna restricción.

 Sobre el régimen jurídico de las personas que se crean mediante la asociación de la nación y sus entidades descentralizadas con particulares o entidades estatales, el Decreto 393 de 1991, en el artículo 5, señala que es el derecho privado. Finalmente, la Corte Constitucional estudió la exequibilidad de la posibilidad que prevé el decreto de crear sociedades con aportes estatales, ya que el demandante encontraba una contradicción con el artículo 355 de la Constitución Política, que prohíbe los auxilios y donaciones de entidades en favor particulares, pero la corporación concluyó que el fomento de las actividades de ciencia, tecnología e innovación es una responsabilidad que tiene el Estado por mandato constitucional frente a la cual no es aplicable la restricción contenida en el artículo mencionado[[3]](#footnote-4).

**ii) Convenio especial de cooperación**

De acuerdo con lo anterior, este convenio se diferencia de la creación de personas jurídicas, teniendo en cuenta que el Decreto los presenta como dos formas de asociación diferentes, y porque la celebración del convenio especial de cooperación no da origen a una persona jurídica cuya existencia se debe señalar en la ley que, como se verá, no lo previó así. Por ende, es un tipo de contrato que puede celebrar la nación y sus entidades descentralizadas, con particulares y otras entidades estatales, cuyos aportes pueden ser diferentes para cumplir los propósitos del artículo 2 citado. En ese sentido, este convenio y la creación de personas jurídicas tienen en común los objetos que la norma señala para que las entidades cumplan su función de fomentar las actividades de ciencia, tecnología e innovación.

 Las reglas para la celebración de este convenio están enlistadas en los artículos 7 y 8 del Decreto 393 de 1991: i) inexistencia de solidaridad entre sus partes, ii) regular la propiedad y los derechos sobre los resultados del convenio, iii) definir las obligaciones de las partes, iv) determinar la forma de administración de los aportes, v) el régimen jurídico es el derecho privado, vi) debe ser escrito, vii) señalar el objeto y el plazo e viii) incluir cláusulas de cesión y terminación.

 De igual forma, el convenio especial de cooperación requiere su publicación en el Diario Oficial y trámites presupuestales propios de las entidades. La Corte Constitucional definió este convenio señalando que «constituyen modalidades especiales de asociación, según calificación que hace tanto la ley de facultades (ley 29 de 1992, art. 11) como el decreto del cual hacen parte las normas acusadas, y sometidos al régimen del derecho privado»[[4]](#footnote-5) [La norma señalada en esta cita es del año 1990]. Además, esa Corporación revisó la constitucionalidad del artículo 6 del Decreto 393 de 1991, que define el convenio especial de cooperación, puesto que el actor consideraba que se violaba la competencia del Congreso para expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública:

El inciso final del art. 150 de la Constitución si bien faculta al Congreso para "expedir el estatuto general de la contratación pública y en especial de la administración nacional", no alude a un estatuto único; pero además el decreto 393 no constituye propiamente un estatuto de contratación. Simplemente prevé entre los mecanismos de asociación para el fomento de la investigación uno especial consistente en la celebración de convenios de cooperación; de ahí la razón por la cual la ley 80 de 1993 no se ocupó de derogar tal reglamentación[[5]](#footnote-6).

 Así las cosas, es claro que se trata de un régimen excepcional a la aplicación de la Ley 80 de 1993, el cual tiene origen en la especialidad de la materia, debido a que la Constitución Política otorga un carácter especial a las actividades de ciencia, tecnología e innovación, y el decreto citado desarrolla esto admitiendo un régimen jurídico diferente, es decir, el derecho privado. Lo anterior se corrobora en la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente que hace referencia a que este convenio puede incluir temas relativos a administración o financiamiento, que también tendrían el régimen privado del convenio[[6]](#footnote-7).

**b) Decreto Ley 591 de 1991**

La Ley 80 de 1993, en el artículo 81, dispone las derogatorias y vigencia de la norma, e incluyó este decreto, y señaló que los artículos que continuarían vigentes son: 2, 8, 9, 17 y 19; por lo que la mayoría de las disposiciones se encuentran derogadas. Así, el Decreto 591 de 1991 enlista actividades científicas y tecnológicas y, a pesar de que su propósito principal era regular las modalidades específicas de contratos de fomento de esas actividades, con la derogatoria del artículo 7 que señalaba 10 tipos de contratos, actualmente se encuentran vigentes 3: i) contratos de financiamiento, ii) contratos de administración de proyectos y iii) convenios especiales de cooperación.

**i) Contrato de financiamiento**

Su propósito es entregar recursos al contratista ‒particular o entidad estatal‒ los cuales estarán sujetos a reembolso obligatorio, condicional o parcial, o recuperación contingente. Para el reembolso se fija un plazo e intereses, y cuando este sea obligatorio el contratista devuelve los recursos, pero cuando es condicional o parcial el contratista podrá eximirse de la obligación de pago cuando la entidad considere que su labor fue exitosa o por la magnitud de la actividad. Por otra parte, la recuperación contingente se refiere a que el reembolso de los recursos a la entidad, por parte del contratista, solo ocurrirá cuando se configure alguna de las causales que se deben prever en el contrato.

 Como se observa, el Decreto 591 de 1991 no señala el régimen aplicable a este contrato, por lo cual la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente dispone que «están sujetos a (i) las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y a sus normas reglamentarias y pueden celebrarse bajo la modalidad de contratación directa; y (ii) el artículo 8 del Decreto–Ley 591 de 1991».

**ii) Contrato de administración de proyectos**

El Decreto 591 de 1991 no especifica las características de este contrato, y solo establece, en el artículo 9, que «Para el desarrollo de las actividades científicas y tecnológicas previstas en este Decreto, la Nación y sus entidades descentralizadas podrán celebrar con personas públicas o privadas contratos de administración de proyectos». Por ende, la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente señala que su régimen es el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con aplicación de la modalidad de contratación directa[[7]](#footnote-8).

**iii) Convenio especial de cooperación**

A este convenio se había referido el Decreto 393 de 1991, anterior al Decreto 591 de 1991, por lo cual este último no contiene disposiciones con elementos adicionales a lo que estaba regulado[[8]](#footnote-9). Para finalizar, el artículo 19 señala que dependiendo de la modalidad de contrato ‒financiamiento, administración de proyectos, convenio especial de cooperación‒ será necesario pactar cláusulas respecto de la transferencia tecnológica, que deben tener en cuenta los lineamientos del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

**2.3. Prevalencia del régimen especial de ciencia, tecnología e innovación. Distinción con el régimen del Decreto 092 de 2017**

Como se explicó con anterioridad, las personas jurídicas sin ánimo de lucro creadas para realizar actividades de ciencia, tecnología e innovación, se rigen por las disposiciones normativas contenidas en el Decreto Ley 393 de 1991, en el Decreto Ley 591 de 1991, en la Ley 1286 de 2009 y el Documento CONPES 3582 de 2009. En tal sentido, partiendo de la premisa con la que se formula la consulta, si la entidad sin ánimo de lucro que se crea para tales efectos tiene participación *mixta*, se trata de una entidad descentralizada *indirecta o de segundo grado* y no de una entidad privada, a pesar de que su régimen jurídico pueda ser el derecho privado. Así lo ha considerado, desde hace varios años, la jurisprudencia constitucional, al indicar lo siguiente:

Las referidas corporaciones y fundaciones de participación mixta han sido reconocidas en nuestro derecho como entidades descentralizadas indirectas, es decir, constituyen modalidades de la descentralización por servicios. Por lo tanto, son entes que poseen una vinculación con el Estado en cuanto participan en el cumplimiento de actividades que constituyen objeto de los cometidos propios de éste, hasta el punto de que aquél al asociarse a ellas les entrega a título de aporte o participación bienes o recursos públicos.

Es más, dichas entidades por manejar bienes y recursos públicos, cumplir funciones públicas y constituir formas de la descentralización por servicios, pueden considerarse partes agregadas o vinculadas a la estructura principal de la administración nacional que corresponde al legislador determinar, según el art. 150-7 de la Constitución. Esto permite considerar, que si el legislador está facultado por el art. 150-23 de la Constitución para "expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas", igualmente tiene competencia para determinar las personas que como servidores públicos pueden cumplir dichas funciones[[9]](#footnote-10).

Como se observa, las corporaciones y fundaciones sin ánimo de lucro de carácter mixto son entidades públicas, descentralizadas indirectas, lo que excluye su consideración como personas jurídicas particulares y las sitúa dentro del sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva, con independencia del porcentaje de participación estatal. Dentro de esta categoría se incluyen las personas jurídicas constituidas para actividades científicas y tecnológicas, creadas con fundamento en el Decreto 393 de 1991, y las personas jurídicas previstas en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, que surgen de la asociación entre entidades estatales y personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna la ley a las primeras.

En consecuencia, si la entidad sin ánimo de lucro de naturaleza *mixta* –en su calidad de entidad estatal descentralizada indirecta o de segundo grado– pretende celebrar contratos con las entidades públicas del nivel nacional o territorial, para realizar actividades en materia de ciencia, tecnología e innovación, el régimen aplicable es el señalado en las normas especiales sobre la materia, mencionadas con anterioridad. No se debe aplicar en este caso el Decreto 092 de 2017, porque este reglamento autónomo regula la contratación con *entidades privadas* sin ánimo de lucro[[10]](#footnote-11) y la persona jurídica que se está teniendo en cuenta en el supuesto analizado es *mixta*.

De acuerdo con lo anterior, no todas las actividades que las entidades deben desarrollar para alcanzar sus objetivos misionales deben ejecutarse a través de la celebración de contratos de colaboración o convenios de asociación. Debe tenerse en cuenta que lo que determina la aplicación del Decreto 092 de 2017 no es únicamente el carácter de las ESAL sino el objeto del contrato o convenio que la entidad pretende adelantar. Por tanto, el hecho de que se trate de una entidad sin ánimo de lucro no implica que necesariamente deba celebrarse un contrato de colaboración o un convenio de asociación. Así lo reconoció la Corte Constitucional donde sostuvo lo siguiente:

Las corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro han sido definidas por la doctrina como personas jurídicas que surgen de la voluntad de un grupo de individuos que vinculan un capital a la obtención de un fin de interés general o de bienestar común no lucrativo, de manera que tienen como finalidad propia la satisfacción de intereses públicos y sociales.

*Sin embargo, el hecho que no persigan una finalidad lucrativa, no significa que no desarrollen actividades que generen utilidades, lo que pasa es que a diferencia de las sociedades, el lucro o ganancia obtenida no se reparte entre sus miembros sino que se integra al patrimonio de la asociación para la obtención del fin deseado*. Así, el elemento característico de las corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro radica, precisamente, en la determinación de sus miembros de desarrollar una actividad de interés general sin esperar a cambio repartición de utilidades en proporción a su aporte, ni la recuperación del mismo en el momento de su disolución o liquidación[[11]](#footnote-12). (Cursivas propias)

Lo anterior se justifica en que la principal característica de las ESAL es la ausencia de lucro, es decir, las ganancias o beneficios económicos no están destinados a repartirse en favor de los miembros ni de terceros, sino que permanecen dentro de la entidad incrementando su patrimonio. Con todo, las ESAL sí pueden participar en igualdad de condiciones en procesos de contratación regidos por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos en los documentos del proceso. Los convenios de asociación no procuran utilidades para la ESAL, pues en dicho caso se trataría de un contrato en el que se debe remunerar al contratista por los servicios prestados, el cual, por eso mismo, tiene un régimen legal distinto.

**3. Respuesta**

«Teniendo en cuenta las especificidades que identifican unas Entidades Sin Ánimo de Lucro de otras, y con ello su utilidad para que el sector público soporte el desarrollo de programas y proyectos propios de sus Planes Nacionales, Regionales y Locales de Desarrollo, agradecemos a CCE su pronunciamiento sobre cuál es el régimen de vinculación que las Entidades Públicas del orden Nacional, Regional o Local deben aplicar cuando por la reconocida idoneidad técnica, experiencia específica, trayectoria y afinidad misional, deban aliarse con ESAL compuestas por participación mixta (entidades públicas y entidades privadas) con el objeto de cumplir funciones inherentes a la administración, y que se regulan por el Código Civil en lo relativo al desarrollo de su objeto corporativo, funcionamiento y procedimiento de transformación, pero que su origen está dada dentro de las instituciones que tratan la Ley 29 de 1990 y el Decreto 393 de 1991, puntualmente cuando por su creación y finalidad se dedican al fomento de actividades científicas, tecnológicas y de fomento al desarrollo aplicables a la producción nacional.

»Igualmente, solicitamos pronunciarse si para las Entidades Mixtas Sin Ánimo de Lucro con las particularidades expuestas anteriormente desde su creación y que su naturaleza asociativa es corporativa y no societaria, se debe distinguir el tratamiento normativo para efectos de vinculación con el estado como el propio de una sociedad de economía mixta que, como tal, forme parte de la rama ejecutiva del poder público por el hecho de la participación estatal, pero que han de regirse por el ordenamiento civil y comercial, es decir el privado para el desarrollo de sus actividades tal como lo indica la Ley 29 de 1990 y el Decreto 393 de 1991.

»Por último, agradecemos identificar la tipología contractual que, dadas las circunstancias y específicas características de las ESAL objeto de consulta, se debe suscribir para promover entre ellas y el sector público proyectos de utilidad común, de lo que se distingue el procedimiento para concretar tal vinculación».

Como se explicó con anterioridad, las personas jurídicas sin ánimo de lucro creadas para realizar actividades de ciencia, tecnología e innovación, se rigen por las disposiciones normativas contenidas en el Decreto Ley 393 de 1991, en el Decreto Ley 591 de 1991, en la Ley 1286 de 2009 y el Documento CONPES 3582 de 2009. En tal sentido, partiendo de la premisa con la que se formula la consulta, si la entidad sin ánimo de lucro que se crea para tales efectos tiene participación *mixta*, se trata de una entidad descentralizada *indirecta o de segundo grado* y no de una entidad privada, a pesar de que su régimen jurídico pueda ser el derecho privado.

En caso de que una entidad estatal defina que el objeto que pretende contratar es una actividad de ciencia, tecnología e innovación, el Decreto 393 de 1991 prevé dos formas de asociación para que las entidades ejecuten actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías: i) crear personas jurídicas civiles, comerciales y sin ánimo de lucro y ii) celebrar convenios especiales de cooperación. Estas formas de asociación son diferentes, y su régimen es el derecho privado, de conformidad con el decreto citado, por lo que no es aplicable la normativa de contratación pública y sus modalidades de selección. Por otra parte, el Decreto 591 de 1991 regula 3 tipos de contratos: i) contratos de financiamiento, ii) contratos de administración de proyectos y iii) convenios especiales de cooperación, y este último es igual al convenio del mismo nombre definido en el Decreto 393 de 1991.

De acuerdo con la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente, la regulación mencionada anteriormente es el régimen jurídico de las actividades de ciencia, tecnología e innovación, por lo cual la causal de contratación directa de la Ley 1150 de 2007 relacionada con estas actividades se rige por aquella, y en esa medida las entidades deben aplicar esas normas cuando su objeto contractual sea ciencia, tecnología e innovación, y contratarlo mediante los convenios y contratos de las normas citadas, de los cuales solo los contratos de financiamiento y de administración de proyectos aplican las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y pueden celebrarse mediante contratación directa.

En consecuencia, si la entidad sin ánimo de lucro de naturaleza *mixta* –en su calidad de entidad estatal descentralizada indirecta o de segundo grado– pretende celebrar contratos con las entidades públicas del nivel nacional o territorial, para realizar actividades en materia de ciencia, tecnología e innovación, el régimen aplicable es el señalado en las normas especiales sobre la materia, mencionadas con anterioridad. No se debe aplicar en este caso el Decreto 092 de 2017, porque este reglamento autónomo regula la contratación con *entidades privadas* sin ánimo de lucro y la persona jurídica que se está teniendo en cuenta en el supuesto analizado es *mixta*.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Colombia Compra Eficiente, Circular Externa Única: «La contratación de actividades de ciencia, tecnología e innovación por parte de las Entidades Estatales debe aplicar el régimen propio de dichas actividades con independencia de la fuente de financiación utilizada.

»El artículo 2 del Decreto Ley 393 de 1991, el artículo 2 de del Decreto Ley 591 de 1991, el artículo 18 de la Ley 1286 de 2009, que modificó la Ley 29 de 1990, y el Documento CONPES 3582 de 2009 establecen las actividades consideradas de ciencia, tecnología e innovación de los actores del Sistema Nacional de Ciencia Tecnología e Innovación.

»En caso de que las Entidades Estatales no tengan certeza sobre la catalogación de las actividades científicas, tecnológicas y de innovación, deben acudir al Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – COLCIENCIAS (Ahora Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación), autoridad competente en la materia» Paréntesis fuera de texto. [↑](#footnote-ref-2)
2. Decreto 393 de 1991: «Artículo 2. Propósitos de la Asociación. Bajo cualquiera de las modalidades previstas en el artículo anterior, la asociación podrá tener entre otros, los siguientes propósitos.

»a) Adelantar proyectos de investigación científica.

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

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

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

»e) Establecer redes de información científica y tecnológica.

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

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

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

»i) Realizar actividades de normalización y metrología.

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

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

»I) Financiar publicaciones y el otorgamiento de premios y distinciones a investigadores, grupos de investigación e investigaciones». [↑](#footnote-ref-3)
3. Corte Constitucional. Sentencia C-316 de 1995 del 19 de julio de 1995. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell: «La especificidad de la norma del art. 355, no puede significar en modo alguno un cercenamiento de la actividad de fomento que el Estado cumple a través de mecanismos y formas variadas y complejas. En efecto, si entre los fines esenciales que debe cumplir el Estado están los de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y les corresponde como función a las autoridades, asegurar el cumplimiento de los deberes sociales de aquél, no resulta opuesto a las finalidades que persigue la organización estatal ni a las responsabilidades de las autoridades públicas el apoyo a las entidades privadas que desarrollan programas y actividades de interés público o social, de ordinario concurrentes con los que cumplen las entidades públicas».

 [↑](#footnote-ref-4)
4. *Ibidem.* [↑](#footnote-ref-5)
5. *Ibidem.* [↑](#footnote-ref-6)
6. Colombia Compra Eficiente, Circular Externa Única: «El convenio especial de cooperación está sujeto a las normas de derecho privado, de acuerdo con lo previsto en el Decreto–Ley 393 de 1991. Si el convenio respectivo introduce líneas de acción relativas a la administración de proyectos o financiamiento, se somete al mismo régimen privado del convenio». [↑](#footnote-ref-7)
7. Colombia Compra Eficiente, Circular Externa Única: «Los contratos de administración de proyectos, previstos en el artículo 9 el Decreto – Ley 591 de 1991, celebrados de manera independiente a un convenio especial de cooperación, están sujetos a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y sus normas reglamentarias, y pueden celebrarse bajo la modalidad de contratación directa».

 [↑](#footnote-ref-8)
8. Decreto 591 de 1991: «Artículo 17. Para adelantar actividades científicas o tecnológicas la Nación y sus entidades descentralizadas podrán celebrar con los particulares y con otras entidades públicas de cualquier orden convenios especiales de cooperación. En virtud de estos convenios, las personas que los celebran aportan recursos en dinero, en especie o de industria, para facilitar, fomentar o desarrollar alguna de las actividades científicas o tecnológicas previstas en el artículo 2° de este Decreto». [↑](#footnote-ref-9)
9. Sentencia C-230 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell. [↑](#footnote-ref-10)
10. En efecto, el artículo 1 del Decreto 092 de 2017 dispone: «El objeto del presente decreto es reglamentar la forma como el Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal contrata con entidades *privadas* sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de Desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política» (énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-11)
11. Corte Constitucional. Sentencia C – 283 del 3 de mayo de 2017. M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo. [↑](#footnote-ref-12)