**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Finalidad**

[L]a Ley 996 de 2005, conocida como «Ley de Garantías Electorales», se suma al andamiaje de orden constitucional y legal que se ha ocupado de evitar la injerencia inadecuada de intereses particulares en el ejercicio de la función pública. Esta ley tiene como propósito evitar cualquier tipo de arbitrariedad, de ventaja injustificada, de uso irregular de los recursos del Estado en las campañas o falta de garantías en la elección presidencial

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES –Tipos de restricciones** **– Ámbito temporal**

[L]a Ley 996 de 2005 establece dos (2) tipos de restricciones en materia de contratación, las cuales coinciden parcialmente. En primer lugar, la del artículo 33 que opera solo respecto de las elecciones presidenciales, en virtud de la cual queda proscrita la contratación directa dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la celebración de los comicios, salvo las citadas excepciones. Sin embargo, si ningún candidato obtiene la mitad más uno de los votos que, de manera secreta y directa, depositen los ciudadanos, se celebrará una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde, en la ique sólo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las votaciones más altas, de conformidad con el artículo 190 de la Constitución Política. Para estos efectos, la restricción se extenderá hasta la fecha en la que se realice la segunda vuelta. En segundo lugar, también se encuentra la prohibición del parágrafo del artículo 38, el cual debe aplicarse respecto de cualquier tipo de contienda electoral, y que prohíbe la celebración de convenios interadministrativos que impliquen la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la respectiva jornada de votaciones.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Prohibición – Contratación directa – Alcance**

La prohibición del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales se refiere a «cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes». En consecuencia, la restricción aplica, sin perjuicio de las excepciones establecidas en la misma ley, para celebrar cualquier contrato de forma directa, esto es, sin que exista un proceso abierto y competitivo. Por tanto, no son materia de la prohibición las demás modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, el concurso de méritos y la selección abreviada, como tampoco la mínima cuantía establecida en la Ley 1474 de 2011, razón por la cual en ese período preelectoral de que trata la disposición pueden las entidades públicas seguir contratando bajo estos sistemas.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Prohibición – Artículo 33 de la Ley de garantías – Destinatarios**

[E]ll artículo 33 de la Ley 996 de 2005 señala expresamente que los destinatarios de la prohibición son «todos los entes del Estado», expresión que contempla a los diferentes organismos o entidades del Estado autorizadas por la ley para suscribir contratos, sin distinción del régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía, e incluso si las entidades estatales tienen régimen especial de contratación y están exceptuadas del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En este sentido, para las entidades que contratan por el derecho privado, está prohibida la contratación distinta de la licitación pública regulada por el artículo 860 del Código de Comercio o diferente de aquellos procesos que, en algunos sistemas de contratación utilizados por entidades públicas exceptuadas y con regímenes especiales, utilicen convocatoria de manera pública y se permita la participación de una pluralidad de oferentes de acuerdo con sus manuales de contratación..

**CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN – Regulación**

[L]as 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.

**CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN – Guía de entendimiento – Compra pública – Innovación – Diálogo competitivo**

[L]a Agencia expidió la Guía para entender la Compra Pública para la Innovación, en la que se resalta que esta tipología contractual está compuesta por tres etapas: (1) planeación; (2) selección y contratación; y (3) ejecución. [E]l diálogo técnico constituye una herramienta que le permite a las entidades estatales consultar preliminarmente al mercado, con el propósito de obtener datos de primera mano para estructurar sus procesos de selección, para que de esta manera se puedan establecer criterios de evaluación que resulten acordes con las mejores alternativas técnicas y capacidades del sector para cumplirlas. De esta forma, el diálogo técnico no puede ser considerado en sentido estricto como un proceso de selección.

**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.

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

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.

**INNPULSA COLOMBIA – Naturaleza jurídica – Régimen de contratación**

iNNpulsa Colombia es el patrimonio autónomo del Gobierno Nacional, mediante el cual las sociedades y entidades que integran la rama ejecutiva del poder público en el orden Nacional, deben ejecutar los programas, instrumentos y recursos para el emprendimiento y el desarrollo empresarial con énfasis en emprendimiento e innovación empresarial en el país. Este patrimonio autónomo, según la citada disposición se rige por normas de derecho privado, y es administrado actualmente por Fiducoldex, sociedad fiduciaria determinada para tal efecto por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, de acuerdo con los lineamientos fijados por el Gobierno Nacional. Ahora bien, por disposición del 13 de la Ley 1753 de 2015, modificado por el artículo 46 de la Ley 2069 de 2020, el régimen aplicable para los actos y contratos celebrados con cargo al patrimonio autónomo iNNpulsa Colombia es el del derecho privado. Lo anterior además se infiere del régimen de contratación de Fiducoldex, sociedad fiduciaria administradora del patrimonio autónomo, quien celebra en representación del mismo los contratos en desarrollo de su objeto. En efecto, Fiducoldex es una sociedad de economía mixta de carácter financiero y, por lo tanto, ejerce actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público y en mercados regulados, de manera que sus actos y contratos se rigen por lo dispuesto por el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 , en concordancia con el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, esto es, sus actos y contratos para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetan a las disposiciones del derecho privado.

Texto

Descripción generada automáticamente

**CCE-DES-FM-17**

Bogotá, 03 Septiembre 2021

Doctor

**Sergio Andrés Mendoza Paredes**

Vicepresidente de Escalamiento e Innovación de iNNpulsa Colombia

Bogotá D.C.

**Concepto C – 456 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Finalidad / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES - Tipos de restricciones - Ámbito temporal LEY DE GARANTÍAS / GARANTÍAS ELECTORALES - Prohibición del artículo 33 de la Ley de garantías – Destinatarios / CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN - Regulación CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN - Guía para entender la Compra Pública para la Innovación - Diálogo Competitivo - CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN - Decreto 393 de 1991 - Formas de asociación - CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN - Decreto 591 de 1991 - Modalidades - Contratos de fomento / INNPULSA COLOMBIA - Naturaleza jurídica - Régimen de contratación |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20210721006380 |

Estimado doctor Mendoza:

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, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde la consulta realizada el 18 de junio de 2021.

**1. Problema planteado**

Usted realiza las siguientes preguntas:

«1. ¿Cuáles son las actividades de contratación permitidas por la ley con la entrada en vigor de la Ley de Garantías?

2. ¿La Ley de garantías es aplicable a las actividades de Ciencia, Tecnología e Innovación, sus tipologías contractuales y su régimen jurídico?

3. ¿Pueden las Entidades Estatales participantes en MiLAB, bajo la normativa de Ciencia, Tecnología e Innovación, contratar directamente a los solucionadores seleccionados en vigencia de la Ley de Garantías? Es preciso mencionar que para seleccionar a los solucionadores o innovadores se lleva a cabo un proceso competitivo que incluye un Diálogo Técnico entre los solucionadores y la Entidad Estatal con el fin de escoger al mejor. Este tipo de metodología es propia de la Compra Pública de Innovación o Compra Pública Innovadora.

4. En caso de que iNNpulsa y las Entidades Estatales suscriban un convenio interadministrativo antes de la aplicación de la Ley de Garantías ¿puede contratarse a los solucionadores seleccionados mediante contratación derivada del convenio durante las fechas de restricción de la Ley de Garantías?

5. En caso de que a este proyecto de MiLAB le sea aplicable la Ley de Garantías ¿Cuál sería la opción de contratación que le queda a las Entidades Estatales?

6. Final e independientemente de la Ley de Garantías queremos validar los tiempos de reglamentación en relación con compras públicas establecidos en la Ley 2069 de 2020 alrededor del artículo 36».

**2. Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados.

Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública[[1]](#footnote-1). Esta se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública.

Por ello, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) finalidad de la Ley de Garantías Electorales y alcance de las restricciones a la contratación pública; ii) marco legal para la contratación de las actividades de ciencia, tecnología e innovación; y iii) naturaleza jurídica de iNNpulsa Colombia y su régimen de contratación.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha impartido lineamientos sobre la aplicación de la Ley 996 de 2005 y también se ha pronunciado al respecto, entre otros, en los Conceptos 4201912000004632 del 6 de agosto de 2019, 2201913000005655 del 8 de agosto de 2019, 2201913000006283 del 27 de agosto de 2019, 2201913000006521 del 3 de septiembre de 2019, 2201913000006634 del 6 de septiembre de 2019, 2201913000006639 del 9 de septiembre de 2019, 2201913000007430 del 7 de octubre de 2019, 2201913000007565 del 10 de octubre de 2019, 2201913000008259 del 6 de noviembre de 2019, C-227 de 2021 del 5 de mayo de 2021, C-296 del 22 de junio de 2021, C-381 de 2 de julio 2021 y C-396 de 13 de agosto de 2021. Así mismo, la Agencia 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, C-036 del 2 de marzo de 2021 y C- 346 de 30 de junio de 2021, estudió las actividades de ciencia, tecnología e innovación. 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. Finalidad de la Ley de Garantías Electorales y alcance de las restricciones a la contratación pública**

El ordenamiento jurídico colombiano contempla previsiones claras para evitar la obtención de beneficios personales en asuntos propios de la administración pública*.* Por ejemplo, el artículo 127 de la Constitución Política establece una prohibición contractual a los servidores públicos y en cuanto a aspectos políticos establece restricciones a ciertos empleados del Estado, incluso en época no electoral[[2]](#footnote-2).

En el mismo sentido, la Ley 996 de 2005, conocida como «Ley de Garantías Electorales», se suma al andamiaje de orden constitucional y legal que se ha ocupado de evitar la injerencia inadecuada de intereses particulares en el ejercicio de la función pública. Esta ley tiene como propósito evitar cualquier tipo de arbitrariedad, de ventaja injustificada, de uso irregular de los recursos del Estado en las campañas o falta de garantías en la elección presidencial[[3]](#footnote-3). En esta medida, introduce limitaciones para realizar nombramientos, postulaciones, contrataciones o cualquier otro tipo de actividad que implique destinación de recursos públicos bajo el devenir propio de las entidades estatales. En armonía con lo anterior, la Corte Constitucional ha abordado la definición de la Ley de Garantías Electorales. De esta manera, explica que tiene como propósito:

[…] la definición de reglas claras que permitan acceder a los canales de expresión democrática de manera efectiva e igualitaria. El objetivo de una ley de garantías es definir esas reglas.

[…]

Una ley de garantías electorales es una guía para el ejercicio equitativo y transparente de la democracia representativa. Un estatuto diseñado para asegurar que la contienda democrática se cumpla en condiciones igualitarias y transparentes para a los electores. Una ley de garantías busca afianzar la neutralidad de los servidores públicos que organizan y supervisan las disputas electorales, e intenta garantizar el acceso igualitario a los canales de comunicación de los candidatos. Igualmente, una ley de garantías debe permitir que, en el debate democrático, sean las ideas y las propuestas las que definan el ascenso al poder, y no el músculo económico de los que se lo disputan.[[4]](#footnote-4)

En este contexto, la Ley de Garantías Electorales establece el marco jurídico para el desarrollo de las elecciones, procurando condiciones de igualdad y transparencia para los aspirantes y paralelamente se incluyen restricciones en el actuar de los servidores públicos, evitando interferencias en la contienda electoral, así como la posible desviación de recursos públicos en aspiraciones electorales. Por ello, varias de las disposiciones de la Ley 996 de 2005, al contener normas prohibitivas, no admiten una interpretación amplia, sino que deben interpretarse restrictivamente. En efecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al analizar la referida ley, precisó lo siguiente:

No está de más recordar que las prohibiciones, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal; la tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; y su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris y la interpretación extensiva. Las normas legales de contenido prohibitivo hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas, modificadas, ampliadas o adicionadas por acuerdo o convenio o acto unilateral.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional[[5]](#footnote-5) y del Consejo de Estado[[6]](#footnote-6), coinciden en que las normas que establecen prohibiciones deben estar de manera explícita en la Constitución o en la ley y no podrán ser excesivas ni desproporcionadas. No pueden interpretarse extensivamente sino siempre en forma restrictiva o estricta; es decir, en la aplicación de las normas prohibitivas, el intérprete solamente habrá de tener en cuenta lo que en ellas expresamente se menciona y, por tanto, no le es permitido ampliar el natural y obvio alcance de los supuestos que contemplan, pues como entrañan una limitación -así fuere justificada- a la libertad de actuar o capacidad de obrar, sobrepasar sus precisos términos comporta el desconocimiento de la voluntad del legislador[[7]](#footnote-7).

De conformidad con lo anterior, la Ley de Garantías Electorales fijó una serie de regulaciones y prohibiciones dirigidas a los servidores públicos. Así, con la finalidad de preservar la igualdad entre los candidatos en las elecciones, aumentó las garantías en materia de contratación, de forma que no exista siquiera sospecha de que, por ese medio, en los periodos previos a la contienda electoral, se altere las condiciones de igualdad entre los candidatos. Específicamente, las restricciones consagradas en la citada ley se dirigen a dos (2) tipos de campañas electorales claramente diferenciadas: las presidenciales y las demás que se adelanten para la elección de los demás cargos de elección popular, tanto a nivel nacional como a nivel territorial.

Por un lado, el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 prohíbe «[…] la contratación directa por parte de todos los entes del Estado» durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones presidenciales, salvo «[…] lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias»[[8]](#footnote-8).

Por otro lado, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prevé una restricción, aplicable respecto de cualquier tipo de contienda electoral, que prohíbe a los gobernadores, alcaldes municipales o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital «[…] celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista»[[9]](#footnote-9). La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha aclarado la distinción en la aplicación de las prohibiciones de la Ley 996 de 2005, dependiendo del tipo de elección que se trate. Al respecto, considera que:

La interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2.005 lleva a concluir que dichas normas contienen restricciones y prohibiciones para periodos preelectorales diferentes; las dos primeras, de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial; el último, de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley –incluido el de Presidente de la República-; de manera que dichas restricciones no se excluyen sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en periodo preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones de los artículos 32 y 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. En cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a Presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas sólo se aplican las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38.[[10]](#footnote-10)

De conformidad con lo anterior, la Ley 996 de 2005 establece dos (2) tipos de restricciones en materia de contratación, las cuales coinciden parcialmente. *En primer lugar*, la del artículo 33 que opera solo respecto de las elecciones presidenciales, en virtud de la cual queda proscrita la contratación directa dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la celebración de los comicios, salvo las citadas excepciones. Sin embargo, si ningún candidato obtiene la mitad más uno de los votos que, de manera secreta y directa, depositen los ciudadanos, se celebrará una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde, en la que sólo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las votaciones más altas, de conformidad con el artículo 190 de la Constitución Política. Para estos efectos, la restricción se extenderá hasta la fecha en la que se realice la segunda vuelta. *En segundo lugar*, también se encuentra la prohibición del parágrafo del artículo 38, el cual debe aplicarse respecto de cualquier tipo de contienda electoral, y que prohíbe la celebración de convenios interadministrativos que impliquen la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la respectiva jornada de votaciones.

Ambas restricciones no son excluyentes, lo que permite concluir que en el período preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, aplican las restricciones del artículo 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. En cambio, tratándose de elecciones en general, excluyendo las correspondientes al Presidente de la República, las autoridades allí mencionadas sólo deben aplicar las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38.

Ahora bien, el ámbito material de la prohibición contenida en el artículo 33 de la ley 996 de 2005 está delimitado por la expresión «queda prohibida la contratación directa». A propósito de esta restricción de la Ley de Garantías Electorales, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que:

La contratación directa es un mecanismo de selección de carácter excepcional, en virtud del cual las entidades públicas pueden contratar mediante un trámite simplificado, ágil y expedito sin necesidad de realizar previamente un proceso de licitación pública o concurso, únicamente en los casos en que expresa y taxativamente señale la ley (numeral 4, artículo 2, ley 1150 de 2007), y cumpliendo siempre los principios que rigen la contratación pública[[11]](#footnote-11).

Esta Sala ha entendido que para los efectos de la ley de garantías, y dada su finalidad, el enunciado ´contratación directa´ es sinónimo de cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes, y que, además, no necesariamente hace referencia al procedimiento especial regulado por la ley de contratación estatal, sino a cualquier otro que prescinda de un proceso de licitación pública o concurso[[12]](#footnote-12). Por tanto, no son materia de la prohibición las demás modalidades de selección previstas en la ley 1150 de 2007, siendo estas, la licitación pública, el concurso de méritos y la selección abreviada, razón por la cual en ese periodo preelectoral de que trata la disposición pueden las entidades públicas seguir contratando bajo estos sistemas. [...][[13]](#footnote-13) .

Como se advierte de lo anterior, ha de entenderse que, para los efectos de la Ley de Garantías Electorales y, en particular, para la prohibición o restricción temporal contenida en su artículo 33, «contratación directa» es cualquier sistema de selección o procedimiento de contratación utilizado por las entidades estatales que no incluya la convocatoria pública en alguna de sus etapas, ni permita la participación de una pluralidad de oferentes[[14]](#footnote-14). En consecuencia, la restricción aplica, sin perjuicio de las excepciones establecidas en la misma ley, para celebrar cualquier contrato de forma directa, esto es, sin que exista un proceso abierto y competitivo. Por tanto, no son materia de la prohibición las demás modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, el concurso de méritos y la selección abreviada, como tampoco la mínima cuantía establecida en la Ley 1474 de 2011, razón por la cual en ese período preelectoral de que trata la disposición pueden las entidades públicas seguir contratando bajo estos sistemas.

Igualmente, como en otras oportunidades lo ha manifestado esta Agencia, las prórrogas, modificaciones o adiciones de los contratos suscritos antes de la entrada en vigencia de las prohibiciones anotadas, así como la cesión de los mismos, pueden tener lugar en el período de aplicación de la Ley de Garantías, sin que ello haga nugatoria la restricción de la contratación directa y siempre que cumplan los principios de planeación, transparencia y responsabilidad.

Cabe precisar que el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 señala expresamente que destinatarios de la prohibición son «todos los entes del Estado», expresión que contempla a los diferentes organismos o entidades del Estado autorizadas por la ley para suscribir contratos, sin distinción del régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía, e incluso si las entidades estatales tienen régimen especial de contratación y están exceptuadas del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

En efecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado indicó que “[l]a prohibición contenida en el artículo 33, desde el punto de vista objetivo o material, comprende la contratación directa, entendida como cualquier mecanismo de escogencia del contratista en el que se prescinde de la licitación o concurso, sin que se tenga en cuenta por el legislador estatutario el régimen de contratación aplicable, ya sea contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o uno especial en razón del objeto, del contrato o del órgano que contrata”[[15]](#footnote-15) Y en Concepto con radicado 1727 de fecha 20 de febrero de 2006, consideró la misma Corporación que:

El artículo 33 de la ley 996 de 2005, efectivamente se aplica incluso a las entidades estatales con régimen especial de contratación y que están exceptuadas del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como por ejemplo los prestadores de servicios públicos domiciliarios (empresas de servicios públicos oficiales y empresas industriales y comerciales del Estado) y a los municipios prestadores directos, incluyendo las excepciones contenidas en el segundo inciso de esta norma[[16]](#footnote-16).

En este sentido, para las entidades que contratan por el derecho privado, está prohibida la contratación distinta de la licitación pública regulada por el Código de Comercio (artículo 860) o diferente de aquellos procesos que, en algunos sistemas de contratación utilizados por entidades públicas exceptuadas y con regímenes especiales, utilicen convocatoria de manera pública y se permita la participación de una pluralidad de oferentes de acuerdo con sus manuales de contratación.

Finalmente, en cuanto a la segunda restricción de la Ley de Garantías Electorales a la contratación, se observa que el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe a los alcaldes, gobernadores, secretarios, gerentes y directores de las entidades del orden municipal, departamental o distrital celebrar convenios y contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos. Como lo ha señalado esta Agencia, lo que define los contratos o convenios interadministrativos es la naturaleza de las partes, de manera que están determinados por un criterio orgánico, en el sentido de que lo serán aquellos celebrados entre entidades estatales. En este sentido, si una o ambas partes de la relación contractual es una entidad de aquellas descritas en el parágrafo *ibidem*, no podrá celebrar tales convenios o contratos durante la aplicación de la ley de garantías, toda vez que la citada disposición hace referencia a dicha tipología contractual sin que el legislador hubiere contemplado excepción alguna frente a la modalidad de selección o naturaleza de su objeto[[17]](#footnote-17).

**2.2. Marco legal de la** **compra pública para la Innovación en el ordenamiento jurídico colombiano**

En la normativa del Sistema de Compra Pública, el Proceso de Compra Pública para la Innovación se enmarca en el régimen aplicable para la contratación de actividades de ciencia, tecnología e innovación por parte de las Entidades Estatales, las cuales han sido objeto de precisión por parte de la Agencia a través del numeral 13 de la Circular Externa Única.

Ahora bien, es de señalar que 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».

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[[18]](#footnote-18).

Por otra parte, cabe señalar que la Agencia expidió la Guía para entender la Compra Pública para la Innovación, en la que se resalta que esta tipología contractual está compuesta por tres etapas: (1) planeación; (2) selección y contratación; y (3) ejecución. De igual manera, en la mencionada Guía, se recomienda a las entidades públicas que en la etapa de planeación se lleven a cabo las siguientes fases:

* Definir el equipo de trabajo dentro de la Entidad Estatal: La Entidad Estatal conforma un equipo de trabajo multidisciplinario con las personas que cuenten con el conocimiento, la experiencia, las competencias y el poder de toma de decisiones requerido para que al ejecutar todas las etapas del el Proceso de Compra Pública para la Innovación, cuente con mayores probabilidades de éxito.
* Identificar, priorizar y planificar las necesidades de compra: La Entidad Estatal identifica los retos que enfrenta. Posteriormente los prioriza de acuerdo a la relevancia para el logro de los objetivos de la organización, la complejidad de las acciones para superarlo y los beneficios generados.
* Registrar las necesidades funcionales: El comprador público debe describir desde el punto de vista funcional, las necesidades que la Entidad Estatal busca atender a través del Proceso de Compra Pública para la Innovación. Es determinante para el éxito del Proceso de Compra Pública para la Innovación, que la Entidad Estatal establezca los requerimientos en términos de la finalidad perseguida, sin hacer referencia a las posibles soluciones técnicas y/o tecnológicas que pueden satisfacer la necesidad. Esto tiene gran relevancia para la Compra Pública para la Innovación, ya que desde la planeación abre la puerta a recibir ideas y ofertas más innovadoras en condiciones de competencia y transparencia.
* Confirmar componente innovador y consultar con el mercado: A partir del entendimiento detallado de las necesidades, el equipo multidisciplinario de la Entidad Estatal debe adelantar un ejercicio de vigilancia tecnológica6 para confirmar si la necesidad no puede ser atendida por el mercado actual y realmente constituye un reto de innovación.
* Obtener propuestas de soluciones innovadoras por parte del mercado: La convocatoria y la valoración de las ideas tienen como objetivo entender el mercado y conocer soluciones innovadoras que pueden satisfacer la necesidad de la Entidad. Los proveedores como universidades, centros de investigación, centros de desarrollo tecnológico, emprendedores y empresarios, tienen la oportunidad de estudiar y analizar el reto planteado por la Entidad Estatal y proponer soluciones innovadoras que puedan dar respuesta al reto. Las ideas presentadas a la Entidad Estatal en la convocatoria deben ser utilizadas exclusivamente como insumo en la construcción de los Pliegos de Condiciones.
* Realizar el diálogo técnico entre la Oferta y la demanda: En el diálogo técnico, la Entidad Estatal realiza reuniones individuales y/o conjuntas con las personas que presentaron sus ideas innovadoras. Es importante establecer y divulgar claramente las características del diálogo competitivo para brindar mayor transparencia al Proceso de Compra Pública para la Innovación, generar confianza y promover la participación de potenciales Oferentes en la etapa de selección.

La Entidad Estatal al hacer uso del diálogo competitivo, puede conocer el detalle de las soluciones innovadoras que son de mayor interés para atender su necesidad. En esta etapa las ideas presentadas por los posibles oferentes no son considerados como Ofertas y en consecuencia no reciben puntuación. La solución definitiva puede ser la combinación de diferentes ideas propuestas que se complementen entre sí.

De lo expuesto se concluye que el diálogo técnico constituye una herramienta que le permite a las entidades estatales consultar preliminarmente al mercado, con el propósito de obtener datos de primera mano para estructurar sus procesos de selección, para que de esta manera se puedan establecer criterios de evaluación que resulten acordes con las mejores alternativas técnicas y capacidades del sector para cumplirlas. De esta forma, el diálogo técnico no puede ser considerado en sentido estricto como un proceso de selección. Posteriormente, en la segunda etapa, podrá adelantar su respectivo proceso contractual, para que, una vez finalizada la evaluación de las Ofertas, la Entidad Estatal escoja la Oferta más favorable para satisfacer su necesidad y firmar el contrato con el innovador seleccionado.

**2.3. 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; C-236 del 6 de abril de 2020 y C- 346 de 30 de junio de 2021.

**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[[19]](#footnote-19); 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[[20]](#footnote-20).

**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»[[21]](#footnote-21) [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[[22]](#footnote-22).

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[[23]](#footnote-23). Se hace énfasis en que es un contrato que se rige por el derecho privado porque el Decreto 393 de 1991 así lo contempló, y tanto el procedimiento de selección como las reglas aplicables al contrato se deben establecer con observancia de ese régimen.

**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[[24]](#footnote-24).

**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[[25]](#footnote-25). 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.

**2.4. Naturaleza jurídica de iNNpulsa Colombia y su régimen de contratación**

La Ley 1450 de 2011, por la cual se expidió el Plan Nacional de desarrollo 2010-2014, denominado «Prosperidad Para todos», en los artículos 44, 45, 46 y 50, creó la Unidad de Desarrollo e Innovación, el Fondo de Modernización para las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas y el Programa de Transformación Productiva, como programas especiales asimilados a patrimonios autónomos, cuya administración fue inicialmente asignada al Banco de Comercio Exterior de Colombia S.A. - Bancóldex, por medio de un sistema separado de cuentas. Mediante el Decreto 3321 de 2011 fueron reglamentados los artículos 44 y 45 de la Ley 1450 de 2011 para determinar la estructura, dirección y recursos del Fondo de Modernización e Innovación para las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas, así como el proceso de entrega para su administración a Bancóldex.

En las Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, denominado «Todos por un Nuevo País», se estableció que con la finalidad de brindar a las micro, pequeñas, medianas y grandes empresas colombianas una oferta de servicios financieros y no financieros de carácter integral y estructurado, era necesario consolidar la acción misional de la Unidad de Desarrollo e Innovación y el Fondo de Modernización e Innovación para la Micro, Pequeñas y Medianas Empresas, indicando para el efecto, que Bancóldex debía crear una Unidad de Gestión de Crecimiento Empresarial, que asumiera el objeto misional y las funciones de los programas de manera unificada. Posteriormente, el artículo 13 de la Ley 1753 de 2015 dispuso que:

[…] FONDO DE MODERNIZACIÓN E INNOVACIÓN PARA LAS MICRO, PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS Y UNIDAD DE DESARROLLO E INNOVACIÓN. Unifíquense en un solo patrimonio autónomo el Fondo de Modernización e Innovación para las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas y la Unidad de Desarrollo Empresarial, creados por las Leyes 590 de 2000 y Ley 1450 de 2011. Este patrimonio autónomo, se regirá por normas de derecho privado, y será administrado por el Banco de Comercio Exterior S.A. (Bancóldex), de acuerdo con los lineamientos que fije el Gobierno nacional a través de la política pública que para el efecto defina el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo […]”.

Por su parte, el artículo 46 la Ley 2069 de 2020, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia», modificó el artículo 13 de la de la ley 1753 de 2015 y unificó en un solo patrimonio autónomo el Fondo de Modernización e Innovación para las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas y la Unidad de Desarrollo Empresarial creados por las Leyes 590 de 2000 y 1450 de 2011, el cual denominó iNNpulsa Colombia.

iNNpulsa Colombia es el patrimonio autónomo del Gobierno Nacional, mediante el cual las sociedades y entidades que integran la rama ejecutiva del poder público en el orden Nacional, deben ejecutar los programas, instrumentos y recursos para el emprendimiento y el desarrollo empresarial con énfasis en emprendimiento e innovación empresarial en el país. Este patrimonio autónomo, según la citada disposición se rige por normas de derecho privado, y es administrado actualmente por Fiducoldex[[26]](#footnote-26), sociedad fiduciaria determinada para tal efecto por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, de acuerdo con los lineamientos fijados por el Gobierno Nacional.

Ahora bien, por disposición del 13 de la Ley 1753 de 2015, modificado por el artículo 46 de la Ley 2069 de 2020, el régimen aplicable para los actos y contratos celebrados con cargo al patrimonio autónomo iNNpulsa Colombia es el del derecho privado. Lo anterior además se infiere del régimen de contratación de Fiducoldex, sociedad fiduciaria administradora del patrimonio autónomo, quien celebra en representación del mismo los contratos en desarrollo de su objeto. En efecto, Fiducoldex es una sociedad de economía mixta de carácter financiero[[27]](#footnote-27) y, por lo tanto, ejerce actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público y en mercados regulados, de manera que sus actos y contratos se rigen por lo dispuesto por el artículo 97 de la Ley 489 de 1998[[28]](#footnote-28), en concordancia con el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007[[29]](#footnote-29), esto es, sus actos y contratos para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetan a las disposiciones del derecho privado.

En efecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha concluido que el régimen legal de los contratos que celebran las fiduciarias estatales con terceros, en su condición de representantes de los patrimonios autónomos que han sido confiados a su gestión, es el derecho privado, puesto que corresponde al desarrollo propio de su actividad comercial[[30]](#footnote-30).

Cabe concluir entonces que están sometidos al derecho privado los contratos que celebre Fiducoldex en calidad de representante legal del patrimonio autónomo iNNPULSA, habida consideración de que en estos casos actúa en ejercicio de su actividad propia comercial, sin perjuicio del cumplimiento del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. En este contexto, «Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente, según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal».

**3. Respuesta**

1. ¿Cuáles son las actividades de contratación permitidas por la ley con la entrada en vigor de la Ley de Garantías?

De acuerdo con las consideraciones expuestas, la Ley 996 de 2005 establece dos (2) tipos de restricciones en materia de contratación, las cuales coinciden parcialmente. *En primer lugar*, la del artículo 33 que opera solo respecto de las elecciones presidenciales, en virtud de la cual queda proscrita la contratación directa dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la celebración de los comicios, salvo las excepciones previstas en la misma disposición. Para estos efectos, la restricción se extenderá hasta la fecha en la que se realice la segunda vuelta, en caso de que en la primera no se logre la elección del Presidente de la República.

La prohibición del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales se refiere a «cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes». En consecuencia, la restricción aplica, sin perjuicio de las excepciones establecidas en la misma ley, para celebrar cualquier contrato de forma directa, esto es, sin que exista un proceso abierto y competitivo. Por tanto, no son materia de la prohibición las demás modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, el concurso de méritos y la selección abreviada, como tampoco la mínima cuantía establecida en la Ley 1474 de 2011, razón por la cual en ese período preelectoral de que trata la disposición pueden las entidades públicas seguir contratando bajo estos sistemas.

Así mismo, las excepciones a la restricción prevista en la Ley de Garantías, con fundamento en las cuales podrán las entidades públicas adelantar procedimientos de selección directa en períodos previos a la contienda electoral por la Presidencia, se encuentran consagradas de manera taxativa en el inciso final del citado artículo 33 de la Ley 996 de 2005 en lo referente a i) la defensa y seguridad del Estado; ii) los contratos de crédito público; iii) los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres; iv) los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor; y, v) los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. Es responsabilidad del respectivo ente del Estado, examinar en cada caso la naturaleza de las actividades que adelanta y determinar si las mismas se enmarcan en alguna de las mencionadas excepciones, de manera que se le permita realizar la contratación que necesite en forma directa.

Igualmente, las prórrogas, modificaciones o adiciones de los contratos suscritos antes de la entrada en vigencia de las prohibiciones anotadas, así como la cesión de los mismos, pueden tener lugar en el período de aplicación de la Ley de Garantías, sin que ello haga nugatoria la restricción de la contratación directa y siempre que cumplan los principios de planeación, transparencia y responsabilidad.

Cabe precisar que el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 señala expresamente que los destinatarios de la prohibición son «todos los entes del Estado», expresión que contempla a los diferentes organismos o entidades del Estado autorizadas por la ley para suscribir contratos, sin distinción del régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía, e incluso si las entidades estatales tienen régimen especial de contratación y están exceptuadas del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En este sentido, para las entidades que contratan por el derecho privado, está prohibida la contratación distinta de la licitación pública regulada por el artículo 860 del Código de Comercio o diferente de aquellos procesos que, en algunos sistemas de contratación utilizados por entidades públicas exceptuadas y con regímenes especiales, utilicen convocatoria de manera pública y se permita la participación de una pluralidad de oferentes de acuerdo con sus manuales de contratación.

*En segundo lugar*, también se encuentra la restricción del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, el cual debe aplicarse respecto de cualquier tipo de contienda electoral, y que prohíbe a los alcaldes, gobernadores, secretarios, gerentes y directores de las entidades del orden municipal, departamental o distrital celebrar convenios y contratos interadministrativos que impliquen la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la respectiva jornada de votaciones.

Como lo ha señalado esta Agencia, lo que define los contratos o convenios interadministrativos es la naturaleza de las partes, de manera que están determinados por un criterio orgánico, en el sentido de que lo serán aquellos celebrados entre entidades estatales. En este sentido, si una o ambas partes de la relación contractual es una entidad de aquellas descritas en el parágrafo *ibidem*, no podrá celebrar tales convenios o contratos durante la aplicación de la ley de garantías, toda vez que la citada disposición hace referencia a dicha tipología contractual sin que el legislador hubiere contemplado excepción alguna frente a la modalidad de selección o naturaleza de su objeto.

Finalmente, es importante precisar que ambas restricciones no son excluyentes, lo que permite concluir que en el período preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, aplican las restricciones del artículo 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. En cambio, tratándose de elecciones en general, excluyendo las correspondientes al Presidente de la República, las autoridades allí mencionadas sólo deben aplicar las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38 ibidem.

2. ¿La Ley de garantías es aplicable a las actividades de Ciencia, Tecnología e Innovación, sus tipologías contractuales y su régimen jurídico?

El artículo 33 de la Ley 996 de 2005 aplica tanto a las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación Pública como a las entidades estatales con régimen especial de contratación y que están exceptuadas del ámbito de aplicación de dicho estatuto, como por ejemplo los prestadores de servicios públicos domiciliarios –empresas de servicios públicos oficiales, empresas industriales y comerciales del Estado y municipios prestadores directo–, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta, porque no hay lugar a duda de que encajan dentro de la noción de todos los entes del Estado que trae la citada ley con independencia del régimen de contratación aplicable, ya sea contenido en el Estatuto o uno especial en razón del objeto, del contrato o del órgano que contrata previsto en las normas de carácter nacional.

Es decir, la prohibición de contratación directa de la Ley de Garantías es independiente del régimen contractual. Por tanto, durante la vigencia de la prohibición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 está restringida cualquier modalidad de selección que excluya un proceso competitivo, resultado de la previa convocatoria pública y la posibilidad de pluralidad de oferentes en el régimen especial de contratación de Ciencia, Tecnología e Innovación. Aunado a lo anterior, es de señalar que las actividades de Ciencia, Tecnología e Innovación no fueron contempladas dentro de las hipótesis de excepción de aplicación de la Ley de Garantías.

3. ¿Pueden las Entidades Estatales participantes en MiLAB, bajo la normativa de Ciencia, Tecnología e Innovación, contratar directamente a los solucionadores seleccionados en vigencia de la Ley de Garantías? Es preciso mencionar que para seleccionar a los solucionadores o innovadores se lleva a cabo un proceso competitivo que incluye un Diálogo Técnico entre los solucionadores y la Entidad Estatal con el fin de escoger al mejor. Este tipo de metodología es propia de la Compra Pública de Innovación o Compra Pública Innovadora.

No es posible que bajo la normatividad de Ciencia, Tecnología e Innovación las entidades públicas contraten directamente a los solucionadores seleccionados en vigencia de la Ley de Garantías, por cuanto la prohibición contemplada en el artículo 33 de la 966 de 2005 se refiere a «cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes» adelantando por ellas mismas de acuerdo con el régimen que les resulte aplicable.

Adicionalmente, teniendo en cuenta que la naturaleza jurídica del Diálogo Técnico es la de servir como herramienta de consulta preliminar al mercado, las entidades públicas no pueden considerar esta etapa como un verdadero proceso competitivo, puesto que no se encuentra desarrollado por la ley y el reglamento. Sin embargo, los resultados obtenidos en esta etapa pueden servir para estructurar sus procesos de selección durante la vigencia de la ley de garantías, como se establece en la Guía para entender la Compra Pública para la Innovación.

4. En caso de que iNNpulsa y las Entidades Estatales suscriban un convenio interadministrativo antes de la aplicación de la Ley de Garantías ¿puede contratarse a los solucionadores seleccionados mediante contratación derivada del convenio durante las fechas de restricción de la Ley de Garantías?

Si bien INNpulsa Colombia es un patrimonio autónomo del Gobierno Nacional, su administración se encuentra a cargo de Fiducoldex, cuya naturaleza jurídica es la de una Sociedad de Economía Mixta. Ahora bien, por tratarse de un órgano que se encuentra comprendido dentro de la locución ente público, dado que hacen parte del sector descentralizado de la rama ejecutiva según lo expresa el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, se concluye que la contratación derivada contratada con cargo a iNNpulsa también se encuentra contemplada en la restricción establecida en el artículo 33 de la Ley 966 de 2005. Lo anterior, por cuanto la restricción prevista en el artículo en cita es aplicable a todos los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público, incluyendo a las sociedades de economía mixta, las cuales hacen parte del sector descentralizado por servicios.

5. En caso de que a este proyecto de MiLAB le sea aplicable la Ley de Garantías ¿Cuál sería la opción de contratación que le queda a las Entidades Estatales?

Durante la vigencia de la ley de garantías, todas las entidades públicas deberán acudir a esquemas competitivos para realizar la contratación de sus bienes, obras y servicios. Esto en la medida que, como se advirtió en los considerandos de este concepto, para los efectos de la Ley de 966 de 2005 y, en particular, para la prohibición o restricción temporal contenida en su artículo 33, «contratación directa» es cualquier sistema de selección o procedimiento de contratación utilizado por las entidades estatales que no incluya la convocatoria pública en alguna de sus etapas, ni permita la participación de una pluralidad de oferentes[[31]](#footnote-31).

En ese sentido las entidades públicas no podrán contratar de manera directa a los solucionadores seleccionados por INNpulsa durante las fechas de restricción de la Ley de Garantías. Sin embargo, y si así lo permite el manual operativo de la fiduciaria y su objeto social, se podrán acudir a mecanismos de contratación con las entidades públicas en las que se acuerde no solamente la selección del solucionador, sino también la ejecución del proyecto INNovador, siempre y cuando su escogencia se encuentre precedida de un proceso competitivo.

6. Final e independientemente de la Ley de Garantías queremos validar los tiempos de reglamentación en relación con compras públicas establecidos en la Ley 2069 de 2020 alrededor del artículo 36.

Actualmente el Gobierno Nacional está trabajando en la reglamentación de la Ley 2069 de 2020, en sus artículos 30, 31, 32, 34 y 35. Respecto al artículo 36 sobre compras públicas de tecnología e innovación, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente y otras entidades del Estado están en las mesas de trabajo para implementar la estrategia GovTech en el marco de las políticas de transformación digital, estrategia liderada por la Presidencia de la República y el Departamento Nacional de Planeación. En las mesas de trabajo se están definiendo los posibles lineamientos de la materia, tomando como premisa fundamental que estos deben permitir el desarrollo de las compras por innovación, garantizando la transparencia contractual y la optimización en la ejecución de los recursos públicos.

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

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Diego Enrique Franco Victoria  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya Penagos  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-1)
2. El artículo 127 de la Constitución Política señala: «Los servidores públicos no podrán celebrar, por si o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

   »A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución. Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria». [↑](#footnote-ref-2)
3. Gaceta del Congreso de la República No. 71 del 2005. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional, Sentencia C- 1153 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Constitucional. Sentencias: C-233 de 4 de abril de 2002, expediente: D-3704; C-551 de 9 de julio de 2003, expediente: CRF-001 de 9 de julio de 2003; C-652 de 5 de agosto de 2003, expediente: D-4330; C-353 de 20 de mayo de 2009, expediente: D-7518, C-541 de 30 de junio de 2010, expediente: DD7966; entre otras. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 3 de marzo de 2005, expediente número 2004-00823-01(PI). Ver también, de la Sección Tercera. Sentencia de 22 de enero de 2002, expediente número 2001-0148-01 y, Sección Tercera. Sentencia de 20 de noviembre de 2001, expediente número 2001-0130-01(PI), entre otras. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil de fecha 24 de julio de 2013, radicado 2166, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-7)
8. «Artículo 33. Restricciones a la contratación pública. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

   » Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias». [↑](#footnote-ref-8)
9. «Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido:

   » […]

   » Parágrafo. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista». [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 17 de febrero de 2015. C.P. William Zambrano Cetina. Radicación No. 11001-03-06-000-2015-00164-00(2269). [↑](#footnote-ref-10)
11. «[25] Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 3 de diciembre de 2007. Radicados: 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447 -acumulados-». [↑](#footnote-ref-11)
12. «[26] Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil». [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 2 de septiembre de 2013. Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00412-00 (2168). Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 08 de mayo de 2018. Exp. 2.382. C.P. Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-14)
15. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de abril de 2006. Exp. 1712. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 20 de febrero de 2006. Radicación Número: 11001-03-06-000-2006-00026-00(1727). Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Y en Concepto con radicado 1738 de 6 de abril de 2006, esa misma Corporación reiteró que «Las restricciones de la Ley de Garantías en materia de contratación directa y celebración de convenios interadministrativos, se aplican a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta, salvo cuando la celebración de un convenio interadministrativo sea ordenada, para ambas partes, por el Legislador»: «Si bien en el tema del concepto del que se extractaron los párrafos transcritos, se hacía referencia a las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas, la explicación dada cobija también a las empresas industriales y comerciales del estado y a las de crédito, pues todas ellas hacen parte de la definición de administración pública de la ley 489 de 1998, y además encajan dentro de la noción de todos los entes del Estado que trae la ley 996 de 2005 en el artículo 33, de manera que no es lógico pretender exonerarse de ésta prohibición alegando un régimen especial de los actos o contratos». Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 6 de abril de 2006. Radicación Número: 11001-03-06-000-2006-00038-00(1738). Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-16)
17. En todo caso, es importante resaltar que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se ha pronunciado en el sentido de que no se les aplica la restricción de la Ley de Garantías a los convenios o contratos interadministrativos que deben celebrarse en virtud de un fallo judicial. Esto en la medida que la obligatoriedad y la fuerza vinculante de las sentencias ejecutoriadas proferidas por los funcionarios investidos del poder judicial emanan de la autonomía conferida a estos por la Constitución y del derecho que tienen los ciudadanos al acceso y oportuna administración de justicia. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de noviembre de 2007. Expediente número 1863. Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo. [↑](#footnote-ref-17)
18. 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-18)
19. 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-19)
20. 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-20)
21. *Ibidem.* [↑](#footnote-ref-21)
22. *Ibidem.* [↑](#footnote-ref-22)
23. 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-23)
24. 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-24)
25. 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-25)
26. Con ocasión de la unificación del Fondo de Modernización e Innovación para las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas y la Unidad de Desarrollo Empresarial, ordenada en el artículo 13 de la ley 1753 de 2015, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y Bancóldex, celebraron el convenio interadministrativo número 375 del 15 de julio de 2015, cuyo objeto consiste en: “[…]establecer las directrices entre BANCOLDEX y el MINISTERIO para dar cumplimiento con lo establecido en los artículos 11 y 13 de la ley 1753 de 2015. […]”. El artículo 126 de la Ley 1815 del 7 de diciembre del 2016, por medio de la cual “se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropiaciones para la vigencia fiscal del 1o de enero al 31 de diciembre de 2017”, estableció que “Los patrimonios autónomos cuya administración haya sido asignada por ley al Banco de Comercio de Colombia S.A. – Bancóldex, podrán administrarse directamente por este o a través de sus filiales”. En razón a la autorización legal impartida y, por definición de política por parte del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Bancóldex, Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A., Fiducoldex S.A., sociedad de servicios financieros de economía mixta indirecta del orden nacional, filial de Bancóldex y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, suscribieron el 24 de marzo de 2017 contrato de cesión del Convenio 375 de 2015 con efectos a partir del 1º de abril de 2017. Una vez celebrado el contrato de cesión de posición contractual, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y Fiducoldex S.A. celebraron el contrato de fiducia mercantil de administración número 006-2017, cuyo objeto es la administración del patrimonio autónomo Unidad de Gestión de Crecimiento Empresarial INNPULSA COLOMBIA por parte de FIDUCOLDEX, quien actúa como vocera del mismo. [↑](#footnote-ref-26)
27. La Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. FIDUCÓLDEX S.A., es una sociedad de servicios financieros de economía mixta indirecta del orden nacional, constituida mediante Escritura Pública número 1497 de octubre 31 de 1992, otorgada en la Notaría Cuarta de Cartagena (Bolívar), autorizada para funcionar mediante la Resolución número 4535 de noviembre 3 de 1992 expedida por la hoy Superintendencia Financiera de Colombia, vinculada al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y filial del Banco de Comercio Exterior de Colombia S.A. Bancóldex. [↑](#footnote-ref-27)
28. “ARTÍCULO 97.- Sociedades de economía mixta. Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley. // Las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen. // PARÁGRAFO .- Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado. [↑](#footnote-ref-28)
29. Ley 1150 de 2007: “Artículo 14. Del régimen contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado. <Artículo modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.” [↑](#footnote-ref-29)
30. En concreto, ha dicho esa Sala: “[S]i la entidad fiduciaria administradora del patrimonio autónomo tiene el carácter de empresa industrial y comercial del Estado sus actos y contratos se sujetarán a lo dispuesto por el artículo 93 de la ley 489 de 1998, esto es, que los actos que expidan para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del derecho privado, que para el caso de la fiducia mercantil es el Código de Comercio, y en cuanto a los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del estatuto general de contratación de las entidades estatales Consejo de Estado”. (Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 23 de mayo de 2002, Exp. n.º 1423. Consejero Ponente: César Hoyos Salazar). [↑](#footnote-ref-30)
31. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 08 de mayo de 2018. Exp. 2.382. C.P. Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-31)