**CCE-DES-FM-17**

**CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN – Marco legal para la contratación**

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 los siguientes tres (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 las actividades de los actores del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.

Por su parte, esta Agencia, 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.

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

[…] 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 ibídem. 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, que son: 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.

**PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Articulo 86 de la ley 1474 de 2011 – Ámbito de aplicación – Contratos regidos por el egcap**

[…] si una entidad estatal no se rige por el EGCAP, ya sea para celebrar la generalidad de sus contratos o para celebrar uno en específico, no podrá aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio contractual establecido en el artículo 86 ibídem. Con lo anterior se quiere indicar que, pese a que existan entidades que por regla general se rigen por la Ley 80 de 1993, si para celebrar algún contrato en específico la ley establece que este se regirá por el derecho privado, ello implicará que la entidad, para ese contrato en específico no se regirá por el EGCAP. De esta manera, en cualquiera de los siguientes dos eventos no será posible acudir al procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por tratarse de un supuesto que escapa a su ámbito de aplicación: i) cuando el legislador establece que el régimen contractual de determinada entidad estatal no será el EGCAP, sino un régimen especial, usualmente el derecho privado; y ii) cuando pese a tratarse de una entidad que por regla general se rige por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el legislador estableció que determinados contratos se regirían por el derecho privado. Lo anterior conduce a que solo en los contratos que se rijan por el EGCAP las entidades estatales que los celebren puedan acudir al procedimiento establecido en el artículo 86 analizado



Bogotá, 13 Octubre 2021

Señor

Jhon Quiceno

Bogotá, D.C.

**Concepto C – 574 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN – Marco legal para la contratación / CONVENIO ESPECIAL DE COOPERACIÓN – Reglas – Régimen jurídico / PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Articulo 86 Ley 1474 de 2011 – Ámbito de aplicación – Contratos regidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública |
| Radicación: | Respuesta a la consulta # P20210831007901. |

Estimado señor Quiceno,

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, y dentro de los términos establecidos en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, modificados por el artículo 5 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 31 de agosto de 2021.

1. **Problema planteado**

En relación con los convenios especiales de cooperación de ciencia y tecnología, usted realiza la siguiente consulta:

«¿El artículo 86 de la Ley 1474 se le puede aplicar a un convenio especial de Cooperación de Ciencia y Tecnología que se rige por el derecho privado?»

**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, C-036 del 2 de marzo de 2021, C-346 de 16 de junio de 2021 y C-453 del 1 de septiembre de 2021 estudió las actividades de ciencia, tecnología e innovación que tienen por objeto la realización de tales actividades.

Así mismo, Colombia Compra Eficiente estudió la potestad sancionatoria de las entidades estatales como herramienta para la dirección general del negocio y para la vigilancia y control en materia contractual y el trámite para su ejercicio, en los conceptos C-147 del 17 de marzo de 2020, C-219 del 29 de abril de 2020, C–251 del 27 de mayo de 2020, C–280 del 6 de julio de 2020, C-434 del 29 de julio de 2020, C-516 del 11 de agosto de 2020, C-569 del 31 de agosto de 2020, C-607 del 13 de octubre de 2020, C-641 del 4 de noviembre de 2020, C-025 del 25 de febrero de 2021, C-060 del 8 de marzo de 2021, C-128 del 5 de abril de 2021 y C-194 del 13 de mayo de 2021. La tesis propuesta en estos conceptos se reitera a continuación.

**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[[1]](#footnote-1), 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 los siguientes tres (3): a) contratos de financiamiento, b) contratos de administración de proyectos y c) convenios especiales de cooperación; **iii)** la Ley 1286 de 2009[[2]](#footnote-2) y **iv)** el Documento CONPES 3582 de 2009, donde se define cuáles son las actividades de los actores del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.

Por su parte, esta Agencia, 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[[3]](#footnote-3).

**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, a saber:

**(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[[4]](#footnote-4); 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, este Decreto 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 persona jurídica, sino que pueden participar en una previamente 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.

**(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 ibídem. 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, que son: 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»[[5]](#footnote-5) (La norma señalada en esta cita es del año 1990). Además, esa Corporación al revisar 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, dijo:

«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[[6]](#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 lo desarrolla 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[[7]](#footnote-7).

**b) Decreto Ley 591 de 1991**

La Ley 80 de 1993, en el artículo 81 deroga una serie de artículos de este decreto, salvo los siguientes que continúan vigentes: 2, 8, 9, 17 y 19. 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 los tres (3) que se indican a continuación: 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[[8]](#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[[9]](#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.

**2.2. Procedimiento administrativo sancionatorio contractual del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Aplicación a los contratos regidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública**

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 regula un procedimiento administrativo sancionatorio dirigido a sujetos específicos: las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es decir, a la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y normas complementarias[[10]](#footnote-10). Así se desprende del primer inciso de aquel artículo, que establece: «*Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública* podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento […]». De ahí que, solo por esta razón, sea fácil concluir que las entidades estatales que no se rijan por el EGCAP no pueden aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por no ser entidades sometidas a dicho estatuto, sino, por el contrario, entidades exceptuadas de este.

En línea con lo anterior, si una entidad estatal no se rige por el EGCAP, ya sea para celebrar la generalidad de sus contratos o para celebrar uno en específico, no podrá aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio contractual establecido en el artículo 86 ibídem. Con lo anterior se quiere indicar que, pese a que existan entidades que *por regla general* se rigen por la Ley 80 de 1993, si para celebrar algún contrato en específico la ley establece que este se regirá por el derecho privado, ello implicará que la entidad, para ese contrato en específico no se regirá por el EGCAP. De esta manera, en cualquiera de los siguientes dos eventos no será posible acudir al procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por tratarse de un supuesto que escapa a su ámbito de aplicación: i) cuando el legislador establece que el régimen contractual de determinada entidad estatal no será el EGCAP, sino un régimen *especial*, usualmente el derecho privado; y ii) cuando pese a tratarse de una entidad que por regla general se rige por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el legislador estableció que determinados contratos se regirían por el derecho privado. Lo anterior conduce a que solo en los contratos que se rijan por el EGCAP las entidades estatales que los celebren puedan acudir al procedimiento establecido en el artículo 86 analizado.

De otro lado, si bien en los últimos años se ha presentado un intenso debate al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado, acerca de la posibilidad de las entidades con régimen especial de contratación de ejercer autotutela declarativa, imponiendo las sanciones pactadas en el contrato[[11]](#footnote-11), esta Subdirección considera que la potestad sancionatoria debe consagrarse expresamente en la ley, para que sea viable su ejercicio; además, es necesario que se regule previamente y a nivel legal el procedimiento aplicable para la imposición de las sanciones. Ambas condiciones son la materialización de los principios de competencia y de legalidad de las formas propias de cada juicio, contenidas en el derecho fundamental al debido proceso, que rige también en las actuaciones administrativas, según lo indica el primer inciso del artículo 29 de la Constitución[[12]](#footnote-12) y el artículo 3, numeral 1 de la Ley 1437 de 2011[[13]](#footnote-13).

Por tanto, las entidades de régimen especial[[14]](#footnote-14) pueden pactar en el contrato que, ante el incumplimiento del contratista, se activará el derecho al pago de sanciones, como la multa o la cláusula penal pecuniaria, pero para hacerlas efectivas deben acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, que, como lo ha indicado la jurisprudencia, es un medio de control «pluripretensional»[[15]](#footnote-15), pues admite canalizar a través de él múltiples pretensiones, como la solicitud de declaratoria de incumplimiento y consecuencialmente la imposición de las sanciones estipuladas en el contrato. En efecto, dicho artículo establece que en la demanda se puede pedir «[…] que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas […]».

No considera entonces esta Subdirección que las entidades de régimen especial, que se exceptúan de la aplicación del EGCAP, tengan competencia para imponer unilateralmente sanciones contractuales. Pero si en gracia de discusión gozaran de ella, el procedimiento administrativo que deberían adelantar para imponerlas no podría ser el del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, porque, como se explicó, el primer inciso de dicha norma establece que rige para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Entonces, si se admitiera que estas entidades pueden declarar el incumplimiento mediante acto administrativo, para hacer efectivas las sanciones contractuales, al no existir un procedimiento especial tendrían que cumplir con el procedimiento administrativo regulado en los artículos 47 al 52 de la Ley 1437 de 2011, pues la primera de las referidas disposiciones establece, en armonía con el artículo 2 dicho Código –consagratorio del principio de subsidiariedad–, que «Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes». Sin embargo, se reitera que esto solo sería en el evento de aceptarse que dichos órganos del Estado tienen competencia para imponer sanciones contractuales; lo que en realidad no sucede.

Sin perjuicio de la anterior, hay entidades de régimen especial que tienen la competencia para declarar la caducidad –que, como se sabe, es una cláusula excepcional, que consiste en una sanción contractual por incumplimiento grave del contratista[[16]](#footnote-16)–, pues la ley las sujeta a las normas de derecho privado, pero les permite ejercer tales exorbitancias. Tal es el caso de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios[[17]](#footnote-17) y de las empresas sociales del Estado[[18]](#footnote-18). En tales eventos, las entidades de régimen especial deben aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, ya que en el pacto e imposición de la caducidad se consideran entidades sometidas al EGCAP. Sin embargo, una posibilidad como la anterior se restringe a los supuestos donde, pese a tratarse de entidades de régimen especial, existe una atribución particular de potestades excepcionales, cuya regulación las remita particularmente al EGCAP.

Sin perjuicio del escenario excepcional anterior, se reitera que las entidades estatales que no se rijan por el EGCAP no pueden aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por no ser entidades sometidas a dicho estatuto, sino, por el contrario, entidades exceptuadas de este. De esta manera, si una entidad estatal no se rige por el EGCAP, ya sea para celebrar la generalidad de sus contratos o para celebrar uno en específico, no podrá aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio contractual establecido en el artículo 86 ibídem.

**3. Respuesta**

«¿El artículo 86 de la Ley 1474 se le puede aplicar a un convenio especial de Cooperación de Ciencia y Tecnología que se rige por el derecho privado?»

De acuerdo con la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente, y conforme a las explicaciones realizadas en estas consideraciones, el régimen contractual aplicable al *convenio especial de cooperación* regulado en los Decretos-Ley 393 y 591 de 1991 es el derecho privado –art. 7, numeral 5, del Decreto-Ley 393 de 1991–. Por tanto, dichos contratos no se rigen por el EGCAP.

De otro lado, como se analizó en las consideraciones, las entidades estatales que no se rijan por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –EGCAP– no pueden aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por no ser entidades sometidas a dicho estatuto, sino, por el contrario, entidades exceptuadas de este. En línea con lo anterior, si una entidad estatal no se rige por el EGCAP, ya sea para celebrar la generalidad de sus contratos o para celebrar uno en específico, no podrá aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio contractual establecido en el artículo 86 ibídem. Con lo anterior se quiere indicar que, pese a que existan entidades que *por regla general* se rigen por la Ley 80 de 1993, si para celebrar algún contrato en específico la ley establece que este se regirá por el derecho privado, ello implicará que la entidad, para ese contrato en específico no se regirá por el EGCAP. De esta manera, en cualquiera de los siguientes dos eventos no será posible acudir al procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por tratarse de un supuesto que escapa a su ámbito de aplicación: i) cuando el legislador establece que el régimen contractual de determinada entidad estatal no será el EGCAP, sino un régimen *especial*, usualmente el derecho privado; y ii) cuando pese a tratarse de una entidad que por regla general se rige por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el legislador estableció que determinados contratos se regirían por el derecho privado. Lo anterior conduce a que solo en los contratos que se rijan por el EGCAP las entidades estatales que los celebren puedan acudir al procedimiento establecido en el artículo 86 analizado.

Lo anterior conduce a que en los *convenios especiales de cooperación* regulados en los Decretos-Ley 393 y 591 de 1991, al regirse por el derecho privado y, por tanto, no someterse al EGCAP, no sea posible aplicar el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Jorge Alberto García Calume  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín López  Subdirector de Gestión Contractual ANCP -CCE (E) |

1. Expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 11 de la Ley 29 de 1990. [↑](#footnote-ref-1)
2. Por la cual se modifica la Ley 29 de 1990, se transforma a Colciencias en Departamento Administrativo, se fortalece el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación<[1](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1286_2009.html#1)> en Colombia y se dictan otras disposiciones. [↑](#footnote-ref-2)
3. 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 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-3)
4. 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-4)
5. *Ibidem.* [↑](#footnote-ref-5)
6. *Ibidem.* [↑](#footnote-ref-6)
7. 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)
8. 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)
9. 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)
10. En efecto, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 dispone: «*Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública* podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

    »a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

    »b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

    »c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

    »d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento» (cursivas fuera de texto). [↑](#footnote-ref-10)
11. Providencias que avalaron dicha tesis fueron las siguientes: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 20 de febrero de 2017. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expedientes: 56939 y 56562. En cambio, la consideración de que las entidades de régimen especial, por regla general, no pueden ejercer esta potestad sancionatoria, se plantea en las sentencias del Consejo de Estado. Sección Tercera. 1 de agosto de 2018. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo. Expediente: 39277 y del 14 de febrero de 2019. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Expediente: 38937. [↑](#footnote-ref-11)
12. «Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

    »Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

    »En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

    »Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

    »Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso». [↑](#footnote-ref-12)
13. «Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

    »Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

    »1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

    »En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no *reformatio in pejus y non bis in ídem*

    […]»*.* [↑](#footnote-ref-13)
14. Entendiendo por estas a aquellas entidades que por disposición legal no se rigen por el EGCAP, ya sea para celebrar algún contrato en particular o la generalidad de sus contratos. [↑](#footnote-ref-14)
15. Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 12 de diciembre de 2017. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente: 60.477. [↑](#footnote-ref-15)
16. El artículo 18 de la Ley 80 de 1993 establece: «La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

    »En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

    »Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

    »La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento». [↑](#footnote-ref-16)
17. El artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, indica: «Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

    »Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.

    »PARÁGRAFO. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993». [↑](#footnote-ref-17)
18. El artículo 195, numeral 6 de la Ley 100 de 1993 establece que las empresas sociales del Estado: «En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública». [↑](#footnote-ref-18)