**CCE-DES-FM-17**

**CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN – Regulación**

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

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

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

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

En relación con el régimen jurídico aplicable a 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, establece que es el derecho privado. De otro lado, es importante destacar que la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de las disposiciones del decreto que establecen la posibilidad de crear sociedades con aportes estatales, ya que el demandante señalaba que existía una contradicción con el artículo 355 de la Constitución Política, que prohíbe los auxilios y donaciones de entidades en favor particulares. De acuerdo con el cargo anterior, la corporación concluyó que el fomento de las actividades de ciencia, tecnología e innovación es una responsabilidad que tiene el Estado por mandato constitucional frente a la cual no es aplicable la restricción contenida en el artículo mencionado.

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

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

**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.

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

Su propósito es entregar recursos al contratista ‒particular o entidad estatal‒ los cuales estarán sujetos a reembolso obligatorio, condicional o parcial, o recuperación contingente. Para el reembolso se fija un plazo e intereses, y cuando este sea obligatorio el contratista devuelve los recursos, pero cuando es condicional o parcial el contratista podrá eximirse de la obligación de pago cuando la entidad considere que su labor fue exitosa o por la magnitud de la actividad. Por otra parte, la recuperación contingente se refiere a que el reembolso de los recursos a la entidad, por parte del contratista, solo ocurrirá cuando se configure alguna de las causales que se deben prever en el contrato. Como se observa, el Decreto 591 de 1991 no señala el régimen aplicable a este contrato, por lo cual la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente dispone que «están sujetos a (i) las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y a sus normas reglamentarias y pueden celebrarse bajo la modalidad de contratación directa; y (ii) el artículo 8 del Decreto–Ley 591 de 1991».

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

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

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

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

**DECRETOS 440 Y 537 DE 2020 – Vigencia**

El Decreto Legislativo 440 de 2020, según lo indicaba su artículo 11, rigió «[…] a partir de la fecha de su publicación» y produjo efectos «[…] durante el estado de emergencia económica, social y ecológica derivada de la Pandemia COVID-19». En consecuencia, dicho Decreto Legislativo perdió vigencia, ya que el estado de excepción, en los términos del artículo 215 de la Constitución Política no continuó. No obstante, en su lugar, el gobierno nacional profirió el Decreto Legislativo 537 del 12 de abril de 2020, que, en esencia, conserva el espíritu y las disposiciones normativas del Decreto 440 de 2020, pero consagra en el artículo 11 una vigencia más extensa, que no quedó supeditada al estado de excepción regulado en el artículo 215 de la Constitución Política, sino a la emergencia sanitaria declarada por el gobierno, a través del ministro de salud, como autoridad sanitaria.

**CONVENIOS ESPECIALES DE COOPERACIÓN – ADICIÓN – derecho privado – no aplicación del artículo 8 del Decreto 537 de 2020**

los convenios especiales de cooperación celebrados con ocasión de actividades de ciencia, tecnología e innovación, regulados en los Decretos Ley 393 y 591 de 1991, se rigen por las normas del derecho privado y, por consiguiente, están excluidos de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –EGCAP–. Por ende, a estos contratos no le resulta aplicable la limitación prevista para los contratos estatales en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 que indica: «Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales»; ni tampoco la excepción transitoria prevista en el artículo 8 del Decreto 537 de 2020 –antes artículo 8 del Decreto 440 de 2020–, que modifica de forma transitoria el parágrafo del artículo 40 ibidem. En tal sentido, el ordenamiento jurídico no establece un tope frente a la adición de los convenios especiales de cooperación, los cuales se rigen por el derecho privado. Por eso, a cada entidad le corresponderá, en cada caso específico, determinar la viabilidad técnica, jurídica y financiera de adicionar dichos contratos, teniendo en consideración que no hay una norma que establezca un tope frente a su adición.

Bogotá, 28 de marzo de 2022 Un conjunto de letras blancas en un fondo blanco

Descripción generada automáticamente con confianza media

Señora

**Lina Marcela Pineda Chaparro**

Ciudad

**Concepto C – 131 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | ACTIVIDADES DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN ― Regulación ― ACTIVIDADES DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN – Decreto 393 de 1991 ― Formas de asociación ― Decreto 591 de 1991 ― Modalidades de contratos de fomento / DECRETO 393 DE 1991 ― Creación de personas jurídicas ― Régimen jurídico / CONVENIO ESPECIAL DE COOPERACIÓN ― Reglas ― Régimen jurídico / DECRETO 591 DE 1991 ― Contrato de financiamiento ― Contrato de administración de proyectos ― Convenio especial de cooperación / DECRETOS 440 Y 537 DE 2020 – Vigencia / CONVENIOS ESPECIALES DE COOPERACIÓN – ADICIÓN – derecho privado – no aplicación del artículo 8 del Decreto 537 de 2020 |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta #P20220211001398 |

Estimada señora Pineda:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, 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, responde su consulta del 11 de febrero de 2022.

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

Usted formula la siguiente consulta, respecto de la modificación a la adición de contratos estatales regulada transitoriamente en el artículo 8 del Decreto 440 de 2020: «¿Los Convenios especiales de cooperación científica y tecnológica se pueden adicionar sin límite?».

**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 del 30 de junio de 2021, C-453 de 1 de septiembre de 2021, C-529 de 27 de septiembre de 2021, C-574 de 13 de octubre de 2021, C-656 de 30 de noviembre de 2021 y C-022 de 21 de febrero de 2022, estudió las actividades de ciencia, tecnología e innovación. Así mismo, respecto de la adición y modificación de contratos estatales, con ocasión de las expedición y vigencia de los Decretos 440 y 537 de 2020, se pronunció, entre otros, en los conceptos C-452 de 28 de julio de 2020, C-625 de 22 de noviembre de 2021, C-724 de 22 de enero de 2022 y C-080 del 17 de marzo de 2022. Las ideas expuestas en dichas oportunidades serán reiteradas a continuación y se complementan en lo que resulte pertinente.

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

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

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

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

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

En todo caso, se resalta, el régimen de las actividades de ciencia, tecnología e innovación se define a partir de las normas citadas; pero le corresponde al Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación, como autoridad competente, catalogar las actividades cuando las entidades presenten dudas respecto de un objeto contractual que pretendan satisfacer[[1]](#footnote-2). De conformidad con lo indicado, a continuación se profundiza en algunos aspectos relacionados con el régimen derivado de los Decretos Leyes 393 de 1991 y 591 de 1991.

**a) Decreto Ley 393 de 1991**

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

**i) Creación de personas jurídicas**

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

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

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

**ii) Convenio especial de cooperación**

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

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

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

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

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

**b) Decreto Ley 591 de 1991**

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

**i) Contrato de financiamiento**

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

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

**ii) Contrato de administración de proyectos**

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

**iii) Convenio especial de cooperación**

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

**2.2. Declaratoria de la emergencia sanitaria para atender los efectos de la pandemia generada por el COVID-19**

Colombia al igual que numerosos países del mundo, afronta actualmente la compleja situación de salud pública presentada por causa de la pandemia del COVID -19, declarada así por la Organización Mundial de la Salud el 11 de marzo de 2020 principalmente por la rápida velocidad de propagación del virus. Dicho organismo señaló que esta es una emergencia sanitaria y social mundial que requiere una acción efectiva e inmediata de los gobiernos, las personas y las empresas, e instó a los Estados a tomar acciones urgentes, frente a la identificación, confirmación, aislamiento, monitoreo de los posibles casos y el tratamiento de los casos confirmados, así como la divulgación de las medidas preventivas, con el objetivo de mitigar el contagio.

En consecuencia, las autoridades gubernamentales han expedido un importante número de normas estableciendo directrices orientadas a la prevención del virus y a la disminucion de la velocidad de su contagio.

Fue así como el Gobierno Nacional, en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social, declaró la emergencia sanitaria en todo el territorio colombiano mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020 y estableció varias disposiciones destinadas a la prevención y contención del riesgo epidemiológico asociado con el COVID-19. Esta medida, en principio, tendría lugar hasta el 30 de mayo de 2020, pero se ha venido prorrogando ininterrumpidamente mediante la expedición de los siguientes actos administrativos: i) la Resolución 844 del 26 de mayo de 2020 prorrogó la vigencia hasta el 31 de agosto de 2020; ii) la Resolución 1462 del 25 de agosto de 2020 prorrogó vigencia hasta el 30 de noviembre de 2020; iii) la Resolución 2230 del 27 de noviembre de 2020 prrorrogó vigencia hasta el 28 de febrero de 2021; iv) la Resolución 222 del 25 de febrero de 2021 la prorrogó hasta el 31 de mayo de 2021; v) la Resolución 738 del 26 de mayo de 2021; vi) la Resolución 1315 del 27 de agosto de 2021, vii) la Resolución 1913 del 25 de noviebre de 2021, mediante la cual se extendió la emergencia sanitaria hasta el 28 de febrero de 2022 y ix) Resolución 304 del 23 de febrero de 2022, mediante la cual se prorrogó la emergencia sanitaria hasta el 30 de abril de 2022. En consecuencia, actualmente el estado de emergencia sanitaria se ha mantenido hasta la fecha mencionada, sin perjuicio de que se prorrogue nuevamente por disposición del Gobierno Nacional.

De manera posterior a la expedición de la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, se declaró por el término de treinta (30) días el estado de excepción de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, con lo cual, el presidente de la República con la firma de todos los ministros quedó autorizado para dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos[[9]](#footnote-10). Este primer estado de excepción estuvo vigente por treinta (30) días calendario. Posteriormente se ordenó un segundo estado de emergencia económica, social y ecológica, mediante el Decreto Legislativo 637 del 6 de mayo de 2020, el cual rigió por otros treinta (30) días calendario. Por lo tanto, el estado de excepción mencionado tuvo vigencia hasta el 4 de junio de 2020.

Adicionalmente, de las disposiciones que se han expedido durante la pandemia, y que han incidido en la contratación pública, hay que destacar las contenidas en los Decretos 440 del 20 de marzo de 2020 y 537 del 12 de abril de 2020, que adoptaron medidas excepcionales para evitar el aumento de los contagios y permitir que se continúen cumpliendo los fines del Estado social de derecho a través de la actividad contractual. El gobierno nacional también expidió el Decreto 499 del 31 de marzo de 2020, cuyo contenido se replicó en el Decreto 544 del 13 de abril de 2020, por los cuales se adoptan medidas en materia de contratación estatal para la adquisición en el mercado internacional de dispositivos médicos y elementos de protección personal. Finalmente, en este recuento normativo conviene hacer referencia al Decreto 491 del 28 de marzo de 2020, que incluyó algunas disposiciones adicionales relevantes para la contratación estatal.

**2.3. Vigencia y alcance de los Decretos Legislativos 440 y 537 de 2020**

Como se indicó con anterioridad, uno de los Decretos Legislativos expedidos en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica derivada de la pandemia ocasionada por el COVID-19 fue el 440 del 20 de marzo de 2020. Mediante este Decreto se adoptaron medidas en materia de contratación estatal, con la finalidad de prevenir la propagación de la pandemia. En tal sentido, dicha norma transitoria, por ejemplo, promovió el distanciamiento social, permitiendo la realización de audiencias públicas electrónicas o virtuales, con la finalidad de prevenir el contacto entre los participantes en los procesos de contratación, así como en las actuaciones contractuales sancionatorias, siempre y cuando se respetara el derecho fundamental al debido proceso. También facultó a las entidades estatales y a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, para que adelantaran procedimientos de contratación de forma ágil y expedita, encaminados a conjurar la crisis por el coronavirus COVID-19 y, en relación con el tema objeto de consulta, el artículo 8[[10]](#footnote-11) del referido decreto autorizó adicionar de forma ilimitada, en principio, los contratos estatales que contribuyeran a atender la pandemia, entre otras medidas.

El Decreto Legislativo 440 de 2020, según lo indicaba su artículo 11, rigió «[…] a partir de la fecha de su publicación» y produjo efectos «[…] durante el estado de emergencia económica, social y ecológica derivada de la Pandemia COVID-19». En consecuencia, dicho Decreto Legislativo perdió vigencia, ya que el estado de excepción, en los términos del artículo 215 de la Constitución Política no continuó. No obstante, en su lugar, el gobierno nacional profirió el Decreto Legislativo 537 del 12 de abril de 2020, que, en esencia, conserva el espíritu y las disposiciones normativas del Decreto 440 de 2020, pero consagra en el artículo 11 una vigencia más extensa, que no quedó supeditada al estado de excepción regulado en el artículo 215 de la Constitución Política, sino a la emergencia sanitaria declarada por el gobierno, a través del ministro de salud, como autoridad sanitaria.

En efecto, el mencionado artículo estableció que el Decreto 537 de 2020 «[…] rige a partir del 16 de abril de 2020 y estará vigente mientras se mantenga la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19». De esta forma, debido a que la Resolución 304 del 23 de febrero de 2022, mediante la cual se extendió la emergencia sanitaria, tiene como fecha de finalización de la misma el 30 de abril de 2022, se concluye que las normas del Decreto 537 de 2020 se encontrarán vigentes hasta dicha fecha, pues su aplicación está supeditada a que se mantenga la emergencia sanitaria. Lo anterior sin perjuicio de que la autoridad sanitaria nuevamente extienda la vigencia de la emergencia sanitaria.

Finalmente, según las consideraciones previamente expuestas, resta señalar que *los convenios especiales de cooperación* celebrados con ocasión de actividades de ciencia, tecnología e innovación, regulados en los Decretos Ley 393 y 591 de 1991, se rigen por las normas del derecho privado y, por consiguiente, están excluidos de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –EGCAP–. Por ende, a estos contratos no le resulta aplicable la limitación prevista para los contratos estatales en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 que indica: «Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales»; ni tampoco la excepción transitoria prevista en el artículo 8[[11]](#footnote-12) del Decreto 537 de 2020 –antes artículo 8 del Decreto 440 de 2020–, que modifica de forma transitoria el parágrafo del artículo 40 *ibidem*. En tal sentido, el ordenamiento jurídico no establece un tope frente a la adición de los *convenios especiales de cooperación*, los cuales se rigen por el derecho privado. Por eso, a cada entidad le corresponderá, en cada caso específico, determinar la viabilidad técnica, jurídica y financiera de adicionar dichos contratos, teniendo en consideración que no hay una norma que establezca un tope frente a su adición.

**3. Respuesta**

Usted formuló la siguiente consulta, respecto de la modificación a la adición de contratos estatales regulada transitoriamente en el artículo 8 del Decreto 440 de 2020: «¿Los Convenios especiales de cooperación científica y tecnológica se pueden adicionar sin límite?».

En primer lugar, se aclara que el Decreto 440 de 2020 ya no está vigente, toda vez que el mismo, según el artículo 11 de la norma, tuvo efectos «[…] durante el estado de emergencia económica, social y ecológica derivada de la Pandemia COVID-19» que ya perdió su vigencia. No obstante, sus disposiciones fueron recogidas, en similares términos, en el Decreto 537 de 2020, cuya vigencia, según el artículo 11, «[…] rige a partir del 16 de abril de 2020 y estará vigente mientras se mantenga la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19».

En segundo lugar, según las consideraciones previamente expuestas, resta señalar que *los convenios especiales de cooperación* celebrados con ocasión de actividades de ciencia, tecnología e innovación, regulados en los Decretos Ley 393 y 591 de 1991, se rigen por las normas del derecho privado y, por consiguiente, están excluidos de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –EGCAP–. En tal sentido, a estos contratos no le resulta aplicable la limitación prevista para los contratos estatales en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 que indica: «Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales»; ni tampoco la excepción transitoria prevista en el artículo 8[[12]](#footnote-13) del Decreto 537 de 2020 –antes artículo 8 del Decreto 440 de 2020–, que modifica de forma transitoria el parágrafo del artículo 40 *ibidem*. En tal sentido, el ordenamiento jurídico no establece un tope frente a la adición de los *convenios especiales de cooperación*, los cuales se rigen por el derecho privado. En tal sentido, a cada entidad le corresponderá, en cada caso específico, determinar la viabilidad técnica, jurídica y financiera de adicionar dichos contratos, teniendo en consideración que no hay una norma que establezca un tope frente a su adición.

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: | Felipe Bastidas Paredes  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

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

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

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

   »a) Adelantar proyectos de investigación científica.

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

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

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

   »e) Establecer redes de información científica y tecnológica.

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

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

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

   »i) Realizar actividades de normalización y metrología.

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

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

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

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

   [↑](#footnote-ref-8)
8. Decreto 591 de 1991: «Artículo 17. Para adelantar actividades científicas o tecnológicas la Nación y sus entidades descentralizadas podrán celebrar con los particulares y con otras entidades públicas de cualquier orden convenios especiales de cooperación. En virtud de estos convenios, las personas que los celebran aportan recursos en dinero, en especie o de industria, para facilitar, fomentar o desarrollar alguna de las actividades científicas o tecnológicas previstas en el artículo 2° de este Decreto». [↑](#footnote-ref-9)
9. Artículo 215: «Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

   […]». [↑](#footnote-ref-10)
10. Artículo 8. «Adición y modificación de contratos estatales. Todos los contratos celebrados por las entidades estatales que se relacionen con bienes, obras o servicios que permitan una mejor gestión y mitigación de la situación de emergencia, podrán adicionarse sin limtación de valor. Para este propósito, la entidad estatal deberá justificar previamente la necesidad y la forma como dichos bienes y servicios contribuirán a gestionar o mitigar la situación de emergencia.

    Igualmente, esta disposición se aplicará a los contratos que se celebren durante el término de la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica y durante el término que dicho estado esté vigente». [↑](#footnote-ref-11)
11. Artículo 8. «Adiciónese los siguientes incisos al parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, así:

    »Adición y modificación de contratos estatales. Durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, todos los contratos celebrados por las entidades estatales que se relacionen con bienes, obras o servicios que permitan una mejor gestión y mitigación de la situación de emergencia con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, podrán adicionarse sin limitación al valor. Para este propósito, la entidad estatal deberá justificar previamente la necesidad y la forma como dichos bienes y servicios contribuirán a gestionar o mitigar la situación de emergencia.

    »Igualmente, esta disposición se aplicará a los contratos que se celebren durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COV1D-19, y durante el término que dicho estado esté vigente». [↑](#footnote-ref-12)
12. Artículo 8. «Adiciónese los siguientes incisos al parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, así:

    »Adición y modificación de contratos estatales. Durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, todos los contratos celebrados por las entidades estatales que se relacionen con bienes, obras o servicios que permitan una mejor gestión y mitigación de la situación de emergencia con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, podrán adicionarse sin limitación al valor. Para este propósito, la entidad estatal deberá justificar previamente la necesidad y la forma como dichos bienes y servicios contribuirán a gestionar o mitigar la situación de emergencia.

    »Igualmente, esta disposición se aplicará a los contratos que se celebren durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COV1D-19, y durante el término que dicho estado esté vigente». [↑](#footnote-ref-13)