

CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN – Regulación

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

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

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

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

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

CONVENIO ESPECIAL DE COOPERACIÓN – Reglas – Régimen jurídico

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

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

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

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

DECRETO 591 DE 1991 – Contrato de financiamiento

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

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

DECRETO 591 DE 1991 – Contrato de administración de proyectos

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

DECRETO 591 DE 1991 – Convenio especial de cooperación

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

LEY DE EMPRENDIMIENTO – Finalidad

El pasado 31 de diciembre, en congruencia con el «Pacto por el emprendimiento, la formalización y la productividad» del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, el Presidente de la República sancionó la Ley 2069 de 2020 para impulsar el nacimiento de nuevas empresas que incentiven la generación de empleo en país. Pensada en clave de reactivación de la economía y fomento a la actividad emprendedora, la ley propicia un entorno para ayudar al crecimiento, consolidación y

sostenibilidad de esas iniciativas, generando mayor desarrollo social, creación de las empresas y mejoras tanto en la productividad como en la competitividad. De esta manera, la ley en comento también concreta la «Política de formalización empresarial» del Documento CONPES 3956 del 8 de enero de 2019.

COMPRAS PÚBLICAS DE TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN – Ley 2069 de 2020 – Artículo 36 – Alcance - Vigencia

En particular, en relación con la promoción de las compras públicas de tecnología e innovación el inciso primero del artículo 36 de la Ley 2069 de 2020 dispone que «Las entidades estatales, de acuerdo con los lineamientos que establezca la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, procuraran generar inversiones o compras que permitan involucrar nuevas tecnologías, herramientas tecnológicas e innovación en sus funciones o sistemas, que permitan generar mejores servicios a los ciudadanos, fomentar el desarrollo tecnológico del Estado, y promover en las empresas y emprendedores nacionales la necesidad de innovar y usar la tecnología dentro de su negocio. El Gobierno Nacional reglamentará esta materia». Como se observa la efectiva aplicación de esta forma de promoción de las compras públicas de tecnología e innovación es un deber cuyo cumplimiento se sujeta tanto a la reglamentación de la materia como a los lineamientos que posteriormente expida esta Agencia, razón por la que requieren un desarrollo normativo posterior.

Así, tratándose particularmente del artículo 36 de la Ley 2069 de 2020, el Congreso de la República reconoce la necesidad de un reglamento para el efectivo cumplimiento de la Ley 2069 de 2020, lo que demuestra, para el caso concreto, una vigencia sometida a condición para el tema regulado en esta norma. Esta conclusión se ajusta no solo a los antecedentes del proyecto de ley, sino también a la necesidad de claridad que debe introducir el reglamento en relación con la promoción de las compras públicas de tecnología e innovación.

COMPRAS PÚBLICAS DE TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN – Decreto 442 de 2022 – Reglamentación del Artículo 36 de la Ley 2069 de 2022

En virtud de lo anterior, mediante el Decreto 442 del 28 de marzo de 2022 se establecieron las reglas para que las entidades estatales que adelanten Compras Públicas de Tecnología e Innovación, en la etapa de planeación y con base en el estudio del sector, busquen establecer nuevas soluciones en el mercado o si las que hay requieren ajustes o mejoras para la satisfacción de sus necesidades.

En consecuencia, el Decreto en mención, además de establecer las definiciones de «Compra Pública de Tecnología e Innovación» y «Convocatoria de Soluciones Innovadoras», para los efectos de dicho decreto, determinó, en los artículos 2.2.1.1.1.6.5. a 2.2.1.1.1.6.7. a la Subsección 6 de la Sección 1 del Capítulo 1 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, las condiciones de aplicabilidad de la «Convocatoria de Soluciones Innovadoras», seguida del «Diálogo Técnico». Sin embargo, se estableció que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente contará con un término de 6 meses contados a partir de la publicación del Decreto 442 de 2022, para expedir los lineamientos que concretarían el contenido del artículo 36 de la Ley 2069 de 2020 y del Decreto indicado.

En ese orden, en el marco de procesos de compras públicas de tecnología e innovación, de acuerdo con el Decreto 442 de 2022 durante la etapa de planeación, las entidades estatales determinarán si

existen soluciones en el mercado o estas requieren ajustes para la satisfacción de su necesidad o si no existe una solución y es necesario generar una completamente nueva. En caso de que se requiera ajustes a las soluciones existentes o una nueva solución, en la etapa de planeación realizarán una convocatoria con la finalidad de buscar soluciones innovadoras que satisfagan la necesidad identificada.

Posteriormente, y vencido el plazo para la presentación de soluciones innovadoras, la entidad recurrirá al Diálogo Técnico con los interesados, a fin de obtener los insumos técnicos y demás información relevante que le permitan estructurar de manera adecuada e innovadora los estudios previos y los demás documentos del proceso de contratación que planea realizar.



Bogotá D.C., 19 de Abril del 2022

Señor

ANGYE NATALIA VILLALBA ACOSTA

Medellín, Antioquia

Concepto C – 207 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 / LEY DE EMPRENDIMIENTO – Finalidad / COMPRAS PÚBLICAS DE TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN – Ley 2069 de 2020 – Artículo 36 – Alcance - Vigencia

Radicación: Respuesta a consulta P20220303002140

Estimada señora Velasco,

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 3 de marzo de 2022, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.



1. Problema planteado

Usted realiza la siguiente pregunta:

«Con ocasión de la implementación de políticas de compra pública innovadora y atendiendo a la cartilla de recomendaciones y guía para la estructuración de dichos procesos contractuales, en las cuales se manifiesta que en tales procesos debe adelantarse un proceso de selección competitivo, se pregunta si tal determinación vulnera la causal consagrada en las normas sobre contratación pública (Ley 80 de 1993 y ley 1150 de 2007) en el sentido de que establece que la modalidad de selección para los contratos de ciencia y tecnología es la modalidad de contratación directa.

A continuación se transcribe el aparte de la guía emitida por Colombia Compra Eficiente en la cual se manifiesta lo enunciado: En el Proceso de Compra Pública para la Innovación, cualquiera sea el régimen contractual o la tipología contractual, debe realizarse un procedimiento de selección competitivo en la que se evalúan los criterios definidos en la etapa de planeación del Proceso de Compra Pública para la Innovación.

Acorde con ello y teniendo en cuenta que el campo de la compra pública innovadora por lo general comprende soluciones científicas y tecnológicas, se pregunta si tal enunciado estaría en contra de la causal contractual señalada. ¿No sería una contradicción de la Ley? De no ser así, se solicita que se explique, cuando cabría la aplicación o la conjugación de tales instrucciones, es decir, cuándo se debe dar aplicación y adelantar un proceso contractual de ciencia y tecnología bajo la modalidad de contratación directa (ley 80 y 1150) y cuando atendiendo a la instrucción emanada por Colombia Compra según la cual se debe adelantar un proceso competitivo».

2. Consideraciones

Para resolver su pregunta, se desarrollarán los siguientes temas: i) el marco normativo de la contratación de las actividades de ciencia, tecnología e innovación; y ii) la obligatoriedad de las guías y manuales expedidos por la Agencia.

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, en los conceptos C-066 del 3 de marzo de 2020, C-084 del 11 de marzo de 2020, C-236 del 6 de abril de 2020, C-036 del 1 de marzo de 2021 y C-656 del 30 de noviembre de 2021 estudió las actividades de ciencia, tecnología e innovación y los contratos y convenios para contratarlas.

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; 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 prevén 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 satisfacer¹.

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

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 2002 y C-236 del 6 de abril de 2020.

a) Decreto Ley 393 de 1991

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

i) Creación de personas jurídicas

Esta forma de asociación está prevista para la nación y sus entidades descentralizadas, con particulares o con otras entidades estatales, por lo que entre estos sujetos se pueden crear sociedades civiles, comerciales y entidades sin ánimo de lucro como corporaciones y fundaciones. El objeto de estas personas jurídicas podrá ser cualquiera de los señalados en el artículo 2 del Decreto 393 de 1991, los cuales se refieren a actividades y proyectos relacionados con la ciencia, tecnología e innovación²; y respecto de los aportes que hacen

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.

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.

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 mencionado³.

ii) Convenio especial de cooperación

-
- »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.
 - »l) Financiar publicaciones y el otorgamiento de premios y distinciones a investigadores, grupos de investigación e investigaciones».

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».



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 (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 reglamentación⁵.

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

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.



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 convenio⁶.

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

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».

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 directa⁷.

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 regulado⁸. Para finalizar, el artículo 19 señala que dependiendo de la modalidad de contrato –financiamiento, administración de proyectos, convenio especial de cooperación– será necesario pactar cláusulas respecto de la transferencia tecnológica, que deben tener en cuenta los lineamientos del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

2.3 Ley 2069 de 2020 y la promoción de la Compras Públicas de Tecnología e Innovación

El pasado 31 de diciembre, en congruencia con el «Pacto por el emprendimiento, la formalización y la productividad» del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, el Presidente de la República sancionó la Ley 2069 de 2020 para impulsar el nacimiento de nuevas empresas que incentiven la generación de empleo en país. Dicha Ley busca generar la reactivación de la economía y fomentar la actividad emprendedora, y por ello, tiene como uno de sus propósitos propiciar un entorno para ayudar al crecimiento, consolidación y sostenibilidad de esas iniciativas, generando mayor desarrollo social, creación de las empresas y mejoras tanto en la productividad como en la competitividad⁹. De esta manera,

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».

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».

⁹ Conforme al artículo 1 de la Ley 2064 de 2020, «La presente Ley tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad.

la ley en comento también concreta la «Política de formalización empresarial» del Documento CONPES 3956 del 8 de enero de 2019¹⁰.

Por ello, la ley impulsa medidas para i) reducir cargas y trámites para los emprendedores del país; ii) facilitar su acceso al sistema de compras y contratación pública; iii) incentivar el crecimiento económico con la llegada de más actores al ecosistema de inversión y financiación; iv) focalizar esfuerzos, optimizar la gestión de recursos e incentivar una visión integral del desarrollo productivo a través del fortalecimiento institucional; v) facilitar la apropiación del emprendimiento y la cultura emprendedora en la juventud colombiana; así como vi) otorgar beneficios para emprendedores, especialmente, estableciendo un enfoque diferencial respecto a los miembros de las poblaciones más vulnerables, que les permita avanzar en su actividad y desarrollar sus iniciativas¹¹.

En materia de contratación estatal, los artículos 30, 31, 32, 33, 34, 35 y 36 de la Ley 2069 de 2020 crean una serie de incentivos para las personas interesadas en celebrar contratos con el Estado. Particularmente, conforme a la exposición de motivos, «[...] propone facilitar el acceso de las Mipymes a la modalidad de contratación de mínima cuantía, la limitación de estos procesos a Mipymes, define la posibilidad de establecer criterios diferenciales a favor de las Mipymes en los procesos de contratación pública, amplía el ámbito de aplicación de las medidas de compras públicas a entidades que hoy están excluidas, establece la creación de un sistema de información e indicadores para evaluar la efectividad de las medidas adoptadas y define la inclusión de factores de desempate en los procesos de contratación pública que priorizan este segmento»¹².

»Dicho marco delinearé un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región».

¹⁰ Esta política se justifica en la medida que: «Cuando una empresa decide ser formal se generan beneficios para la sociedad más allá de los que la empresa recibe (externalidades positivas). Estos beneficios [...] incluyen la inserción de más trabajadores al sistema de aseguramiento social, un mayor cumplimiento de las normas sectoriales que buscan proteger la salud de los consumidores y mayores ingresos tributarios para la inversión pública. De igual manera, cuando una empresa decide ser informal, su decisión genera costos para la sociedad más allá de los asumidos por la empresa (externalidades negativas). Algunos de estos son competencia desleal con empresas formales, ya que estas últimas asumen costos adicionales (por ejemplo, pago de registros, seguridad social e impuestos), y el aumento de la corrupción porque, en ocasiones, la manera en que empresas informales evaden el control de los requisitos de formalidad es vía pagos ilegales» (Cfr. CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. Documento 3956 del 8 de enero de 2019: «Política de formalización empresarial». Archivo consultado el 8 de febrero de 2021 en la página web <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3956.pdf>).

¹¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta No. 670 del 11 de agosto de 2020. Exposición de motivos del Proyecto de Ley No. 122 de 2020 Cámara. p. 13.

¹² *Ibidem*. p. 18.

En particular, en relación con la promoción de las compras públicas de tecnología e innovación el inciso primero del artículo 36 de la Ley 2069 de 2020 dispone que «Las entidades estatales, de acuerdo con los lineamientos que establezca la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, procuraran generar inversiones o compras que permitan involucrar nuevas tecnologías, herramientas tecnológicas e innovación en sus funciones o sistemas, que permitan generar mejores servicios a los ciudadanos, fomentar el desarrollo tecnológico del Estado, y promover en las empresas y emprendedores nacionales la necesidad de innovar y usar la tecnología dentro de su negocio. *El Gobierno Nacional reglamentará esta materia*». Como se observa la efectiva aplicación de esta forma de promoción de las compras públicas de tecnología e innovación es un deber cuyo cumplimiento se sujeta tanto a la reglamentación de la materia como a los lineamientos que posteriormente expida esta Agencia, razón por la que requieren un desarrollo normativo posterior.

Así, tratándose particularmente del artículo 36 de la Ley 2069 de 2020, el Congreso de la República reconoce la necesidad de un reglamento para el efectivo cumplimiento de la Ley 2069 de 2020, lo que demuestra, para el caso concreto, una vigencia sometida a condición para el tema regulado en esta norma. Esta conclusión se ajusta no solo a los antecedentes del proyecto de ley, sino también a la necesidad de claridad que debe introducir el reglamento en relación con la promoción de las compras públicas de tecnología e innovación.

En virtud de lo anterior, mediante el Decreto 442 del 28 de marzo de 2022 se establecieron las reglas para que las entidades estatales que adelanten Compras Públicas de Tecnología e Innovación, en la etapa de planeación y con base en el estudio del sector, busquen establecer nuevas soluciones en el mercado o si las que hay requieren ajustes o mejoras para la satisfacción de sus necesidades.

En consecuencia, el Decreto en mención, además de establecer las definiciones de «Compra Pública de Tecnología e Innovación» y «Convocatoria de Soluciones Innovadoras»¹³, para los efectos de dicho decreto, determinó, en los artículos 2.2.1.1.1.6.5.

¹³ Decreto 442 de 2022, artículo 2: «**Artículo 2. Adición de los incisos 11 y 12 al artículo 2.2.1.1.1.3.1. de la Subsección 3 de la Sección 1 del Capítulo 1 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015.** Adiciónense los incisos 11 y 12 al artículo 2.2.1.1.1.3.1. de la Subsección 3 de la Sección 1 del Capítulo 1 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, los cuales quedarán así:

»**Compra Pública de Tecnología e Innovación.** *Es una herramienta de política de innovación a través de la cual las Entidades Estatales adquieren un producto o servicio de base tecnológica para dar respuesta a desafíos públicos respecto de los cuales no se encuentra una solución en el mercado o, si las hay, estas requieren ajustes o mejoras. Este tipo de compras pueden requerir investigación y desarrollo tecnológico para la exploración de alternativas, el diseño de soluciones, el prototipado o la fabricación original de un volumen limitado de primeros productos o servicios a modo de serie de prueba; o extenderse hasta la producción o suministro de los bienes y servicios.*

»**Convocatoria de Soluciones Innovadoras.** *Procedimiento mediante el cual una Entidad Estatal plantea un reto de innovación a personas naturales o jurídicas, entendido como un desafío para*

a 2.2.1.1.1.6.7. a la Subsección 6 de la Sección 1 del Capítulo 1 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, las condiciones de aplicabilidad de la «Convocatoria de Soluciones Innovadoras», seguida del «Diálogo Técnico». Sin embargo, se estableció que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente contaría con un término de 6 meses contados a partir de la publicación del Decreto 442 de 2022, para expedir los lineamientos que concretarían el contenido del artículo 36 de la Ley 2069 de 2020 y del Decreto indicado.

En ese orden, en el marco de procesos de compras públicas de tecnología e innovación, de acuerdo con el Decreto 442 de 2022 durante la etapa de planeación, las entidades estatales determinarán si existen soluciones en el mercado o estas requieren ajustes para la satisfacción de su necesidad o si no existe una solución y es necesario generar una completamente nueva. En caso de que se requiera ajustes a las soluciones existentes o una nueva solución, en la etapa de planeación realizarán una convocatoria con la finalidad de buscar soluciones innovadoras que satisfagan la necesidad identificada.

Posteriormente, y vencido el plazo para la presentación de soluciones innovadoras, la entidad recurrirá al Diálogo Técnico con los interesados, a fin de obtener los insumos técnicos y demás información relevante que le permitan estructurar de manera adecuada e innovadora los estudios previos y los demás documentos del proceso de contratación que planea realizar.

Ahora bien, en el Decreto 442 de 2022 se establece que en caso de que como resultado del procedimiento descrito anteriormente, que se desarrolla en la etapa de planeación, se determine que resulta procedente llevar a cabo una Compra Pública de Tecnología e Innovación, la entidad estatal adelantará el proceso contractual que corresponda de acuerdo con las disposiciones vigentes, aplicando las modalidades de selección y causales reguladas por el legislador, por lo que ni el Decreto 442 de 2022, ni el artículo 36 de la Ley 2069 de 2020 modificaron las modalidades de selección existentes frente a este tipo de procesos, lo que se determinará atendiendo al objeto contractual en específico y su cuantía. En este sentido, una vez realizada esta etapa robusta de planeación, conforme al Decreto 442 de 2022, se adelantará el proceso contractual que corresponda de acuerdo con las disposiciones vigentes, conforme se establece en el párrafo primero del artículo 2.2.1.1.1.6.6. del decreto 1082 de 2015 –adicionado por el Decreto 442–¹⁴.

resolver una necesidad de compra requiriendo nuevas soluciones a las existentes en el mercado o si las que hay requieren ajustes o mejoras para la satisfacción de sus necesidades, de manera que cualquier interesado presente alternativas de solución innovadora al reto identificado».

¹⁴ «Artículo 2.2.1.1.1.6.6. Diálogo Técnico. [...]

» Párrafo 1°. En caso de que como resultado del procedimiento descrito en el presente artículo se determine que resulta procedente llevar a cabo una Compra Pública de Tecnología e Innovación, la

Finalmente, cabe precisar que la Agencia actualmente está trabajando en los lineamientos que se expedirán de acuerdo con el marco jurídico analizado en este acápite, teniendo en cuenta que, como se expresó, el Decreto 442 de 2022 estableció que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente contaría con un término de 6 meses contados a partir de la publicación de dicho decreto, para expedir los lineamientos que concretarían el contenido del artículo 36 de la Ley 2069 de 2020 y del Decreto indicado.

3. Respuesta

«Con ocasión de la implementación de políticas de compra pública innovadora y atendiendo a la cartilla de recomendaciones y guía para la estructuración de dichos procesos contractuales, en las cuales se manifiesta que en tales procesos debe adelantarse un proceso de selección competitivo, se pregunta si tal determinación vulnera la causal consagrada en las normas sobre contratación pública (Ley 80 de 1993 y ley 1150 de 2007) en el sentido de que establece que la modalidad de selección para los contratos de ciencia y tecnología es la modalidad de contratación directa.

A continuación se transcribe el aparte de la guía emitida por Colombia Compra Eficiente en la cual se manifiesta lo enunciado: En el Proceso de Compra Pública para la Innovación, cualquiera sea el régimen contractual o la tipología contractual, debe realizarse un procedimiento de selección competitivo en la que se evalúan los criterios definidos en la etapa de planeación del Proceso de Compra Pública para la Innovación.

Acorde con ello y teniendo en cuenta que el campo de la compra pública innovadora por lo general comprende soluciones científicas y tecnológicas, se pregunta si tal enunciado estaría en contra de la causal contractual señalada. ¿No sería una contradicción de la Ley? De no ser así, se solicita que se explique, cuando cabría la aplicación o la conjugación de tales instrucciones, es decir, cuándo se debe dar aplicación y adelantar un proceso contractual de ciencia y tecnología bajo la modalidad de contratación directa (ley 80 y 1150) y cuando atendiendo a la instrucción emanada por Colombia Compra según la cual se debe adelantar un proceso competitivo».

El Decreto Ley 393 de 1991, Decreto Ley 591 de 1991, la Ley 1286 de 2009 y el Documento CONPES 3582 de 2009, determinan el régimen de las actividades que son consideradas como de ciencia, tecnología e innovación. En todo caso, en el supuesto que las entidades «no tengan certeza sobre la denominación de las actividades científicas, tecnológicas y de innovación, deben acudir al Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e

Entidad Estatal adelantará el proceso contractual que corresponda de acuerdo con las disposiciones vigentes» (Subraya fuera del original).

Innovación -Colciencias, autoridad competente en la materia», hoy Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación, como lo señaló la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en la Circular Externa Única. Por ello, la entidad, como responsable de estructurar sus procedimientos de selección, debe definir si el objeto a contratar es de aquellas actividades consideradas de ciencia, tecnología e innovación.

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

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

En ese orden, es importante señalar que las causales de contratación y las modalidades de selección son regladas y están sujetas a reserva de ley; por tanto, la entidad deberá analizar la modalidad aplicable, así como determinar los supuestos de hecho a aplicar en las etapas de planeación, selección y ejecución del contrato.

Ahora bien, conforme se analizó en el numeral 2.3. de este concepto en el reciente Decreto 442 de 2022 se establece que en caso de que como resultado del procedimiento establecido en dicho decreto, que se desarrolla en la etapa de planeación, se determine que resulta procedente llevar a cabo una Compra Pública de Tecnología e Innovación, la entidad estatal adelantará el proceso contractual que corresponda de acuerdo con las disposiciones vigentes, aplicando las modalidades de selección y causales reguladas por el legislador, por lo que ni el Decreto 442 de 2022, ni el artículo 36 de la Ley 2069 de 2020 modificaron las modalidades de selección existentes frente a este tipo de procesos, lo que se determinará atendiendo al objeto contractual en específico y su cuantía. En este sentido, una vez realizada esta etapa robusta de planeación, conforme al Decreto 442 de 2022, se adelantará el proceso contractual que corresponda de acuerdo con las disposiciones

vigentes, conforme se establece en el parágrafo primero del artículo 2.2.1.1.1.6.6. del decreto 1082 de 2015 –adicionado por el Decreto 442–¹⁵.

Finalmente, cabe precisar que la Agencia actualmente está trabajando en los lineamientos que se expedirán de acuerdo con el marco jurídico analizado en el numeral 2.3. de este concepto, teniendo en cuenta que, como se expresó, el Decreto 442 de 2022 estableció que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente contaría con un término de 6 meses contados a partir de la publicación de dicho decreto, para expedir los lineamientos que concretarían el contenido del artículo 36 de la Ley 2069 de 2020 y del Decreto indicado para la promoción de las compras públicas de tecnología e innovación.

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

Atentamente,

Original Firmado
Jorge Augusto Tirado Navarro

JORGE AUGUSTO TIRADO NAVARRO
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Elaboró: Nathalia Urrego Jiménez
Contratista Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Sebastián Ramírez Grisales
Contratista Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Jorge Augusto Tirado Navarro
Subdirector de Gestión Contractual

¹⁵ «Artículo 2.2.1.1.1.6.6. Diálogo Técnico. [...]»

» Parágrafo 1°. En caso de que como resultado del procedimiento descrito en el presente artículo se determine que resulta procedente llevar a cabo una Compra Pública de Tecnología e Innovación, la Entidad Estatal adelantará el proceso contractual que corresponda de acuerdo con las disposiciones vigentes» (Subraya fuera del original).

