

FONDO FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS – Creación - Ley 1286 de 2009 - Recursos administrados por patrimonio autónomo

La Ley 1286 de 2009 «[p]or la cual se modifica la Ley 29 de 1990 [...] en el artículo 22 dispone la creación del Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, Fondo Francisco José de Caldas, a cargo del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación -Colciencias-, cuyos recursos serían administrados a través de un patrimonio autónomo que se constituiría luego de que -Colciencias- previa licitación pública, celebrara un contrato de fiducia mercantil.

FONDO FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS - Naturaleza jurídica - Características – Fondo especial – Sin personería jurídica - Financiación de actividades de ciencia y tecnología - Recursos administrados conforme lo establece la Ley 1286 de 2009 – Patrimonio autónomo – Fiducia mercantil

La Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto 2306 de 2017, respecto del FFJC, expresó que son dos las características de su naturaleza jurídica: i) su calidad de fondo especial (también denominado fondo cuenta) destinado a la financiación de programas de ciencia, tecnología e innovación; y ii) la administración de sus recursos a través de un patrimonio autónomo constituido mediante contrato de fiducia mercantil.

Se trata entonces de un fondo especial, en su momento a cargo de Colciencias -hoy Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación-, sin personería jurídica, orientado al recaudo, administración e inversión de los recursos públicos y privados destinados a la financiación de las actividades de ciencia y tecnología, el cual en su condición de fondo cuenta, debe ser administrado en la forma y en los términos previstos en su norma de creación –Ley 1286 de 2009-, la cual, como ha quedado expuesto, establece que sus recursos deben ser administrados a través de un patrimonio autónomo creado mediante un contrato de fiducia mercantil.

CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL - – Alcance – Código de Comercio - Bienes forman un patrimonio autónomo – No hacen parte del fideicomitente ni del fiduciario -

el contrato de fiducia mercantil es el negocio jurídico por medio del cual una persona denominada fideicomitente, transfiere a otra llamada fiduciario, uno o más bienes para que los administre o enajene, en orden a cumplir con la finalidad dispuesta por el fideicomitente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario.

El Código de Comercio prevé que los bienes entregados al fiduciario (bienes fideicomitados) se mantienen separados del resto de su activo y «forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo»

En tal virtud, los bienes entregados en fiducia no hacen parte del patrimonio del fiduciante o fideicomitente, pero tampoco integran el patrimonio del fiduciario, puesto que los bienes sobre los cuales recae la fiducia permanecen separados del patrimonio del primero, y de los demás negocios que el segundo administra; y menos aún se incorporan al patrimonio del beneficiario, comoquiera que se debe esperar a que se verifiquen los supuestos fácticos que obran en el acuerdo o convenio, o en la norma legal aplicable, para que se transfieran los bienes a su favor.

FACULTAD DEL MINISTERIO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN – Ley 1286 de 2009 artículo 22 – Decreto 2226 de 200 artículo 3 numeral 5 – Función del Ministerio – Administrar el Fondo Nacional de Financiación para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación – Instrucciones impartidas para celebración de actos y contratos por parte de la fiduciaria

[...] el artículo 22 de la Ley 1286 de 2009 asignó en su momento a Colciencias, la dirección del FFJC y constituyó a dicha entidad como único fideicomitente del patrimonio autónomo.

Complementariamente, el Decreto 2226 de 2019 «por el cual se establece la estructura del Ministerio de Ciencia Tecnología e Innovación y se dictan otras disposiciones» en su artículo 3, numeral 15, establece que dicho Ministerio tiene como función administrar el Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia la Tecnología y la Innovación.

En tal sentido, la Sala ha explicado que Colciencias -entiéndase hoy el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación- en concurrencia con las instrucciones impartidas por el Comité Fiduciario del Fondo, tiene la potestad para dictar las instrucciones con base en las cuales la fiduciaria debe celebrar los actos y contratos necesarios para cumplir con los objetivos del FFJC.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ACTOS Y CONTRATOS CELEBRADOS POR EL FONDO FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS – Ley 1286 de 2009 – Aplicación del derecho privado

la misma Ley 1286 de 2009 establece que los actos y contratos que celebre el fondo se realizarán en las condiciones establecidas por el Gobierno Nacional, y estarán sujetos a las normas de derecho privado, subsidiariamente con las de ciencia y tecnología

RÉGIMEN DE LOS ACTOS Y CONTRATOS - Decretos Leyes 393 y 591 de 1991– Convenios especiales de cooperación – Contratos de financiamiento – Contratos de administración de proyectos – Ausencia de autonomía e independencia por parte de la fiduciaria para celebrar contratos

En ese contexto, los contratos o convenios que puede celebrar el patrimonio autónomo del FFJC, son esencialmente los regulados por los decretos leyes 393 y 591 de 1991, es decir los convenios especiales de cooperación para ciencia, tecnología e innovación; los contratos de financiamiento (en la modalidad de reembolso obligatorio, condicional, contingente y parcial); y los contratos de administración de proyectos.

El escenario descrito, en criterio de la Sala, reafirma la conclusión expresada en acápite anterior en el sentido de que el Ministerio tiene la potestad para dictar las instrucciones con base en las cuales la Fiduprevisora S.A., en ejecución del Contrato de Fiducia 661 de 2018, debe celebrar los actos y contratos necesarios para cumplir con los objetivos del FFJC; de allí que no se pueden celebrar los contratos de manera autónoma e independiente por parte de la fiduciaria.

FIDUPREVISORA S.A – Naturaleza jurídica - Sociedades Anónima de Economía Mixta – Sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado - Ley 489 de 1998 artículo 38 – Rama ejecutiva del

poder público comprende entidades descentralizadas por servicios – Ley 489 de 1998 artículo 93 – Ley 80 de 1993 artículo 14 a 18 - Régimen contractual – Derecho privado – Aplicación de los principios de la función administrativa – Régimen de inhabilidades e incompatibilidades – Control fiscal

[...] Fiduprevisora S.A. es una sociedad anónima de economía mixta, de carácter indirecto y del orden nacional, sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

No puede olvidarse, que según el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 «[p]or la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución política y se dictan otras disposiciones», la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional comprende las entidades descentralizadas por servicios y dentro de ellas se encuentran las sociedades de economía mixta.

Es por ello, que esta Sala ha anotado que Fiduprevisora S.A. es una entidad descentralizada por servicios que en desarrollo de su objeto social gestiona intereses propios del Estado, a través de la realización de una actividad de naturaleza financiera.

Ahora bien, la Ley 489 de 1998 prescribe, en relación con las empresas industriales y comerciales del Estado, lo siguiente:

Artículo 93. Régimen de los actos y contratos. Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales.

Esta norma debe aplicarse en concordancia con el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 que prevé que las empresas industriales y comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%) estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de dicha ley.

En esas circunstancias, la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto 2222 de 2015 ha concluido que el régimen legal de los contratos que celebran las fiduciarias estatales con terceros, en su condición de representante de los patrimonios autónomos que han sido confiados a su gestión, es el derecho privado, puesto que corresponde al desarrollo de su actividad comercial que se desarrolla en dentro de un mercado en competencia.

En efecto, la Sala ha dicho que la Fiduprevisora S.A., tiene un régimen de derecho contractual especial o mixto, que no se puede enmarcar, de manera exclusiva, dentro de las normas de derecho privado, pues dada su naturaleza, la finalidad que persigue (interés general) y el

manejo de recursos públicos, su actividad comercial se encuentra influenciada y sometida en los aspectos anotados por el derecho público, por ejemplo en lo que tiene que ver con los principios de la función administrativa, régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y control fiscal.

LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Ley 996 de 2005 artículo 33 – Destinatarios - Prohibición de la contratación directa - Salvo excepciones – Alcance - Cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes – Contratos celebrados por el patrimonio autónomo - Se hace extensible la prohibición de contratación

[...] la Sala ha sido clara al manifestar que todos los entes del Estado son destinatarios de la prohibición de contratación directa en el periodo establecido en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, esto es, a contratar sin una convocatoria pública o una pluralidad de oferentes, salvo en los casos expresamente establecidos en la misma norma.

Recientemente, en el Concepto 2382 de 2018, la Sala explicó que en el pronunciamiento parcialmente transcrito se entendió que la expresión «contratación directa», a la cual se contrae la prohibición contenida en el artículo 33 de la «Ley de Garantías Electorales», se refiere, en términos generales, a «cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes», por lo que excluye, entre otros, a los demás sistemas de contratación previstos en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, la selección abreviada y el concurso de méritos.

[...]

[...] el vocablo «todos» que utiliza el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, comprende, -sin distinción del «régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía-, la totalidad de los entes del Estado. Es decir, la prohibición cubre a cualquier ente público que eventualmente pueda a través de la contratación directa romper el equilibrio entre los partidos y los candidatos a las elecciones presidenciales.

En suma, la contratación celebrada por el patrimonio autónomo Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación -Fondo Francisco José de Caldas, debe entenderse efectuada por un ente del Estado, en los términos del artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

CONTRATOS CELEBRADOS POR EL PATRIMONIO AUTÓNOMO DEL FONDO FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS – Contratación directa – Elementos para que no concurra la contratación directa – Convocatoria pública – Participación de pluralidad de oferentes – Garantía de la libre competencia

Así las cosas, es necesario enfatizar en que, los elementos determinantes que hacen que un mecanismo de contratación no se considere contratación directa, son de una parte, que en efecto se trate de un mecanismo que implique una convocatoria pública que garantice la transparencia, que permita la participación de pluralidad de oferentes con igualdad de

oportunidades, y que esa pluralidad no tenga barreras de entrada impuestas por el contratante, es decir que se garantice también el principio de libre concurrencia.

En conclusión, si la contratación celebrada por el patrimonio autónomo FFJC, efectivamente hace uso de la convocatoria pública, que permita la participación y que se desarrolle en condiciones de transparencia, igualdad de oportunidades y libre ocnurrencia, no se tratará de contratación directa para la aplicación de la prohibición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005.



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejera Ponente: María del Pilar Bahamón Falla

Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Radicación interna: 2474

Número Único: 11001-03-06-000-2022-00032-00

Referencia: Contratación durante la vigencia de las restricciones de la Ley 996 de 2005 en el período electoral 2022 con recursos del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación -Fondo Francisco José de Caldas.

El señor ministro de Ciencia, Tecnología e Innovación (E) consulta sobre la aplicación de las restricciones de la Ley 996 de 2005, a la contratación celebrada por el Patrimonio Autónomo del Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación - Fondo Francisco José de Caldas.

I. ANTECEDENTES

El señor ministro explica que el artículo 22 de la Ley 1286 de 2009 dispuso la creación del Fondo Francisco José de Caldas (en adelante FFJC), a cargo del entonces Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación, hoy, - en virtud de la Ley 2162 de 2021-, Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación, estableciendo que sus recursos serían administrados a través de un patrimonio autónomo bajo la figura de un contrato de fiducia mercantil.

Agrega que el artículo 23 de la mencionada Ley 1286 de 2009 establece que los actos y contratos celebrados por dicho fondo, se sujetarán a las normas de contratación del derecho privado, subsidiariamente con las correspondientes a ciencia y tecnología y que el artículo 29 prevé que con los recursos del fondo se pueden realizar únicamente las siguientes operaciones en los términos que establezca el Gobierno Nacional: i) financiar programas, proyectos, entidades y actividades de ciencia, tecnología e innovación e ii) invertir en fondos de capital de riesgo u otros instrumentos financieros, para el apoyo de programas, proyectos y actividades de ciencia, tecnología e innovación, como consecuencia de lo cual, es obligación de la fiduciaria seleccionada para las anteriores gestiones, la celebración con entidades, organismos, y personas naturales y jurídicas de cualquier orden y naturaleza jurídica, de contratos o convenios con recursos destinados a la financiación de programas, proyectos, actividades y entidades de ciencia, tecnología e innovación, de acuerdo con las instrucciones que para el efecto imparta el

Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación en desarrollo de su rol como fideicomitente.

Manifiesta que, por ser el FFJC un patrimonio autónomo¹, los recursos que ingresan a él son propiedad del mismo, dejando de ser de la entidad que los aporta o invierte.

Indica que de conformidad con el artículo 24 de la Ley 1286 de 2009, los recursos del FFJC, son:

1. Los recursos del Presupuesto General de la Nación que se destinen a la financiación de actividades de ciencia, tecnología e innovación y que se hubieren programado en el mismo, para ser ejecutados a través del Fondo.
2. Los recursos que las entidades estatales destinen al Fondo para la financiación de actividades de ciencia, tecnología e innovación.
3. Los recursos provenientes del sector privado y de la cooperación internacional orientados al apoyo de actividades de ciencia, tecnología e innovación.
4. Las donaciones o legados que le hagan personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras, y entidades internacionales.
5. Los rendimientos financieros provenientes de la inversión de los recursos del patrimonio autónomo.

Dentro de este contexto, el patrimonio autónomo del FFJC a través de la fiduciaria encargada de su administración celebra contratos y convenios conforme lo regulado en los Decretos 393 y 591 de 1991, los cuales contienen disposiciones de carácter especial.

Anota que acudiendo a los criterios y principios de evaluación y transparencia y en procura de un eficiente manejo de los recursos, el Ministerio ha instituido el mecanismo de convocatoria pública para seleccionar proyectos objeto de financiación, a través de los cuales se ejecuten actividades científicas, tecnológicas o de innovación.

Así, precisa que al desarrollar y ejecutar el instrumento de convocatoria pública, el Ministerio establece términos de referencia que contienen reglas de juego vinculantes, claras, precisas y objetivamente verificables, aplicables por igual a todos los aspirantes y a la entidad, luego de lo cual se elabora una lista de proyectos

¹ Página 2 de la consulta.

elegibles a financiar a través de contratos con la entidad fiduciaria que administra el FFJC.

En tal virtud, pregunta:

¿Le son aplicables a la contratación celebrada por el patrimonio autónomo Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación -Fondo Francisco José de Caldas, las restricciones impuestas por la Ley 996 de 2005 - Ley de Garantías Electorales?

II. CONSIDERACIONES

Para dar respuesta al interrogante formulado por el señor ministro, la Sala analizará los siguientes puntos: i) el Fondo Francisco José de Caldas – FFJC; ii) la facultad de dirección y aprobación del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación sobre los contratos o convenios celebrados por el patrimonio autónomo del FFJC; iii) los contratos derivados del FFJC; iv) la Fiduprevisora S.A.; v) la Ley 996 de 2005 y la prohibición de la contratación directa; y vi) el caso concreto.

i. El Fondo Francisco José de Caldas - FFJC

La Ley 1286 de 2009 «[p]or la cual se modifica la Ley 29 de 1990, se transforma a Colciencias en Departamento Administrativo, se fortalece el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación en Colombia y se dictan otras disposiciones» en el artículo 22 dispone la creación del Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, Fondo Francisco José de Caldas, a cargo del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación -Colciencias-, cuyos recursos serían administrados a través de un patrimonio autónomo que se constituiría luego de que -Colciencias- previa licitación pública, celebrara un contrato de fiducia mercantil. El parágrafo 2 de dicha norma, indica que -Colciencias- sería el único fideicomitente de dicho patrimonio autónomo.

Respecto de los recursos del Fondo, el artículo 24 dispone:

Artículo 24. Recursos del Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, Fondo Francisco José de Caldas. Los recursos del Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, Fondo Francisco José de Caldas serán los siguientes:

1. Los recursos del Presupuesto General de la Nación que se destinen a la financiación de actividades de ciencia, tecnología e innovación y que se hubieren programado en el mismo, para ser ejecutados a través del Fondo.

2. Los recursos que las entidades estatales destinen al Fondo para la financiación de actividades de ciencia, tecnología e innovación.
3. Los recursos provenientes del sector privado y de cooperación internacional orientados al apoyo de actividades de ciencia, tecnología e innovación.
4. Las donaciones o legados que le hagan personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, y entidades internacionales.
5. Los rendimientos financieros provenientes de la inversión de los recursos del patrimonio autónomo.

[...]

A su vez, respecto de las operaciones autorizadas al FFJC, el artículo 29 de la misma ley dispone:

Artículo 29. Operaciones Autorizadas al Fondo Nacional de Financiamiento Para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, Fondo Francisco José de Caldas. Con los recursos del Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, Fondo Francisco José de Caldas, se podrán realizar únicamente las siguientes operaciones en los términos que establezca el Gobierno Nacional:

1. Financiar programas, proyectos, entidades y actividades de ciencia, tecnología e innovación.

2. Invertir en Fondos de Capital de Riesgo u otros instrumentos financieros, para el apoyo de programas, proyectos y actividades de ciencia, tecnología e innovación.
[Subraya la Sala]

La Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto 2306 de 2017, respecto del FFJC, expresó que son dos las características de su naturaleza jurídica: i) su calidad de fondo especial (también denominado fondo cuenta) destinado a la financiación de programas de ciencia, tecnología e innovación; y ii) la administración de sus recursos a través de un patrimonio autónomo constituido mediante contrato de fiducia mercantil.

Se trata entonces de un fondo especial, en su momento a cargo de Colciencias -hoy Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación-, sin personería jurídica, orientado al recaudo, administración e inversión de los recursos públicos y privados destinados a la financiación de las actividades de ciencia y tecnología, el cual en su condición de fondo cuenta, debe ser administrado en la forma y en los términos previstos en su norma de creación –Ley 1286 de 2009-, la cual, como ha quedado expuesto,

establece que sus recursos deben ser administrados a través de un patrimonio autónomo creado mediante un contrato de fiducia mercantil.

Al respecto, aclaró la Sala que el contrato de fiducia mercantil es el negocio jurídico por medio del cual una persona denominada fideicomitente, transfiere a otra llamada fiduciario, uno o más bienes para que los administre o enajene, en orden a cumplir con la finalidad dispuesta por el fideicomitente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario.²

El Código de Comercio prevé que los bienes entregados al fiduciario (bienes fideicomitidos) se mantienen separados del resto de su activo y «forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo».³

En tal virtud, los bienes entregados en fiducia no hacen parte del patrimonio del fiduciante o fideicomitente, pero tampoco integran el patrimonio del fiduciario, puesto que los bienes sobre los cuales recae la fiducia permanecen separados del patrimonio del primero, y de los demás negocios que el segundo administra; y menos aún se incorporan al patrimonio del beneficiario, comoquiera que se debe esperar a que se verifiquen los supuestos fácticos que obran en el acuerdo o convenio, o en la norma legal aplicable, para que se transfieran los bienes a su favor.

En este orden de ideas, la Sala en el citado concepto 2306 de 2017 identificó las siguientes particularidades de su régimen jurídico:

- De acuerdo con los elementos esenciales que connotan al contrato de fiducia mercantil regulado por el Código de Comercio, los aportes realizados por la Nación, por las entidades públicas y privadas y por los organismos internacionales de cooperación, al FFJC, se transfieren del patrimonio de las entidades aportantes al Patrimonio Autónomo del FFJC.
- El traslado patrimonial de estos recursos está afecto al desarrollo de un fin específico, que se traduce en la financiación de programas y proyectos de ciencia, tecnología e innovación (art. 29 de la ley 1286 de 2009), mientras que sus rendimientos financieros quedan sujetos al pago de la comisión fiduciaria de la entidad con la cual se celebró el contrato de fiducia mercantil (art. 24, núm. 5 ibidem);
- Los dineros que integran el P.A. del FFJC no están constituidos por rubros fijos que deban ser aportados periódicamente por determinadas entidades, sino por recursos variables que están supeditados a los dineros que la Nación, las entidades

² Artículo 1226 Código de Comercio.

³ Artículo 1233 Código de Comercio.

públicas y privadas y los organismos de cooperación internacional decidan destinar al Fondo para la financiación de los programas y proyectos de CTel⁴ (art. 24 ibidem);

- La Ley 1286 de 2009 no estableció de manera específica la manera como estos recursos deben ser transferidos al Patrimonio Autónomo del FFJC.

ii. Facultad de dirección y aprobación del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación (antes Colciencias) sobre los contratos o convenios celebrados por el patrimonio autónomo del FFJC

Como ya se anotó, el artículo 22 de la Ley 1286 de 2009 asignó en su momento a Colciencias, la dirección del FFJC y constituyó a dicha entidad como único fideicomitente del patrimonio autónomo.

Complementariamente, el Decreto 2226 de 2019 «por el cual se establece la estructura del Ministerio de Ciencia Tecnología e Innovación y se dictan otras disposiciones» en su artículo 3, numeral 15, establece que dicho Ministerio tiene como función administrar el Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia la Tecnología y la Innovación.

En tal sentido, la Sala ha explicado⁵ que Colciencias -entiéndase hoy el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación- en concurrencia con las instrucciones impartidas por el Comité Fiduciario del Fondo⁶, tiene la potestad para dictar las instrucciones con base en las cuales la fiduciaria debe celebrar los actos y contratos necesarios para cumplir con los objetivos del FFJC.

Además, el contrato de fiducia mercantil 661 de 2018 en las cláusulas 6.2, 7.6 y 10.4.1, es claro en prever que Fiduprevisora como vocera del patrimonio autónomo debe celebrar los respectivos contratos conforme a las instrucciones que imparta por escrito el fideicomitente.

Es decir, la fiduciaria y las entidades públicas y privadas que realizan sus aportes al patrimonio autónomo del FFJC, no pueden celebrar los convenios especiales de

⁴ (Ctel) Ciencia, Tecnología e Innovación

⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de abril de 2017, Radicación 2016-00127-00- (2306)

⁶ De conformidad con el Reglamento Interno del Comité del Fondo Francisco José de Caldas, el Comité fiduciario del Fondo estará integrado por: el Director General de COLCIENCIAS o su delegado, quien lo preside; ii) El coordinador general del Fondo; iii) El Director de Gestión y Logística de COLCIENCIAS; iv) Dos personas naturales, altamente calificadas, con experiencia en temas financieros, independientes y externos a COLCIENCIAS, designados por el Director General de COLCIENCIAS mediante resolución.

cooperación de manera autónoma e independiente a las instrucciones y aprobaciones emitidas por el Ministerio, respecto al objeto, finalidad y alcance.

iii. Los contratos derivados del FFJC

Los recursos aportados por las entidades públicas y privadas al FFJC a través de los convenios de aportes, se trasladan al patrimonio autónomo del Fondo y deben ser utilizados para la financiación de los programas de ciencia, tecnología e innovación.

La destinación específica de los recursos prevista en el artículo 29 de la Ley 1286 de 2009, esto es «financiar programas, proyectos, entidades y actividades de ciencia, tecnología e innovación», está limitada a los programas y proyectos que atienden los objetivos y requerimientos de las entidades aportantes.

Ahora bien, la misma Ley 1286 de 2009 establece que los actos y contratos que celebre el fondo se realizarán en las condiciones establecidas por el Gobierno Nacional, y estarán sujetos a las normas de derecho privado, subsidiariamente con las de ciencia y tecnología.⁷

En ese contexto, los contratos o convenios que puede celebrar el patrimonio autónomo del FFJC, son esencialmente los regulados por los decretos leyes 393 y 591 de 1991, es decir los convenios especiales de cooperación para ciencia, tecnología e innovación; los contratos de financiamiento (en la modalidad de reembolso obligatorio, condicional, contingente y parcial); y los contratos de administración de proyectos.

En este punto, al analizarse los modelos de contratos derivados remitidos por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación, con ocasión de auto para mejor proveer del 23 de febrero del año en curso, en el trámite de la presente consulta, la Sala observa lo siguiente:

- a) Fiduprevisora celebra la contratación derivada en cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el Contrato de Fiducia 661 de 2018 suscrito con Colciencias.

El objeto del contrato de fiducia es la «constitución del Patrimonio Autónomo donde se administrarán los recursos del Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, «Fondo Francisco José de

⁷ "Artículo 23. Régimen Contractual y Presupuestal del Fondo. Los actos y contratos que celebre el Fondo se sujetarán a las normas de contratación del derecho privado subsidiariamente con las de ciencia y tecnología. La Contraloría General de la República ejercerá el control fiscal sobre los recursos públicos que se transfieran al Fondo. (...)".

Caldas», de conformidad con lo establecido en la Ley 1286 de 2009 y demás normas que la modifiquen o adicionen, con la finalidad de financiar la política pública de ciencia, tecnología e innovación en Colombia».

- b) En virtud del contrato de fiducia mercantil mencionado, en especial de lo previsto en las cláusulas 6.2, 7.6 y 10.4.1, la fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo denominado Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, Francisco José de Caldas, debe celebrar, los respectivos contratos atendiendo las instrucciones que al respecto imparta por escrito el fideicomitente.
- c) El Decreto 2226 de 2019 «por el cual se establece la estructura del Ministerio de Ciencia Tecnología e Innovación y se dictan otras disposiciones» en el artículo 3, numeral 15, prevé que el Ministerio tiene como función administrar el Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia la Tecnología y la Innovación.

El escenario descrito, en criterio de la Sala, reafirma la conclusión expresada en acápite anterior en el sentido de que el Ministerio tiene la potestad para dictar las instrucciones con base en las cuales la Fiduprevisora S.A., en ejecución del Contrato de Fiducia 661 de 2018, debe celebrar los actos y contratos necesarios para cumplir con los objetivos del FFJC; de allí que no se pueden celebrar los contratos de manera autónoma e independiente por parte de la fiduciaria.

iv. Fiduprevisora S.A.

Conforme su constitución, Fiduprevisora S.A. es una sociedad anónima de economía mixta, de carácter indirecto y del orden nacional, sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.⁸

No puede olvidarse, que según el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 «[p]or la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución política y se dictan otras disposiciones», la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional comprende las entidades descentralizadas por servicios y dentro de ellas se encuentran las sociedades de economía mixta.

⁸ Así se desprende de certificado de existencia y representación expedido el 5 de mayo de 2022 a las 11: 27 AM por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Es por ello, que esta Sala ha anotado que Fiduprevisora S.A. es una entidad descentralizada por servicios que en desarrollo de su objeto social gestiona intereses propios del Estado, a través de la realización de una actividad de naturaleza financiera.⁹

Ahora bien, la Ley 489 de 1998 prescribe, en relación con las empresas industriales y comerciales del Estado, lo siguiente:

Artículo 93. Régimen de los actos y contratos. Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales.

Esta norma debe aplicarse en concordancia con el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 que prevé que las empresas industriales y comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%) estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de dicha ley.

En esas circunstancias, la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto 2222 de 2015 ha concluido que el régimen legal de los contratos que celebran las fiduciarias estatales con terceros, en su condición de representante de los patrimonios autónomos que han sido confiados a su gestión, es el derecho privado, puesto que corresponde al desarrollo de su actividad comercial que se desarrolla en dentro de un mercado en competencia.

Ha sostenido la Sala:

[...] si la entidad fiduciaria administradora del patrimonio autónomo tiene el carácter de empresa industrial y comercial del Estado, sus actos y contratos se sujetarán a lo dispuesto por el artículo 93 de la ley 489 de 1998, esto es, que los actos que expidan para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión

⁹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de diciembre de 2014. Radicación 2014-00182-00-(2227).

económica se sujetarán a las disposiciones del derecho privado, que para el caso de la fiducia mercantil es el Código de Comercio.¹⁰

Lo anterior, sin perjuicio del cumplimiento de los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y especialmente, del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, esto es:

Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente, según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

En efecto, la Sala¹¹ ha dicho que la Fiduprevisora S.A., tiene un régimen de derecho contractual especial o mixto, que no se puede enmarcar, de manera exclusiva, dentro de las normas de derecho privado, pues dada su naturaleza, la finalidad que persigue (interés general) y el manejo de recursos públicos, su actividad negocial se encuentra influenciada y sometida en los aspectos anotados por el derecho público, por ejemplo en lo que tiene que ver con los principios de la función administrativa, régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y control fiscal.

v. La Ley 996 de 2005 y la prohibición de la contratación directa

La Ley 996 de 2005, «[p]or medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004 y se dictan otras disposiciones», comúnmente conocida como «ley de garantías electorales», se expidió en desarrollo del artículo 2º del Acto Legislativo 02 de 2004 que reformó el artículo 197 de la Constitución Política, al permitir la reelección del Presidente y el Vicepresidente de la República para el período inmediatamente siguiente, y que asimismo adicionó el artículo 152 de la Carta para que por medio de una ley estatutaria se regulara «la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley».

Dicho Acto Legislativo 02, dispuso que la ley estatutaria debería regular lo relativo a «garantías a la oposición, participación en política de servidores públicos, derecho al acceso equitativo a los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, financiación preponderantemente estatal de las campañas

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 13 de mayo de 2015. Radicación 2014-00172-00-(2222).

¹¹ *Ibidem*.

presidenciales, derecho de réplica en condiciones de equidad cuando el Presidente de la República sea candidato y normas sobre inhabilidades para candidatos a la Presidencia de la República».

En tal sentido, la Ley 996 de 2005 estableció dentro de sus objetivos¹²: i) garantizar la igualdad y equidad entre los candidatos que aspiran a ocupar cargos de elección popular, ii) evitar que la voluntad de los electores sea influenciada por la acción u omisión de los servidores públicos, iii) asegurar la objetividad y transparencia en las decisiones administrativas, iv) impedir que el empleo público se utilice para obtener votos de los servidores o sus allegados, v) proteger al empleado que tiene una inclinación política distinta al nominador, y vi) imposibilitar que las vinculaciones al Estado se utilicen como un mecanismo para buscar favores políticos durante las contiendas electorales.

Los artículos 32 y 33 de la ley en cita, referidas a vinculación de personal y a contratación pública bajo la modalidad de contratación directa, respectivamente, rigen durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso, sin que hagan distinción acerca de si la elección presidencial es con la participación o no del presidente y el vicepresidente de la República como candidatos, de manera que claramente se refieren a cualquier escenario de elección presidencial.

Respecto de la prohibición de la contratación directa, el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 dispone:

Artículo 33. Restricciones a la contratación pública. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. [Se resalta].

¹² Analizados por la Sala de Consulta y Servicio Civil en Concepto del 20 de febrero de 2018. Radicación 2017-00205-00 (2366).

Sobre el tema, es preciso transcribir lo manifestado por la Sala de Consulta y Servicio Civil en Concepto 2168 de 2013¹³:

[...]

ii) Los sujetos destinatarios de la prohibición

El artículo 33 de la Ley 996 hace referencia expresa a los destinatarios de la prohibición, señalando que son “todos los entes del Estado” expresión que envuelve a los diferentes organismos o entidades autorizadas por la ley para suscribir contratos.

El vocablo “todos” que utilizó el legislador, comprende, en consecuencia, sin distinción del “régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía¹⁴, a la totalidad de los entes del Estado. Es decir, la prohibición cobija a cualquier ente público que eventualmente pueda a través de la contratación directa romper el equilibrio entre los partidos y los candidatos a las elecciones presidenciales.

iii) El objeto de la prohibición

El ámbito material de la prohibición contenida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 está delimitado por la expresión “queda prohibida la contratación directa”.

La contratación directa es un mecanismo de selección de carácter excepcional, en virtud del cual las entidades públicas pueden contratar mediante un trámite simplificado, ágil y expedito sin necesidad de realizar previamente un proceso de licitación pública o concurso, únicamente en los casos en que expresa y taxativamente señale la ley (numeral 4, artículo 2, ley 1150 de 2007...), y cumpliendo siempre los principios que rigen la contratación pública¹⁵.

Esta Sala ha entendido que para los efectos de la ley de garantías, y dada su finalidad, el enunciado “contratación directa” es sinónimo de cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes, y que, además, no necesariamente hace referencia al procedimiento especial regulado por la ley de contratación estatal, sino a cual (sic) otro que prescinda de un proceso de licitación pública o concurso¹⁶. Por tanto, no son materia de la prohibición las demás modalidades de selección previstas en la ley 1150 de 2007, siendo estas, la

¹³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 2 de septiembre de 2013. Radicado 2013-00412-00 (2168).

¹⁴ “[24] Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil”.

¹⁵ “[25] Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 3 de diciembre de 2007. Radicados: 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447 -acumulados-”.

¹⁶ “[26] Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil”.

licitación pública, el concurso de méritos y la selección abreviada, razón por la cual en ese periodo preelectoral de que trata de (sic) la disposición pueden las entidades públicas seguir contratando bajo estos sistemas.

[...]

iv) Las excepciones aplicables a la restricción de contratación pública

Ahora bien, las únicas excepciones a las disposiciones previstas en la Ley de Garantías se encuentran numeradas taxativamente en el último inciso del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 a saber:

1. Lo referente a la defensa y seguridad del Estado;
2. Los contratos de crédito público;
3. Los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres;
4. Los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor; y,
5. Los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. [Subraya la Sala]

En tal sentido, la Sala ha sido clara al manifestar que todos los entes del Estado son destinatarios de la prohibición de contratación directa en el periodo establecido en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, esto es, a contratar sin una convocatoria pública o una pluralidad de oferentes, salvo en los casos expresamente establecidos en la misma norma.

Recientemente, en el Concepto 2382 de 2018, la Sala explicó que en el pronunciamiento parcialmente transcrito se entendió que la expresión «contratación directa», a la cual se contrae la prohibición contenida en el artículo 33 de la «Ley de Garantías Electorales», se refiere, en términos generales, a «cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes», por lo que excluye, entre otros, a los demás sistemas de contratación previstos en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, la selección abreviada y el concurso de méritos.¹⁷

También aclaró que con los años, la Sala comenzó a delimitar con mayor precisión el alcance del término «contratación directa», especialmente a raíz de la expedición de la Ley 1150 de 2007 que, entre otras reformas, introdujo el sistema de selección

¹⁷ En el mismo sentido los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 3 de diciembre de 2013. Radicado 2013-00534-00 (2191) y del 21 de mayo de 2014. Radicado 2014-00119-00 (2212).

abreviada¹⁸, sistematizó las causales de contratación directa¹⁹ y dispuso que las entidades estatales que no estén obligadas a aplicar el Estatuto General de Contratación Pública deben, en todo caso, respetar y aplicar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y estarán sometidas al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades establecido para la contratación estatal²⁰.

El anotado concepto 2382 fijó la posición actual de esta Sala para los efectos de la «Ley de Garantías Electorales» y, especialmente, frente a la prohibición o restricción temporal contenida en su artículo 33, en el sentido de que, debe entenderse por «contratación directa» cualquier sistema de selección o procedimiento de contratación utilizado por las entidades estatales que no incluya la convocatoria pública, en alguna de sus etapas²¹, ni permita la participación de una pluralidad de oferentes.

Finalmente, el párrafo del artículo 38 de la ley analizada, en lo pertinente establece:

Parágrafo. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.

Ahora bien, esta Sala en Concepto 1717 del 17 de febrero de 2006, señaló:

De la lectura del texto del párrafo del artículo 38 se concluye que cuando en él se habla de cuatro meses anteriores a las elecciones, ha de entenderse que el término “**elecciones**” es genérico, es decir, comprende las correspondientes a todos los cargos de elección popular a que se refiere la ley, incluido el de Presidente de la República, de ahí que de acuerdo con el mencionado párrafo, en todos los procesos electorales subsisten para gobernadores, alcaldes y demás autoridades locales allí mencionadas, la prohibición para inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en los cuales participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, al congreso, gobernaciones y asambleas departamentales, alcaldías y concejos municipales o distritales.

¹⁸ Artículo 2.

¹⁹ *Ídem*.

²⁰ Artículo 13.

²¹. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 8 de mayo de 2018. Radicado 2018-00095-00 (2382).

Se concluye entonces que las restricciones de los citados artículos 32, 33 y 38 párrafo, se aplican a las elecciones presidenciales aún cuando el presidente y el vicepresidente ya no puedan ser candidatos.²²

Ahora bien, es preciso en todo caso tener presente que la Ley 2159 de 2021 «[p]or la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 2022» en su artículo 124 modificó temporalmente -para la vigencia fiscal 2022- el inciso primero del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 en el sentido de que «la Nación podrá celebrar convenios interadministrativos con las entidades territoriales para ejecutar programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación», disposición declarada inexecutable con efectos retroactivos por la Corte Constitucional en la sentencia C-153 del 5 de mayo del presente año, por violar la reserva de ley estatutaria y el principio de unidad de materia.²³

vi. El caso concreto

El problema jurídico reside en establecer si la contratación celebrada por el patrimonio autónomo Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación -Fondo Francisco José de Caldas, debe observar las restricciones impuestas por la Ley 996 de 2005, especialmente lo consagrado en el inciso primero del artículo 33 que establece la restricción a la contratación directa por parte de todos los entes del Estado, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso.

Es menester entonces analizar si, i) la contratación celebrada por el patrimonio autónomo FFJC se entiende efectuada por un ente del Estado, y ii) si para los exclusivos efectos de la «Ley de Garantías Electorales» la contratación del FFJC es contratación directa.

¿La contratación celebrada por el patrimonio autónomo se entiende celebrada por un ente del Estado?

En primer lugar, como arriba se anotó, el Decreto 2226 en su artículo 3°, numeral 15, prevé que el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación, tiene como función administrar el Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia la Tecnología y la Innovación.

²² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de junio de 2010. Radicado 2010-00066-00 (2011).

²³ Corte Constitucional. Comunicado 14 del 5 de mayo de 2022.

También se ha explicado en líneas precedentes, que en virtud del contrato de fiducia mercantil 661 de 2018, dicho Ministerio ejerce la dirección y aprobación sobre los contratos o convenios celebrados por el patrimonio autónomo FFJC, incluso con la potestad de dictar instrucciones con base en las cuales se deben celebrar los actos y contratos derivados necesarios para cumplir con sus objetivos. De lo anterior se desprende que el patrimonio autónomo no actúa con independencia funcional o decisoria.

Por otra parte, Fiduprevisora S.A., vocera del patrimonio autónomo, en su condición de sociedad de economía mixta es una entidad estatal vinculada a la Rama Ejecutiva del Poder Público,²⁴ que si bien tiene un régimen de derecho contractual especial, no se puede comprender como una entidad de derecho privado, pues su naturaleza, el interés general que persigue, y el manejo de recursos públicos a su cargo, conllevan, como antes se ha dicho, que su actividad comercial se encuentra influenciada y sometida al derecho público, en lo que tiene que ver con el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, el control fiscal y la aplicación de principios de la función administrativa, entre otros.

Ahora bien, el vocablo «todos» que utiliza el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, comprende, -sin distinción del «régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía-²⁵, la totalidad de los entes del Estado²⁶. Es decir, la prohibición cubre a cualquier ente público que eventualmente pueda a través de la contratación directa romper el equilibrio entre los partidos y los candidatos a las elecciones presidenciales.

En suma, la contratación celebrada por el patrimonio autónomo Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación -Fondo Francisco José de Caldas, debe entenderse efectuada por un ente del Estado, en los términos del artículo 33 de la Ley 996 de 2005.²⁷

²⁴ Ley 489 de 1998, artículo 38.

²⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Conceptos del 2 de febrero de 2006, Radicado 2006-00011-00 (1712). y del 2 de septiembre de 2013. Radicado 2013-00412-00 (2168).

²⁶ Para efecto de la ley de garantías, en principio aplica a las sociedades de economía mixta que tienen un capital superior al 90 por ciento, las cuales, según el párrafo del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado. Al respecto, se puede consultar el concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública del 15 de agosto de 2019. Radicación 20196000268101.

²⁷ En similares términos sobre la aplicación de la ley de garantías electorales a la contratación de los patrimonios autónomos, se puede consultar el concepto de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente del 25 de enero de 2018. Radicado 4201713000006681.

¿Para los exclusivos efectos de la «Ley de Garantías Electorales» la contratación del patrimonio autónomo del FFJC es contratación directa?

A la luz del artículo 33 de la Ley 1286 de 2009, los contratos que tengan por objeto la realización de actividades definidas como de ciencia, tecnología e innovación que realicen las entidades estatales, se celebran directamente. Hasta aquí podría decirse, que a este tipo de contratación le es claramente aplicable la prohibición prevista en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, en el marco temporal previsto en dicha norma.

Sin embargo, el Ministerio consultante ha manifestado que, acudiendo, entre otros, al principio de transparencia, para la contratación del Fondo se ha implementado el mecanismo de convocatoria pública con la participación de pluralidad de oferentes para seleccionar proyectos que conlleven la ejecución de actividades científicas, tecnológicas o de innovación para que sean objeto de financiación.

En consecuencia, en decir del Ministerio, se establecen términos de referencia que contienen unas reglas de juego vinculantes, claras, precisas y objetivamente verificables, aplicables por igual a todos los aspirantes y a la entidad.

Es así, que, una vez cumplidos los procedimientos, se elabora una lista de proyectos elegibles que se financiarán a través de la entidad fiduciaria que administra el FFJC mediante la celebración de contratos de financiamiento.

Del contenido de la consulta elevada por el señor ministro y de la revisión del manual de contratación del Fondo, se advierte que la aplicación del mecanismo de convocatoria pública para la contratación no es obligatoria sino optativa, en tanto el numeral 8.1.1 del Manual, contempla un procedimiento de planeación y elaboración de términos de referencia aplicable cuando se «decida adelantar procesos públicos de selección para escoger a los beneficiarios que puedan ser objeto de financiación y/o apoyo económico a los contratistas que desarrollen actividades científicas y tecnológicas».

Así las cosas, es necesario enfatizar en que, los elementos determinantes que hacen que un mecanismo de contratación no se considere contratación directa, son de una parte, que en efecto se trate de un mecanismo que implique una convocatoria pública que garantice la transparencia, que permita la participación de pluralidad de oferentes con igualdad de oportunidades, y que esa pluralidad no tenga barreras de entrada impuestas por el contratante, es decir que se garantice también el principio de libre competencia.

En conclusión, si la contratación celebrada por el patrimonio autónomo FFJC, efectivamente hace uso de la convocatoria pública, que permita la participación

plural y que se desarrolle en condiciones de transparencia, igualdad de oportunidades, y libre concurrencia, no se tratará de contratación directa para la aplicación de la prohibición del artículo 33 de la Ley de 996 de 2005.

III. LA SALA RESPONDE

¿Le son aplicables a la contratación celebrada por el patrimonio autónomo Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación -Fondo Francisco José de Caldas, las restricciones impuestas por la Ley 996 de 2005 - Ley de Garantías Electorales?

Sí, la contratación que realice el patrimonio autónomo Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación -Fondo Francisco José de Caldas- FFJC, está sujeta a las restricciones impuestas por la Ley 996 de 2005.

Remítanse copias al Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.


ANA MARÍA CHARRY GAITÁN
Presidenta de la Sala


ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado


MARÍA DEL PILAR BAHAMÓN FALLA
Consejera de Estado


EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado


REINA CAROLINA SOLÓRZANO HERNÁNDEZ
Secretaria de la Sala