



20151100151551

SG

Bogotá, 30-10-2015

Señor

GABRIEL POLO GARCÍA

Departamento Administrativo de Planeación

GOBERNACIÓN DEL GUAVIARE

Carrera 24 No. 7-81

ingabrielpolo@yahoo.es

San José Del Guaviare

Asunto: Respuesta a solicitud de concepto técnico/jurídico (calificación CTel de actividades y proyectos) / Correo electrónico de fecha 25 de septiembre de 2015.

Cordial saludo señor POLO GARCÍA,

Acuso recibo de su comunicación electrónica de la referencia, a través de la cual solicitó la emisión de un concepto técnico / jurídico, en el que se aclarase si las actividades involucradas en el proyecto denominado "ELABORAR EL ESTUDIO DE AL MENOS 800.000 HECTÁREAS DE LA ZONA DE RESERVA FORESTAL DE LA AMAZONIA, DECLARADA POR LA LEY 2º DE 1959, QUE SUSTENTE LA SOLICITUD DE SUSTRACCIÓN DE LAS ÁREAS QUE CUMPLAN CON LOS REQUISITOS DE LEY, ANTE EL MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE, CON EL FIN DE ESTABLECER EN EL DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE Y CONFORME A LAS PRIORIDADES DEL GOBIERNO NACIONAL, PROGRAMAS PARA MEJORAR, RECUPERAR Y FORTALECER LA ECONOMÍA CAMPESINA, FORMALIZAR LA PROPIEDAD DE LA TIERRA Y CONTRIBUIR A RECUPERAR O MANTENER LA FUNCIÓN PROTECTORA DE LA ZONA DE RESERVA FORESTAL DE LOS MUNICIPIOS DE MIRAFLORES, EL RETORNO, CALAMAR Y SAN JOSÉ DEL GUAVIARE, DEL DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE", podrían calificarse como de ciencia, tecnología e innovación, teniendo en cuenta para el análisis la información remitida por el solicitante.



FUENTES FORMALES DEL CONCEPTO:

- Decreto Ley 393 de 1991 *"Por el cual se dictan normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías"*;
- Decreto Ley 591 de 1991 *"Por el cual se regulan las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas"*;
- Ley 1286 de 2009 *"Por la cual se modifica la Ley 29 de 1990, se transforma a Colciencias en Departamento Administrativo, se fortalece el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación en Colombia y se dictan otras disposiciones"*;
- Documento CONPES No. 3582 del 27 de abril de 2009;
- Documento contentivo de la *Estrategia Nacional de Apropiación Social de CT+I*, del mes de septiembre de 2010;
- Acuerdo No. 9 de 2006 *"Por el cual se adoptan definiciones, criterios y procedimientos para la calificación de proyectos como de carácter científico, tecnológico o de innovación, para los efectos previstos en el artículo 158-1 del Estatuto Tributario"*, adoptado por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología; y,
- Documento denominado *"Tipología de proyectos calificados como de carácter científico, tecnológico y de innovación"*, el cual fue adoptado en consonancia con lo señalado en el Manual Frascati Versión 2012 y en el Manual de Oslo OECD. Versión 2005.

CONCEPTO TÉCNICO:

Una vez en conocimiento de la solicitud, se requirió a la Dirección de Fomento a la Investigación para que a través del Programa Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación en Ambiente, Biodiversidad y Hábitat, procediera a la respectiva calificación desde el punto de vista técnico, solicitud que fue atendida a través del memorando interno No. 20153000133733 del 26 de octubre de 2015, en el que expresamente se consignaron las siguientes conclusiones:

"... Objetivo específico 1. Elaborar el estudio socioeconómico y ambiental del área de estudio a la escala de trabajo apropiada y reglamentada por la norma y las directrices*

definidas por la institucionalidad.

Dado que no es claro, metodológicamente, cómo se va a realizar el trabajo y es clave para poder llegar a conceptuar si corresponde o no a actividades de ciencia y tecnología, no se puede conceptuar sin este componente. Las informaciones obtenidas de fuentes primarias o secundarias y organizadas de alguna manera, por sí solas no son actividades de ciencia y tecnología.

*** Objetivo específico 2.** Elaborar el plan de manejo ambiental del área a sustraer – PMAS. (Con anexos fotográficos, bases de datos generadas, cartografía y datos de socialización y consulta).

En Plan de Manejo por sí mismo no corresponde a actividades de ciencia y tecnología, pues este es un proceso posterior, una vez se cuente con toda la información, que bien puede proceder de investigaciones, que no necesariamente se hayan realizado dentro del desarrollo de un proyecto.

*** Objetivo específico 3.** Elaborar una propuesta de formalización de la propiedad

De igual manera que con el Plan de Manejo, la elaboración de una propuesta, es una tarea fase que no corresponde a actividades de ciencia y tecnología, pues es un procedimiento administrativo propio de las entidades encargadas del tema.

En conclusión, tal como está el documento, no se puede conceptuar que (sic) sobre todo el primer objetivo corresponda o no a actividades de ciencia y tecnología, por lo cual se requiere que se presente la metodología de trabajo de esta primera parte para tener argumentos más sólidos para definir si son o no actividades de ciencia y tecnología. Con respecto a los objetivos 2 y 3, es claro que no corresponden a actividades de ciencia y tecnología..." (Subrayas y negrillas no originales)

CONCLUSIÓN:

Conforme con lo señalado en precedencia y, por la manera como fue presentado el proyecto a consideración de este departamento administrativo, lamentamos indicarle que:

1.- No es posible proceder a la calificación como de ciencia, tecnología e innovación, respecto del primero de los objetivos señalados y las actividades que le dan desarrollo; y,

2.- En lo que corresponde a los objetivos segundo y tercero, y sus respectivas actividades, se imparte calificación en sentido negativo, esto es, que tal y como fueron presentados, NO corresponden a actividades de ciencia, tecnología e innovación.

Sin perjuicio de lo anterior y, a efectos de brindarle mayores elementos de juicio y análisis, nos permitimos efectuar las siguientes precisiones sobre la

2

determinación de los contratos CTel susceptibles de ser celebrados directamente por las entidades estatales y el alcance de los mismos:

1.- *Tipologías contractuales en ciencia, tecnología e innovación susceptibles de contratación directa.*

De conformidad con el literal e) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 "...Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas..." se podrán celebrar en forma directa.

Por su parte, el artículo 2.2.1.2.1.4.7.- del Decreto Reglamentario Único No. 1082 de 2015 previó que: "...La contratación directa para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas debe tener en cuenta la definición contenida en el Decreto-ley 591 de 1991 y las demás normas que lo modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan..."

Pues bien, atendiendo a la variedad de actividades que el legislador ha tipificado como actividades de ciencia, tecnología e innovación, parecería que el desarrollo de las mismas podría lograrse a través de diversos tipos de contratos tales como los contratos de prestación de servicios o consultoría, e incluso a través de contratos innominados. Igualmente, los subcomponentes que incluye una actividad de ciencia y tecnología, a su vez podrían ejecutarse, según su naturaleza, mediante la celebración de multiplicidad de contratos, a manera de ejemplo, suministro, compraventa, arrendamiento, prestación de servicios, consultoría etc.

En consecuencia es necesario dilucidar el siguiente problema jurídico:

*¿Pueden las entidades estatales celebrar **en forma directa**, contratos cuyo objeto sea la dirección y ejecución de proyectos de ciencia y tecnología, así como los que buscan la adquisición de bienes y servicios vinculados al desarrollo de actividades de ciencia y tecnología, independientemente de su naturaleza y cuantía? O, por el contrario, ¿solo determinados tipos de contratos para el desarrollo de actividades de ciencia, tecnología e innovación son susceptibles de celebrarse en forma directa?*

Para esclarecer este interrogante, es necesario hacer varias precisiones, conforme pasa a verse:

La interpretación y uso de las causales de contratación directa debe hacerse en forma restrictiva. Siendo claro que para el Estatuto de Contratación Estatal la regla general es la licitación pública, solo podrá acudir a la contratación

directa en los eventos específicamente previstos en la norma exceptiva, y bajo las condiciones allí contempladas.

Al efecto, el Decreto 2.2.1.2.1.4.7.- del Decreto Reglamentario Único No. 1082 de 2015, recuerda al intérprete que la aplicación de la causal de contratación directa debe tener en cuenta la definición o descripción que de las actividades de ciencia y tecnología realiza "...el Decreto-ley 591 de 1991 y las demás normas que lo modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan...".

Por su parte, el mismo Decreto – Ley 591 de 1991, además de contener en su artículo 2° la relación de actividades de ciencia y tecnología para los efectos del propio decreto, regulaba las modalidades de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas, en los siguientes términos:

"Artículo 7°.- Las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas que se regulan en este Decreto son las siguientes:

1. *Financiamiento*
2. *Administración de proyectos*
3. *Fiducia*
4. *Prestación de servicios científicos y tecnológicos*
5. *Consultoría científica o tecnológica.*
6. *Obra pública, consultoría e interventoría en obra pública.*
7. *Arrendamiento, compraventa y permuta de bienes inmuebles.*
8. *Arrendamiento, compraventa, permuta y suministro de bienes muebles;*
9. *Donación, y*
10. *Convenios especiales de cooperación."*

Este artículo fue derogado expresamente por el artículo 81 de la Ley 80 de 1993 (Estatuto de Contratación Estatal), dejando vigentes del Decreto – Ley 591 de 1991, además del artículo 2°, las siguientes disposiciones: artículo 8° (formas de los contratos de financiamiento), artículo 9° (contratos de administración de proyectos) y el artículo 17 (convenios especiales de cooperación)

Así, aplicando el principio de hermenéutica según el cual, las normas jurídicas deben interpretarse en el sentido en el cual produzcan algún efecto (principios de efecto útil y de conservación del derecho), es dable concluir que cuando la Ley 80 de 1993 decidió derogar en forma expresa en su artículo 81, el artículo 7° del Decreto – Ley 591 de 1991, dejando sólo como contratos para el fomento de actividades de ciencia y tecnología, los contratos de financiamiento, administración de proyectos y los convenios especiales de cooperación, eliminó la posibilidad de celebrar directamente otros contratos como el de fiducia, el de consultoría, prestación de servicios, obras pública etc. argumentando que su finalidad es el desarrollo o fomento de actividades de

ciencia y tecnología.

En conclusión, sólo podrán celebrarse en forma directa los contratos de financiamiento, administración de proyectos y convenios especiales de cooperación cuyo objeto sea el desarrollo de actividades de ciencia y tecnología tipificadas como tales por el legislador.

En el mismo orden de ideas, tampoco es viable sostener que contratos que por su naturaleza o por su cuantía se deben someter a un determinado proceso de selección, puedan celebrarse en forma directa, bajo el argumento que el bien o servicio contratado hace parte de una actividad de ciencia, tecnología o innovación.

El principio enunciado mantiene el postulado de interpretación restrictiva de las causales exceptivas de contratación directa, evitando que las entidades estatales bajo una interpretación subjetiva y amplia del concepto de ciencia y tecnología apliquen en forma indebida la mencionada causal, incurriendo en faltas disciplinarias e incluso penales.

Respecto al régimen jurídico de dichos contratos sostuvo el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo¹, que aquéllos que se celebren con el objeto de fomentar la ciencia y tecnología se encuentran sujetos a la Ley 80 de 1993, en todo aquello que no esté expresamente regulado en las normas especiales del Decreto Ley 591 de 1991 y del Decreto Ley 393 de 1991, resaltando que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, desde su entrada en vigencia, es aplicable a los contratos que la Nación y sus entidades descentralizadas celebren para el desarrollo de las actividades de ciencia y tecnología con la salvedad ya enunciada.

En relación con los convenios especiales de cooperación concluyó en la misma sentencia que éstos se rigen por el derecho privado, salvo lo expresamente regulado en la ley de contratación pública y en las normas especiales en materia de ciencia y tecnología (Decretos – Ley 393 y 591 de 1991)

2.- Actividades que pueden ser objeto de los contratos para el fomento de la ciencia tecnología e innovación que pueden celebrarse en forma directa.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera C.P. Ruth Stella Correa Palacio Bogotá, D.C., 11 de febrero de 2009, Radicación: 25000-23-31-000-2000-13018-01 (16653); y, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Olga Mélida Valle De la Hoz, Bogotá, D.C., 1º de junio de 2015, Radicación: 25000-23-26-000-2001-01009-01 (30589)

Si solo es viable celebrar en forma directa los contratos para el fomento de la ciencia y tecnología que la Ley 80 de 1993 dejó vigentes del Decreto- Ley 591 de 1991, a saber: contratos de financiamiento, de administración de proyectos y convenios especiales de cooperación, es necesario precisar el alcance que pueden tener dichos contratos, es decir, si en virtud de los mismos las entidades estatales pueden contratar con un mismo operador de ciencia y tecnología la realización de una actividad de ciencia, tecnología e innovación, incluyendo todos sus componentes, y el suministro de todos los bienes y servicios que la actividad conlleva.

Para resolver este interrogante, en primera medida, es importante recordar una de las disposiciones del Manual de Oslo, en virtud de la cual:

"...La innovación implica inversión. La inversión en cuestión puede incluir adquisiciones de activos materiales e inmateriales así como de cualquier otro tipo (tales como salarios o la compra de equipos o de servicios) que podrán ser potencialmente rentables en el futuro..."

Según este documento, es claro que, para efectos de desarrollar actividades de ciencia y tecnología, es necesario incurrir en ciertos gastos, que no necesariamente implican el desarrollo directo de estas actividades pero que se tornan fundamentales para conseguir su fin. Esta circunstancia es relevante en materia de contratación estatal, toda vez que, al menos en principio, no parecería lógico concluir que el desarrollo de la actividad de ciencia y tecnología pueda tramitarse a través del régimen especial dispuesto en la Ley 29 de 1990, el Decreto ley 393 de 1991, el Decreto ley 591 de 1991 y el Decreto ley 585 de 1991 pero los subcomponentes que la integran tales como la adquisición de bienes y servicios para la realización de la actividad deban sujetarse a los procedimientos establecidos en la ley 80, pues se reduciría en forma significativa el concepto de "desarrollo de actividad de ciencia, tecnología e innovación."

Aceptar dos regímenes de contratación distintos de cara a un mismo proyecto desnaturalizaría las razones que llevaron al legislador a crear un procedimiento más expedito respecto de las actividades de ciencia y tecnología.

Al respecto se considera que en la ejecución de las actividades de ciencia, tecnología e innovación, en virtud de los principios de eficacia, eficiencia y economía que se predicen la función administrativa, se debe buscar que los operadores de ciencia, tecnología e innovación, a fin de preservar las economías de escala, el logro de los objetivos del programa o proyecto, la

coherencia entre su formulación y ejecución y evitar la disgregación o dispersión de responsabilidades, ejecuten integralmente todas las actividades de un proyecto, razón por la cual, dentro de los contratos para el fomento de ciencia, tecnología e innovación vigentes ya mencionados, se pueden incluir todas las actividades **necesarias e inherentes** para su ejecución.

Ahora bien, podrían identificarse las siguientes características para que un determinado componente pueda ser considerado parte de una actividad de ciencia y tecnología:

- El componente debe encontrarse contemplado dentro de las actividades a realizar en la formulación del proyecto.
- El componente debe ser inherente a la actividad de ciencia, tecnología e innovación, de tal manera que sin dicho componente, la actividad no podría realizarse o alcanzar los objetivos buscados.
- El componente debe ser de carácter transitorio, de tal manera que por su naturaleza coincida con la duración de la actividad de ciencia y tecnología, y no constituya un gasto recurrente de carácter permanente.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, eventualidades como la adquisición de equipos y adecuación y modernización de infraestructura física y operativa, realización de seminarios de rendición de cuentas, preparación y entrega de material divulgatorio que no tenga la condición de ser especializado, sino simplemente informativo, entre otros, en el marco de ejecución de todo un proyecto o de una actividad calificable como de ciencia, tecnología e innovación, serían susceptibles de ser considerados como parte de la actividad o del proyecto, CTel de que se trate, siempre y cuando respondan de manera concreta y directa (esto es, sin necesidad de elucubraciones profundas o calificadas) a uno cualquiera de los tres criterios que se acaban de indicar. Por el contrario (esto es, cuando el análisis no derive en la aplicación de ninguno de los tres parámetros o criterios de control), actividades como las descritas no podrían ser contratadas directamente por la entidad estatal argumentando que se trata de típicas actividades CTel, pues en dicho evento debe darse aplicación a las normas del Estatuto de Contratación que regulan modalidades contractuales diferentes a la autorizada de manera expresa en el literal e) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, según el bien o servicio que requiera proveerse atendiendo a las necesidades de la administración.

3.- *Sobre las actividades auxiliares o de apoyo.*

Calificación especial ameritan este tipo de actividades pues aunque en principio parecería evidente que, en razón a un criterio de eficiencia operativa, tanto las actividades de CTel pura, como aquellas necesarias para su realización, deberían ser contratadas bajo el régimen especial, no puede olvidarse la jurisprudencia que sobre la materia ha producido el Consejo de Estado (ya citada en otro apartado anterior), que es terminante y enfático al establecer que:

"...De acuerdo con la norma transcrita, el régimen especial sólo se aplica cuando los contratos enunciados tiene por objeto el desarrollo de cualquiera de las anteriores actividades, lo que, por consiguiente, excluye aquéllas que no encuadren en alguna de ellas o le sean meramente de auxilio o apoyo..."

Es importante entonces encontrar un criterio que permita diferenciar aquellas actividades que hacen parte a su vez de las actividades de ciencia y tecnología legalmente catalogadas como tales y por tanto se tornan inherentes a la misma, adoptando el concepto plasmado en el Manual de Oslo, de aquellas que tienen el carácter de mero auxilio o apoyo.

En este sentido, solo tendrá el carácter de auxilio o apoyo aquélla *subactividad* que no es inherente a la actividad de ciencia, tecnología o innovación, que no le pertenece esencialmente, de tal manera que de no realizarse, la actividad o el proyecto de ciencia y tecnología se puede ejecutar, pero que se relaciona con ella pues puede permitir su control, seguimiento, contabilización o ejecución de forma más rápida o eficiente.

Bajo este entendido, por ejemplo, las actividades relacionadas con la supervisión e interventoría a los proyectos de CTel, en opinión de este Departamento Administrativo, no serían en sí mismas actividades de ciencia, tecnología e innovación, pues no hacen parte esencial de éstas ni les sirven funcionalmente, por lo que las mismas deberán sujetarse al régimen de contratación de la entidad estatal de que se trate.

ALCANCE DEL CONCEPTO:

El presente concepto se emite en ejercicio de las competencias asignadas tanto al Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – COLCIENCIAS, como a la Dirección de Fomento a la Investigación y a la Secretaría General, en los artículos 7º de la Ley 1286 de 2009; 2º, 10 numerales 5º y 13 y, 14 numeral 3º del Decreto 1904 de 2009.

Lo anterior, además, bajo el entendido del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011,

luego de la sustitución de su Título II por virtud de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, de conformidad con el cual:

"... Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución..."

Sin otro particular,

Cordialmente,


LILIANA MARÍA ZAPATA BUSTAMANTE
Secretaria General

Sin anexos

Elaborado por SMEJIA
Insumo: DFI (memorando interno No. 20153000133733 del 26/10/2015)