

Copie

Alex

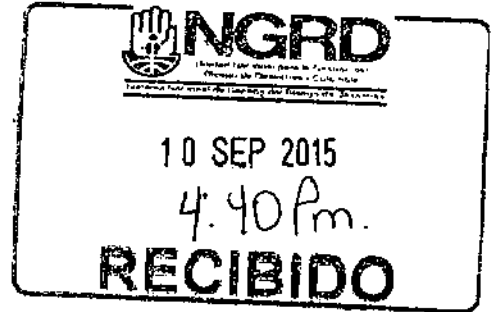


20151100124621

SG

Bogotá, 09-09-2015

Doctora
JUNE MARIE BROW
Asesora Plan San Andres - Presidencia
mariemow@gmail.com
Avenida José 20 No. 92-52, Edificio Gota 4, Piso 2,
Bogotá, D.C.



Asunto: Respuesta a solicitud de concepto técnico-jurídico (calificación CTel de actividades y proyectos) - Correo electrónico de fecha 19 de agosto de 2015.

Cordial saludo doctora JUNE MARIE.

Acuso recibo de su comunicación electrónica de la referencia, a través de la cual solicitó la calificación de un concepto técnico-jurídico, en el que se aclarase si las actividades involucradas en el proyecto denominado "Programa de Ciencia, Tecnología e Innovación para el Desarrollo de Técnicas de Cultivo de Especies Marinas a Escala de Laboratorio y de Planta Piloto con fines comerciales - Proyecto Maricultura Fase II" podrían calificarse como de ciencia, tecnología e innovación, teniendo en cuenta para el análisis la información remitida por el solicitante.

La citada solicitud, además, se encuentra soportada en otra en el mismo sentido, de fecha 18 de agosto de 2015 y proveniente de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastros, en la que puntualmente se indicó y requirió lo siguiente:

"... El Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastros, pretende suscribir un Convenio de Cooperación de Ciencia y Tecnología para la Fase II formulada en el anexo descrito, con OLD PROYECTO ANCIANO SANTA CATALINA FISHING AND FARMING COOPERATIVE ENTERPRISE, persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro, con el fin de continuar con los experimentos que se han adelantado en la Fase I del Programa de Ciencia, Tecnología e Innovación para el Desarrollo de

AP

Técnicas de Cultivo de Especies Marinas a Escala de Laboratorio y de Planta Piloto con fines comerciales – Proyecto Maricultura” e iniciar la fase productiva del componente de algas rojas.

Por lo anterior, adjunto a este documento se presenta el proyecto para la Fase II, la cual tiene como finalidad consolidar los experimentos de Peces en un sistema acuícola artesanal y hacer seguimiento al experimento de cultivos de perlas de Caracol Pala, así como iniciar la producción de subproductos a base de algas rojas comestibles cultivadas de acuerdo a las metodologías validadas en la primera fase del proyecto (...)

Conforme a lo anteriormente expuesto, anexo el documento contenitivo del proyecto para la Fase II presentado por la C.O.D. PROVIDENCE AND SANTA CATALINA FISHING AND FARMING COOPERATIVE ENTERPRISE al FNGR, con el fin sea (sic) obtenido por parte de Colciencias la certificación respectiva sobre las actividades que conforman el proyecto, como acciones propias de ciencia y tecnología para dar continuidad al proyecto... (Subrayas no originales)

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 contenitivo de la Estrategia Nacional de "Incorporación 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 Fuzcati Versión 2012 y en el Manual de Clasificación OECD Versión 2005.

CONCEPTOS TÉCNICOS:

Una vez el conocimiento de la solicitud se recibió en la Dirección de Fomento a la Investigación para que a través del Programa Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación en Ambiente, Sostenibilidad y Hábitat procediera a la respectiva calificación desde el punto de vista técnico, solicitud que fue atendida a través del memorando interno No. 20153400111763 del 31 de agosto de 2015, en el que expresamente se consignaron las siguientes conclusiones:

“...Con respecto al proceso de manufactura se desarrollará en Providencia, Departamento de Cundinamarca, se busca el análisis para establecer si el mismo corresponde a actividades de ciencia y tecnología basados en las definiciones del Manual de Fuzcati y en el Decreto 691 de 1991.”

De acuerdo con el artículo 6º del Decreto 691 de 1991, el desarrollo experimental (I+D), comprende el trabajo creativo llevado a cabo de manera sistemática para incrementar el volumen de conocimientos, incluido el conocimiento del hombre, la cultura y la sociedad, y el uso de esos conocimientos para crear nuevas aplicaciones.¹ De la misma manera, este manual señala que la investigación básica consiste en trabajos experimentales o teóricos que se emprenden principalmente para obtener nuevos conocimientos acerca de los fundamentos de los fenómenos y hechos observables, sin pensar en cómo ninguna aplicación o utilización determinada. La investigación aplicada consiste también en trabajos originales realizados para adquirir nuevos conocimientos. En cualquier caso, está dirigida fundamentalmente hacia un objetivo práctico específico.”

Con respecto al concepto general de ingeniería se menciona que ésta consiste en trabajos sistemáticos que aprovechan los conocimientos existentes obtenidos de la investigación y/o la experiencia práctica, y está dirigida a la producción de nuevos materiales, productos o dispositivos, a la puesta al mercado de nuevos procesos, sistemas y servicios o a la mejora sustancial de los ya existentes. La I+D engloba tanto la I+D formal realizada en los departamentos de I+D, así como la I+D informal u ocasional realizada en otros departamentos.

Por otra parte, el Decreto 691 de 1991 en su artículo 2º establece en los numerales 1 al 10 lo que comprende por actividades de ciencia y tecnología, así:

() En el desarrollo de este proyecto se establecieron tres líneas principales de trabajo, así:

1. Producción acuícola de especies marinas de interés

Consonante con lo establecido en el artículo 11º de la Ley 4ª de 1993 sobre peces marinos

¹ Cita del documento que se transcribe: 1) (OCDE, 2005)

nativos, acoplado a las condiciones ecológicas y socioeconómicas locales, priorizando dos especies nativas. En las actividades de este componente se habla de desarrollar ensayos de reproducción natural e inducida y maduración en cautiverio, prueba de incubación de huevos, implementación de acciones para el levante de larvas y juveniles, mantenimiento y engrasamiento de adultos y estandarización de recetas para la producción continua de alimento.

Tal como se presenta en el plan de trabajo, no tiene un desarrollo metodológico claro que permita conocer cómo van a ser las cosas con las especies nativas sobre las que van a trabajar, ni cómo se va a desarrollar cada una de estas actividades.

2. Componente de cultivo de algas.

Estandarizar condiciones sostenibles para el cultivo artesanal de algas marinas que permitan la producción, transformación y comercialización de materia prima y sus derivados. Tal como se presentan los indicadores de producto de este componente, es más un proyecto productivo, con alguna estandarización de actividades, que un proyecto de investigación.

3. Producción de perlas de Caracol Pala.

Como actividades académicas, evaluar la salud y la resistencia de los individuos experimentales a los procedimientos de implantación de núcleos de perla, realizar los procedimientos para el seguimiento y crecimiento de los individuos implantados, de acuerdo con los tratamientos previamente establecidos y dar mantenimiento a las estructuras instaladas creadas (siti) para la contención y crecimiento de los caracoles en cautiverio.

No queda claro si es la implementación de un paquete tecnológico, debidamente validado el que se va a desarrollar, que van a realizar estudios para poder la producción de perlas de Caracol Pala. En el cuerpo del documento sí habla de la generación de conocimiento científico para el desarrollo de paquetes tecnológicos y fases de producción piloto. Se dice que el proyecto pretende estimular el desarrollo técnico, científico, social y económico de la zona. Además, no queda claro hasta dónde se logró avanzar en la primera etapa del proyecto y qué es lo que sigue en esta segunda fase.

Dado que no se define el procedimiento metodológico que se quiere hacer y cómo se va a realizar, es difícil definir si estos son de carácter básicos de ciencia, tecnología e innovación, se solicita que para estos tres componentes del proyecto de maricultura fase II, se presente un desarrollo metodológico claro, además de los grupos de investigación o personas científicas altamente calificadas en el área de acuicultura marina que se vincularán al proyecto. (Subrayas no primarios)

CONCLUSIÓN:

Conforme con lo señalado en precedencia y, por la manera como fue presentado a consideración de este departamento administrativo, lamentamos indicarle que no es posible procesar a la aplicación como de ciencia, tecnología e innovación de las actividades del proyecto denominado

"Programa de Ciencia, Tecnología e Innovación para el Desarrollo de Técnicas de Cuantificación de los Recursos a Escala de Laboratorio y de Planta Piloto con fines orientados en Energía, Transporte y Medio Ambiente" en perjuicio de lo cual y a efectos de cumplir los mayores elementos de juicio y análisis, nos permitimos efectuar las siguientes precisiones, relativas a la celebración de los contratos CTeI suscritos, que se celebraron, o celebrarán por las entidades estatales y el alcance de los mismos:

1.- *Tipologías de contrataciones en ciencia, tecnología e innovación susceptibles de contratarse directa*

De conformidad con el literal e, del numeral 4º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2011, "los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas se podrán celebrar directa o indirecta".

Por su parte, el artículo 2.º 2.1.1.6.º del Decreto Reglamentario Único No. 1082 de 2013 previó que "la contratación directa para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas debe tener en cuenta la definición contenida en la Ley 591 de 1991 y las demás normas que lo modifiquen, adicionen, 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 minoritarios. 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 bienes de suministro, compra-venta, 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 ejecución y ejecución de proyectos de ciencia y tecnología, así como la búsqueda, la adquisición de bienes y servicios vinculados al desarrollo de actividades de ciencia y tecnología independientemente de su naturaleza y cantidad? O por el contrario, como 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,

2

conforme pasa a verse:

La interpretación y uso de los canales 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 acudirse a la contratación directa en los eventos establecidos y previstos en la norma receptiva, y bajo las condiciones allí contempladas.

Al efecto, el Decreto 2.212.147 del Decreto Reglamentario Ley No. 1082 de 2015, recuerda al intérprete que la aplicación de la cláusula 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 modifican, adicionan o sustituyen*.

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 respecto a las modalidades de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas, en los siguientes términos:

“Artículo 7° - Las modalidades contractuales de fomento de actividades científicas y tecnológicas que se fijan en este Decreto son las siguientes:

1. *Financiamiento*
2. *Administración de proyectos*
3. *Fideicomis*
4. *Prestación de servicios científicos y tecnológicos*
5. *Consultoría especializada*
6. *Cura pública, conculca o inventiva en obra pública*
7. *Arrendamiento de inmuebles o bienes muebles*
8. *Arrendamiento de maquinaria pesada y alquilamiento de personal*
9. *Donación*, y
10. *Convenios especiales de cooperación.”*

Este artículo fue derogado expresamente por el artículo 61 de la Ley 80 de 1993 (Estatuto de Contratación Estatal), dejando vigentes del Decreto – Ley 591 de 1991, además del artículo 4° 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 interpretación según el cual, las normas jurídicas deben interpretarse en el sentido que produzcan el menor efecto (principios de efecto útil y de conservación del derecho), es cable concluir que cuando la Ley 80 de 1993 decidió derogar de forma expresa en su artículo 81, el artículo 7° del Decreto – Ley 591 de 1991, dejando sólo las modalidades para el

especiales en materia de ciencia y tecnología (Decreto Ley 803 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.

Si solo es viable celebrar en forma directa los contratos para el fomento de la ciencia y tecnología a partir de la Ley 80 de 1993 dejó vigentes del Decreto-Ley 591 de 1991, a saber: contratos de financiamiento, de arrendamiento de proyectos y convenios especiales. En consecuencia es necesario precisar de qué manera que pueden tener dichos contratos los beneficiarios en virtud de los mismos las entidades estatales que en contratos con un mínimo de variables 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 conlleve.

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

"... La innovación implica inversión. La inversión en cuestión implica la adquisición de activos intangibles y tangibles, como de cualquier otro tipo, como son salarios o la compra de equipos, y de servicios que podrían ser poco rentables en el futuro."

Según este documento, el contrato para efectos de desnaturalizar actividades de ciencia y tecnología no necesariamente implica el desahogo directo de estos gastos que no necesariamente implican el desahogo directo de estas actividades pero que se tornan fundamentales para conseguir su fin. Esta circunstancia es relevante en materia de contratación estatal. Cada vez que al principio, no parecería lógico pensar 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 803 de 1993, el Decreto Ley 801 de 1993, y el Decreto Ley 585 de 1991 pero la adquisición de bienes y servicios para la realización de la actividad deben sujetarse a los procedimientos establecidos en la Ley 80, que se reduciría en forma significativa el momento de desarrollo de actividad de ciencia, tecnología e innovación.

Aceptar dos regímenes de contratación distintos de cada uno mismo proyecto desnaturaría las intenciones que llevaron al legislador a crear un procedimiento más expedito respecto de las actividades de ciencia y tecnología.

Al respecto se menciona que en la ejecución de las actividades de ciencia, tecnología e innovación en entidades de los departamentos de carácter, eficiencia y economía que corresponden a la función administrativa, se debe buscar que los operadores de ciencia, tecnología e innovación, a fin de preservar las economías de escala, los costos de los procesos del programa o proyecto, la coherencia entre la formulación y ejecución, evitar la diáspora o dispersión de responsabilidades, ejecute en consecuencia todas las actividades de un proyecto o actividad a cargo de los operadores para el fomento de ciencia, tecnología e innovación y sus derivados, sin que puedan incluir todas las actividades relacionadas con el desarrollo de la ejecución.

Ahora bien, toda la identificación de las siguientes características para que un determinado componente pueda ser considerado como parte de una actividad de ciencia, tecnología e innovación:

- El componente debe ser necesario para definitivamente el logro de las actividades a realizar en el programa o proyecto.
- El componente debe ser coherente a la actividad de ciencia, tecnología e innovación, es decir, para que si dicho componente, la actividad no podría realizarse o alcanzar los objetivos buscados.
- El componente debe ser de carácter transversal de tal manera que por su naturaleza o función sea la característica de la actividad de ciencia y tecnología, y no por sí mismo un gasto operativo de carácter permanente.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, eventualidades como la adquisición de servicios, adecuación o modificación de infraestructura física y operativa, realización de seminarios de rendición de cuentas, preparación y entrega de material de divulgación que promueva la condición de ser especializado, pero principalmente servicios, 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. El fin de que se trate, siempre y cuando respondan de manera concreta e directa (esto es sin necesidad de elucubraciones o trucos o calificaciones) a uno cualquiera de los tres criterios que se acaban de indicar y por lo tanto, siendo 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 argumentado que se trata de las actividades CTel, pues en dicho evento debe darse aplicación a las normas del Estatuto de Contratación que regulan modalidades contractuales diferentes a la autorizada

P

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 proveerle atendiendo a las necesidades de la actividad en cuestión.

3.- Sobre las actividades relacionadas con el proyecto

Calificación especial ante todo a este tipo de actividades, y es aunque en principio parecería evidente que, a razón de un criterio de eficiencia operativa, tanto las actividades de I+D+i pura, como aquellas relacionadas para su realización, deberían ser contratadas bajo el régimen especial, no puede olvidarse la jurisprudencia de e sobre la materia ha producido el Consejo de Estado (ya citada en otro apartado anterior), que es contundente y enfático al establecer que

"...De acuerdo con lo antes mencionado, el régimen especial solo se aplica cuando los contratos enuncian expresamente el desarrollo de la labor de las anteriores actividades lo que permite que se encuentren algunas de ellas en alguna de ellas a la sustitución de la actividad principal".

Es importante entonces, al aplicar el criterio que podría diferenciar aquellas actividades que hacen parte del desarrollo de las actividades de ciencia, tecnología legalmente categoradas, respecto de las que por tanto se encuentran a la misma, adoptando el criterio planteado en el Manual de clasificación de aquellas que tienen el carácter de actividades de apoyo.

En este sentido, solo se trata de un caso de auxilio o apoyo que no es inherente a la actividad de ciencia, tecnología e innovación, que no le pertenece esencialmente, que no resulta de la actividad o el proyecto de ciencia, tecnología e innovación, que no se relaciona con ella, que puede ser de carácter ocasional, que no tiene una ejecución de forma permanente y regular.

Bajo este entendido, se excluyen las actividades relacionadas con la supervisión o intervención a los proyectos de I+D+i, opinión de este Departamento Administrativo, no se trata de si mismas actividades de ciencia, tecnología e innovación, y que no hacen parte esencial de éstas, si les sirven funcionalmente, por lo tanto, estas se contratan sujeta al régimen de contratación de la entidad contratante que se trate.

ALCANCE DEL OBJETO DEL CONTRATO

El presente concepto se refiere al desarrollo de las competencias asignadas tanto al Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación –

COLCIENCIAS, como la Dirección de Fomento a la Investigación y a la Secretaría General, en sus artículos 1º de la Ley 1286 de 2009; 2º, 10 numeradas 1º y 10, y numeral 3º del Decreto 4170 de 2011.

Sin embargo, ninguna de las normas internormas reseñadas, asignaron a este departamento administrativo competencias específicas para conceptuar sobre las modalidades de contratación a las que de manera autónoma acuden los diferentes actores del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación – SICTE – para suministrar bienes, planes y servicios, básicamente por el hecho de que, en lo que hace particularmente al asesoramiento en materia de contratación pública, y al que dio el principio de especialización en las funciones y servicios del Estado, el ordenamiento jurídico colombiano prevé una entidad administrativa especial, con carácter independiente y autónoma la COCOTERCIAS, denominada *Agencia Nacional de Contratación Pública – Gestión Compra Eficiente*, en cuyo artículo 3º del Decreto 4170 de 2011, se le asignaron las siguientes responsabilidades específicas en materia de conceptos y doctrina: (i) Atender los asuntos sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública; (ii) Definir las normas, reglas, procedimientos, mecanismos tecnológicos y mejores prácticas para las compras y la contratación pública; promover y ejecutar, con el apoyo y coordinación de otras entidades públicas cuyo objeto se los permita, la capacitación que considere necesaria a fin de orientar a los participantes en el proceso contractual; y, (iii) Brindar apoyo a las entidades territoriales para la adecuada aplicación de las políticas, instrumentos y herramientas en materia de compras y contratación pública.

Fue en dicho contexto funcional que la referida agencia gubernamental expidió la Circular Externa No. 6 del 27 de septiembre de 2013, cuyo correcto entendimiento evidencia con claridad que, en materia de contratación pública y, más concretamente, de la que involucra la ejecución de programas y proyectos de investigación en CITE, COLCIENCIAS solo asume el rol de calificador de dichas actividades, más no de operador de los procesos de contratación que le corresponde operar a cada una de las entidades del Estado, en el marco de sus respectivas autonomías; es decir, si bien COLCIENCIAS asesora en la calificación de este tipo de actividades, de ninguna manera ello implica una responsabilidad como instancia asesora o previa de legalidad de las decisiones que implican la ordenación del gasto en otras entidades del Estado (o con otro tipo de actores), en cualquiera de los

³ Hoy integrado al Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación, establecido lo ordenado en el artículo 1º de la Ley 1754 de 2014 (Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un Nuevo País").



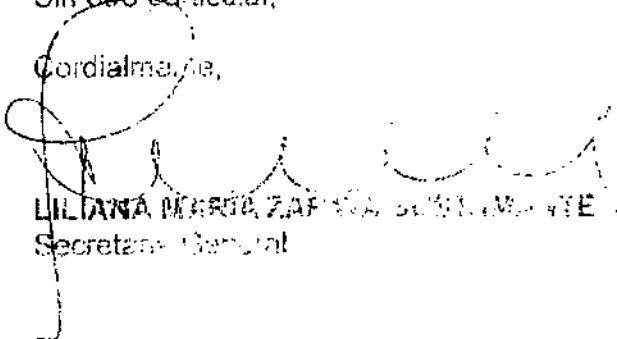
tres niveles de la administración pública pues ello atenta contra la autonomía e independencia de los gobiernos entes, desconociendo además los aspectos contemplados en el artículo 1º de la Ley 489 de 1998

Lo mencionado además viola el artículo de artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, luego de la sustitución de su artículo 1º por el que lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 1750 de 2014, de conformidad con el artículo

La declaración de nulidad de las disposiciones que aplican a las entidades como respuestas a peticiones de acceso a la información pública recibidas en consultas no serían de nulidad de pleno derecho.

Sin otro particular,

Cordialmente,



LILIANA PATRICIA ZAPATA DE SUAREZ
Secretaria General

Sin anexos

Elaborado por: JAVIER
Instancia: DSI y Comandante de