

000100

Asunto: Funcionamiento en materia jurídica y contractual
del Instituto Distrital de Ciencia, Biotecnología e Innovación en Salud.

Mediante radicado 2-2017-3654 04/04/2017 de la Secretaría Jurídica Distrital – Alcaldía Mayor, la Oficina Asesora Jurídica, recibió por competencia la solicitud elevada por usted, por lo cual procederemos a absolver la consulta solicitada en los parámetros del artículo 28 del Código Contencioso Administrativo, no sin antes señalar que para futuras consultas se debe seguir el procedimiento establecido en el artículo 27 del Decreto 654 de 2011.

1. PROBLEMA JURÍDICO

- 1.1 *¿Cuál es la naturaleza jurídica del IDCBIS?*
- 1.2 *¿Puede considerarse como entidad pública?*
- 1.3 *¿Cuál sería la normatividad aplicable en materia de contratación teniendo en cuenta que es una Corporación que provee bienes y servicios y adelanta actividades de ciencia y tecnología?*
- 1.4 *Si es considerada entidad pública:*
 - 1.4.1 *¿Se aplicaría en la contratación de bienes y servicios la Ley 80 de 1993 y para la contratación de actividades de ciencia y tecnología el Derecho Privado?*
 - 1.4.2 *¿Estaría facultada para la expedición de actos administrativos?*
 - 1.4.3 *¿Qué actos administrativos expediría?*
- 1.5 *¿Su funcionamiento en materia administrativa se efectuaría conforma a una entidad pública o privada?*
- 1.6 *¿La contratación del personal se haría conforme al Código Sustantivo del Trabajo o se podría crear la plana de personal conforme a lo previsto por la Ley 909 de 2004?*
- 1.7 *¿Cuál sería el alcance lo dispuesto por el artículo 5º. del Decreto 393 de 1991 que cita: “las personas jurídicas sin ánimo de lucro como corporaciones y fundaciones, que se creen u organicen o en las cuales se participe con base en la autorización de que tratan los artículos precedentes, se regirán por las normas pertinentes del derecho Privado”*

2. ANTECEDENTES

2.1 CREACION

El Acuerdo 641 de 2016 emanado del Concejo de Bogotá, D.C., efectúa la reorganización del Sector Salud de Bogotá, Distrito Capital, se modifica el Acuerdo 257 de 2006 y se expiden otras disposiciones, autoriza al Gobierno Distrital para constituir una entidad mixta sin ánimo de lucro organizada como Corporación y como entidad de ciencia y tecnología de las reguladas en el Decreto Ley 393 de 1991, con autonomía administrativa y financiera, vinculada al sector salud del Distrito Capital y cuyo objeto social consiste en la realización de actividades de investigación, desarrollo e innovación relacionadas con medicina transfusional, terapia e ingeniería tisular y celular avanzada, medicina regenerativa, medicina de laboratorio y centro de formación del talento humano. (Art. 17)

2.2 FUNCIONES

Son funciones esenciales del Instituto Distrital de Ciencia, Biotecnología e Innovación en Salud las siguientes actividades principales:

- a). Fortalecer y fomentar una cultura ciudadana para la donación de sangre, componentes sanguíneos, órganos y tejidos humanos y células con propósitos de trasplante, medicina regenerativa o investigación.
- b). Obtener, procesar, almacenar y distribuir componentes sanguíneos, tejidos humanos y células madre con propósitos de trasplante, medicina regenerativa o investigación.
- c). Ofrecer servicios centralizados, altamente especializados y de referencia, en banco de sangre, banco de tejidos humanos, banco de sangre de cordón umbilical, terapia celular, medicina transfusional, medicina regenerativa y laboratorio de inmunología de transfusión y trasplantes.
- d). Formar, capacitar y entrenar talento humano en las áreas de conocimiento desarrolladas por la entidad, con énfasis en investigación.
- e). Gestionar líneas de investigación e innovación tecnológica en diversos campos de las ciencias de la salud humana, con énfasis en medicina transfusional, ingeniería tisular, terapia celular avanzada y medicina regenerativa, en coordinación con centros académicos y de investigación nacionales e internacionales.
- f). Servir como entidad asesora, consultora y de referencia, para entidades nacionales e internacionales en los aspectos relacionados con el desarrollo de su objeto social.
- g). Las demás actividades que señalen los estatutos y que sean conexas con su objeto social. (Art. 18)

2.3 INTEGRANTES

Son Integrantes del mencionado Instituto las siguientes entidades:

- a). El Distrito Capital, representado por el Secretario de Salud Distrital.
- b). Las Empresas Sociales del Estado del Distrito Capital representadas por sus gerentes.
- c). Las entidades públicas, mixtas y privadas sin ánimo de lucro que suscriban el acta de constitución.

Serán integrantes adherentes las demás entidades que se vinculen con posterioridad a la constitución de la entidad y de conformidad con los requisitos establecidos en sus estatutos. En ningún caso podrán ser integrantes de la corporación entidades con ánimo de lucro. (Art. 19)

2.4 PATRIMONIO

Por mandato del mismo Acuerdo (Art. 20), el Patrimonio del Instituto estará conformado por:

1. Los aportes iniciales y posteriores que hagan los integrantes de la entidad, representados en dinero, bienes o servicios.
2. Los bienes adquiridos por concepto de donaciones, contribuciones, transferencias, herencias y legados de personas naturales o jurídicas, de entidades públicas, privadas o de economía mixta, y de organismos nacionales o extranjeros.
3. Las reservas legales, estatutarias y voluntarias que consagren la Ley y los Estatutos.
4. Los incrementos patrimoniales y los excedentes que obtenga por el ejercicio de sus actividades.
5. La valorización de activos, y cualquier otro ingreso susceptible de incrementar el patrimonio conforme a lo definido en los estatutos.

La totalidad del equipamiento tecnológico, biomédico y bienes muebles de toda índole, que se encuentren asignados al Hemocentro Distrital, hicieron parte del aporte del Distrito Capital para la constitución del IDCBIS.

El uso del espacio físico del Centro Distrital de Salud, donde actualmente funciona el Hemocentro Distrital, será entregado a través de convenio de comodato.

Según consta en el Acta de Asamblea de Constitución y Aprobación de los Estatutos de la Corporación el Fondo Financiero Distrital de Salud realizó un aporte inicial (i) en de valor

de \$5.000 millones de pesos para el sostenimiento del Instituto y (ii) \$7.638.813.312.28 representado en el equipamiento tecnológico, biomédico y bienes muebles de toda índole.

2.5 ORGANOS DE DIRECCION Y ADMINISTRACION

La Dirección y Administración del Instituto está a cargo de la Asamblea General, la Junta Directiva y el Gerente General, teniendo la Asamblea General y la Junta Directiva una composición mayoritaria por parte de entidades públicas del orden distrital, habiendo determinado en el Acta de Asamblea de Constitución y aprobación de los Estatutos, que la Asamblea está conformada por El Distrito Capital representado por la Secretaría Distrital de Salud, las Subredes Integradas de Servicios de Salud Norte ESE, Sur Occidente ESE, Centro Oriente ESE, Sur ESE, El Instituto Nacional de Cancerología ESE, Universidad Nacional de Colombia, Universidad de los Andes y la Pontificia Universidad Javeriana, habiendo quedado conformada la Junta Directiva por el Distrito Capital representado por la Secretaría Distrital de Salud, las Subredes Integradas de Servicios de Salud Norte ESE, Centro Oriente ESE, Sur ESE, El Instituto Nacional de Cancerología ESE, la Universidad Nacional de Colombia y la Pontificia Universidad Javeriana.

Conforme lo establecen los Estatutos del IDCBIS tiene un Director designado por la Junta Directiva, junto con su suplente, quien tendrá las mismas facultades del Director y lo reemplazará en sus ausencias temporales y definitivas. Como primer Director fue designado el Profesional Especializado Banco de Sangre Código 22, gado 3 de la Dirección de Provisión de Servicios de Salud, Subsecretaría de Servicios de Salud y Aseguramiento de la Secretaría Distrital de Salud, para un período de tres años. No obstante, transitoriamente hasta el momento de posesión del primer Director, se designó un Representante Legal Provisional facultado para la inscripción y registro del acto constitución, solicitud de licencias, habilitaciones o certificaciones, suscripción de contratos y convenios requeridos para el inicio de operaciones.

2.6 DURACION Y DISOLUCION

El término de duración inicial del IDCBIS será de veinte (20) años, que podrán prorrogarse por otro periodo igual, por decisión de la Asamblea General. Su disolución se producirá por las causales previstas en las leyes vigentes, los Estatutos o por decisión de la Asamblea General.

2.7 INTEGRACION DEL SECTOR SALUD

El Sector Salud está integrado por la Secretaría Distrital de Salud, cabeza del Sector, y las siguientes entidades y organismos:

Entidades Adscritas:

Establecimiento público: Fondo Financiero Distrital de Salud - FFDS,

Empresas Sociales del Estado: Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E.

Entidades con vinculación especial:

Sociedad de Economía Mixta: Capital Salud EPS-S S.A.S.

Entidad sin ánimo de lucro mixta: Entidad Asesora de Gestión Administrativa y Técnica.

Entidad sin ánimo de lucro mixta: Instituto Distrital de Ciencia, Biotecnología e Innovación en Salud.

3. FUNDAMENTO JURÍDICO – NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA, Art. 109; 123; 209; 355

LEY 489 DE 1998 *“Por 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.”* Art. 48; 95; 96

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”.*

ESTATUTO DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACIÓN PUBLICA – Ley 80 de 1993, Ley 1150 2007 - Decretos Reglamentarios.

ESTATUTO ORGANICO DE BOGOTÁ, - Decreto Ley 1421 de 1993 (Art. 152)

LEY 393 DE 1991 *“Por el cual se dictan normas sobre asociaciones para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías”.*

DECRETO 591 DE 1991 *“Por el cual se regulan las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas”.*

CODIGO CIVIL COLOMBIANO, Art. 633 a 648

SENTENCIA C-671/1999, expediente D-6996 y D-6997, demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 63, 67, 73 y 87 (parcial) de la Ley 23 de 1981, por la cual se dictan normas en materia de ética médica. Actor: Alejandro Pinzón Hernández y Andrés Eduardo Dewdney Montero. Magistrada Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

SENTENCIA C-691/200, expediente D-6687. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 94, parcial, de la Ley 489 de 1998. Magistrada Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

SENTENCIA C-230/1995, expediente D-627, NORMA ACUSADA: Artículo 2o., ordinal 2o., literal a) de la ley 80 de 1993, MAGISTRADO PONENTE: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

CONSEJO DE ESTADO - SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce. Radicación: 11001-03-06-000-2006-00079-00 Número: 1.766 Referencia: Asociaciones entre entidades públicas y asociaciones de carácter mixto creadas en virtud de los artículos 95 y 96 de la ley 489 de 1998. Régimen jurídico y presupuestal aplicable. Bogotá, D.C. 09 noviembre de 2006.

ALEXY Robert, Teoría del Discurso y Derechos Humanos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C. – Colombia, junio de 2004.

DAVILA Vinuesa Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Editorial Legis, 2016 Bogotá, D.C. – Colombia, Pág. 48 y ss. 75 y ss. 775 y s.s

HABERMAS, Jürgen, Aclaraciones a la Ética del Discurso, Editorial Trotta, Traducción de José Mardomingo, Madrid - España 2000.

PENAGOS Gustavo, El Acto Administrativo, Tomo II, Editorial Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, D.C. – Colombia, 2008, Pág. 26 y s.s.

RODRIGUEZ, Rodriguez Libardo, Derecho Administrativo General y colombiano, Editorial Temis Bogotá – Colombia 2011, Décimo Sexta edición, pág. 69 y s.s.

4. ANÁLISIS Y CONCLUSIÓN.

Acorde con la normatividad vigente en la materia, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, los pronunciamientos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la Doctrina en la materia, la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría Distrital de Salud, emite concepto en los términos que siguen:

4.1 ¿Cuál es la naturaleza jurídica del IDCBIS?

El Instituto Distrital de Ciencia, Biotecnología e Innovación en Salud – IDCBIS, por virtud de lo establecido en su acto de creación, es una entidad descentralizada indirecta por servicios, del orden distrital, vinculada a la Secretaría Distrital de Salud, organizada en forma de Corporación sin ánimo de lucro, goza de los atributos propios de los entes descentralizados por servicios, Personería Jurídica, Autonomía Administrativa y Patrimonio propio, cuyo objeto consiste en adelantar, realizar actividades de investigación, desarrollo e innovación relacionadas con medicina transfusional, terapia e ingeniería tisular y celular avanzada, medicina regenerativa, medicina de laboratorio y centro de formación del talento humano.

4.2 ¿Puede considerarse como entidad pública?

A efecto de dar respuesta a esta pregunta, es necesario traer a colación que desde el punto de vista jurídico la descentralización es la facultad que se otorga a las entidades públicas diferentes del Estado para gobernarse por sí mismas, mediante la radicación de funciones en sus manos para que las ejerzan autónomamente, es así como el otorgamiento de competencias o funciones de la administración a entidades que se crean para ejercer una actividad especializada, es la que comúnmente se conoce como Descentralización Especializada o por Servicios, es decir que el Estado considera que determinada actividad ha adquirido tal importancia, que será mejor desarrollada si se desprende de su competencia global y se le otorga a otra entidad para que la ejerza autónomamente, razón por la cual a estas entidades se les otorga Personería Jurídica, con el fin que puedan desarrollar autónomamente la actividad que les ha sido confiada, autonomía administrativa a efecto que puedan autoorganizarse, estableciendo sus propios reglamentos, Autonomía Presupuestal y Financiera, gozan de un patrimonio y presupuesto propio, distinto del patrimonio y presupuesto del Estado, Autoridades Propias nombradas por la misma entidad, o por el poder central como es el caso del Gerente, Director o Presidente, Control del Poder Central dado su régimen de adscripción o vinculación a éste, están sometidas al Control de Tutela, encontrando dentro de ellas a los Establecimientos Públicos, Empresas Industriales y Comerciales del Estado, Empresas Sociales del Estado, Sociedades Públicas y Sociedades de Economía Mixta, Empresas Oficiales de Servicios Públicos, entre otras. (RODRIGUEZ, Rodriguez Libardo, Derecho Administrativo General y colombiano, Editorial Temis, Décimo Sexta edición, pág. 65 y s.s.)

En cuanto a las Entidades Descentralizadas Indirectas, el parágrafo del artículo 49 de la Ley 489 de 1998, señala que la creación de éstas, procederá con arreglo a las disposiciones de dicha ley y en todo caso previa autorización del Gobierno Nacional si se trata de entidades de ese orden, o del Gobernador o el Alcalde, en tratándose de entidades del orden departamental o municipal, por lo cual *“...las personas jurídicas sin ánimo de lucro, de participación mixta han sido reconocidas en nuestro derecho como entidades descentralizadas indirectas, es decir, constituyen modalidades de la descentralización por servicios. Por lo tanto, son entes que poseen una vinculación con el Estado en cuanto participan en el cumplimiento de actividades que constituyen objeto de los cometidos propios de éste, hasta el punto de que aquél al asociarse a ellas les entrega a título de aporte o participación bienes o recursos públicos”*. (Corte Constitucional SC-230 de 1995)

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en cuanto a las Entidades Descentralizadas Indirectas ha manifestado que *“...en razón a la naturaleza pública de quienes las integran la persona jurídica que se cree en virtud del artículo 95 de la ley 489, el carácter público de su patrimonio y las funciones administrativas o la prestación de los servicios que constituyen el objeto y causa de su existencia, este tipo de entidades descentralizadas indirectas, necesariamente deben adscribirse a un ente u organismo de la administración central del nivel nacional o territorial, con el propósito de evitar la proliferación de entidades descentralizadas indirectas que se comporten como*

satélites al margen de las políticas generales del Gobierno Nacional y de las entidades territoriales a las que pertenezcan, según el caso. Lo anterior, lleva a la Sala a afirmar que estas entidades tienen un régimen mixto, el consagrado en la ley 489 de 1998 en materia de autorizaciones para su creación y transformación, el de las entidades estatales que rige los actos unilaterales, contratos, responsabilidad y control y, el de derecho civil que regula su constitución, organización, funcionamiento y el procedimiento de transformación.” (Radicación: 11001-03-06-000-2006-00079-00, Número: 1.766, Referencia: Asociaciones entre entidades públicas y asociaciones de carácter mixto creadas en virtud de los artículos 95 y 96 de la ley 489 de 1998. Régimen jurídico y presupuestal aplicable. Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, nueve (9) de noviembre de dos mil seis (2006)).

Por su parte la Corte Constitucional en Sentencia C-671 de 1999, respecto de las fundaciones y Corporaciones creadas por vía de los artículos 95 y 96 de la Ley 489 de 1998, determinó que *“...las referidas corporaciones y fundaciones de participación mixta han sido reconocidas en nuestro derecho como entidades descentralizadas indirectas, es decir, constituyen modalidades de la descentralización por servicios. Por lo tanto, son entes que poseen una vinculación con el Estado en cuanto participan en el cumplimiento de actividades que constituyen objeto de los cometidos propios de éste, hasta el punto de que aquél al asociarse a ellas les entrega a título de aporte o participación bienes o recursos públicos.*

Es más, dichas entidades por manejar bienes y recursos públicos, cumplir funciones públicas y constituir formas de la descentralización por servicios, pueden considerarse partes agregadas o vinculadas a la estructura principal de la administración nacional que corresponde al legislador determinar, según el art. 150-7 de la Constitución. Esto permite considerar, que si el legislador está facultado por el art. 150-23 de la Constitución para "expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas", igualmente tiene competencia para determinar las personas que como servidores públicos pueden cumplir dichas funciones.

En tal virtud se concluye, que estando vinculadas dichas fundaciones o corporaciones de alguna manera al cumplimiento directo o indirecto de funciones públicas y teniendo a su cargo el manejo de recursos o dineros públicos, podía el legislador a efectos de controlar su inversión, mediante el sistema de la contratación, asimilar a servidores públicos a sus representantes o delegados para la contratación, con el fin de hacerles aplicable el estatuto de contratación”. (SC-671/1999, Expediente D- 2397, Demanda de inexecutable de los artículos 63 de la Ley 397 de 1997, "Por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultura, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de Cultura y se trasladan algunas dependencias", y los artículos 95 y 96 de la Ley 489 de 1998, "Por 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". Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA)

En igual sentido en Sentencia C-316 de 1995 la Corte agregó que *“en cuanto hace al desarrollo y promoción de la investigación, la ciencia y la tecnología, resultan legítimos “los incentivos y estímulos” que se encuentren “dirigidos de manera especial a las personas y entidades particulares”, lo cual encuentra legitimidad constitucional en lo dispuesto por los artículos 65, inciso segundo 69 inciso tercero, 70 aparte final del inciso dos, 71 y 67 de la Carta, por lo que, concluye la Corporación, “la destinación de recursos públicos con la participación de los particulares en las actividades relativas al desarrollo y fomento de la ciencia y la tecnología, constituye una excepción a la norma del artículo 355 de la Constitución”.* (Corte Constitucional Sentencia C-316 19 julio de 1995, Magistrado ponente, doctor Antonio Barrera Carbonell)

A su turno, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en cuanto a las Entidades Descentralizadas Indirectas ha manifestado que *“...en razón a la naturaleza pública de quienes las integran la persona jurídica que se cree en virtud del artículo 95 de la ley 489, el carácter público de su patrimonio y las funciones administrativas o la prestación de los servicios que constituyen el objeto y causa de su existencia, este tipo de entidades descentralizadas indirectas, necesariamente deben adscribirse a un ente u organismo de la administración central del nivel nacional o territorial, con el propósito de evitar la proliferación de entidades descentralizadas indirectas que se comporten como satélites al margen de las políticas generales del Gobierno Nacional y de las entidades territoriales a las que pertenezcan, según el caso. Lo anterior, lleva a la Sala a afirmar que estas entidades tienen un régimen mixto, el consagrado en la ley 489 de 1998 en materia de autorizaciones para su creación y transformación, el de las entidades estatales que rige los actos unilaterales, contratos, responsabilidad y control y, el de derecho civil que regula su constitución, organización, funcionamiento y el procedimiento de transformación.”* (Radicación: 11001-03-06-000-2006-00079-00, Número: 1.766, Referencia: Asociaciones entre entidades públicas y asociaciones de carácter mixto creadas en virtud de los artículos 95 y 96 de la ley 489 de 1998. Régimen jurídico y presupuestal aplicable. Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, nueve (9) de noviembre de dos mil seis (2006)).

De igual forma, la misma Sala en Concepto 1291 de 2000, manifestó que: *“Son entidades descentralizadas directas aquellas cuya creación es obra de la ley, la ordenanza o el acuerdo; en tanto que las descentralizadas indirectas, son las que surgen por la voluntad asociativa de los entes públicos entre sí o con la intervención de particulares, previa autorización legal”, señalando que éstas personas jurídicas son una modalidad de organización administrativa, que hacen parte de la administración pública.*

Bajo los preceptos constitucionales, legales, jurisprudenciales, doctrinales y conceptuales señala la Oficina Asesora Jurídica, que el IDCBS, es una Corporación sin ánimo de lucro, vinculada a la Secretaría Distrital de Salud, sometida a un régimen mixto de conexión entre la autonomía privada establecida en el derecho civil que regla su constitución, estatutos, organización, y funcionamiento y la autonomía pública determinada en la ley 489 de 1998 en lo atinente a los de actos de autorización para su creación, los principios y reglas de la función administrativa consagrados en el Artículo 209 Constitucional en cuanto a los actos unilaterales, contratos, responsabilidad y sometida al control

administrativo sobre las actividades y programas que desarrolle de las entidades participantes en los órganos internos de deliberación, lo cual presupone que dicha Corporación se rige por sus actos de constitución, por los principios y reglas que el legislador preceptuó para función administrativa, sometida al Control de Tutela e Inspección Vigilancia y Control de la Secretaría Distrital de Salud en cuanto a las funciones encaminadas a la garantía de la prestación del servicio público esencial de salud y las propias de vigilancia y Control a las que se encuentran sometidas las instituciones sin ánimo de lucro.

En conclusión, tenemos que el IDC BIS es una entidad descentralizada del orden distrital, autorizada por el ordenamiento legal para el ejercicio de funciones administrativas y la realización de actividades de ciencia y tecnología, que por virtud de lo dispuesto en la Ley 489 de 1998 se encuentra clasificada dentro de las personas jurídicas del Estado, sin ánimo de lucro, constituida entre entidades públicas y privadas como entidad descentralizadas indirecta, vinculada a la Secretaría Distrital de Salud, perteneciente a la administración Distrital.

4.3 ¿Cuál sería la normatividad aplicable en materia de contratación teniendo en cuenta que es una Corporación que provee bienes y servicios y adelanta actividades de ciencia y tecnología?

Sobre el particular, cabe señalar que Parágrafo del Artículo 8º. del 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” contempla que el convenio especial de cooperación que celebran las entidades que desarrollan este tipo de actividades, no requiere para su celebración y validez requisitos distintos de los propios de la contratación entre particulares, pero exige registro presupuestal si implica erogación de recursos públicos. En concordancia el Decreto 591 de 1991 Por el cual se regulan las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas ratifica dicho postulado. Por su parte la Ley 80 de 1993, respecto de los Principios de la Contratación Estatal (Art. 24), Principio de Transparencia, establece que la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente: d) (...) para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas. El Estatuto Orgánico de Bogotá (Decreto Ley 1421 de 1993 Art. 152) señala de los Contratos especiales que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 355 de la Constitución Política, el Distrito podrá celebrar contratos con entidades sin ánimo de lucro con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes distritales y locales de desarrollo, con sujeción a los reglamentos que expida el Gobierno Nacional. En igual sentido la 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. Contempla (Art. 33) que las actividades, contratos y convenios que tengan por objeto la realización de actividades definidas como de ciencia, tecnología e innovación que celebren las entidades estatales, continuarán rigiéndose por las normas especiales que les sean aplicables. En consecuencia, tales contratos se celebrarán directamente.

En el mismo sentido en cuanto al régimen de contratación de las instituciones sin ánimo de lucro, la Corte Constitucional en Sentencia de Constitucionalidad No. 230 de 1995, se pronunció en los términos que siguen: *"...El nuevo Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contiene el conjunto de reglas y principios que deben observar las diferentes entidades estatales en la celebración y ejecución de los contratos que se requieren para el cumplimiento de los diferentes fines de utilidad pública e interés social. El Estatuto elimina la distinción entre contratos privados y contratos administrativos y la dualidad de jurisdicciones para conocer de las controversias contractuales e introduce la figura del contrato estatal, la cual le da una fisonomía clara y precisa al contrato de la administración, a su régimen jurídico y rescata para el Estado el principio de la autonomía de la voluntad, dentro de ciertos límites, pilar básico de la libertad contractual propia de las relaciones entre particulares.*

Como elementos esenciales de la contratación el Estatuto regula: los principios fundamentales que rigen la contratación, (transparencia, economía, responsabilidad, etc.), la capacidad y calidad de los sujetos públicos y privados que intervienen en la contratación; las condiciones requeridas para la selección de los contratistas, la expresión del consentimiento de los contratantes, el objeto de la contratación, las formalidades y la forma exigidas para la celebración del contrato, el control en la ejecución del contrato, la terminación del contrato, las responsabilidades que para las partes se derivan del contrato y las soluciones extraprocesales y procesales ideadas para la solución de las controversias contractuales.

*Según lo anterior, un aspecto sustancial de un estatuto de contratación lo constituye la determinación de los sujetos públicos y privados que intervienen en la relación contractual; es así como en el art. 2 de la ley 80 se hace, "para los solos efectos de esta ley" una definición de las entidades estatales que pueden intervenir como sujetos, habilitados jurídicamente, en los procesos de contratación. Entre dichas entidades se incluyen "las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), **así como las entidades descentralizadas indirectas** y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria". (Negrilla fuera de texto)*

Como un aspecto consecuencial y para efectos de la responsabilidad que puede exigirse a los servidores públicos que intervienen en las operaciones contractuales la norma en cuestión define, igualmente para los efectos de dicha ley, qué personas naturales tienen la condición de servidores públicos. Por consiguiente, se descarta la posibilidad de que el Estatuto, por la sola circunstancia de hacer la anotada definición, se pueda asimilar a un estatuto de la función pública.

Resultaría un despropósito, por lo tanto, que alguien pretendiera utilizar la norma, no obstante su advertencia y las implicaciones que de su aplicación se derivan, para resolver situaciones de orden laboral administrativo, cuando resulta evidente que la ley 80 única y exclusivamente persigue establecer unas reglas y principios a los cuales deben someterse las "entidades estatales" en el ejercicio de la actividad contractual; reglas y

principios que obedecen a la necesidad de lograr un manejo ágil, eficaz y pulcro de la contratación, mediante el establecimiento, entre otros mecanismos, de expeditos instrumentos de control y la consagración de un régimen especial de responsabilidad aplicable a quienes manejan por este medio recursos del Estado.

*El manejo e inversión de recursos estatales que se realiza a través de los instrumentos de la contratación administrativa, así como la necesidad de exigir las consiguientes responsabilidades derivadas de las conductas irregulares o delictuosas de quienes tienen a su cargo el desarrollo de las operaciones contractuales de la administración, justifica plenamente la aplicación del estatuto no sólo a las denominadas entidades estatales en sentido estricto, que hacen parte del Estado, **sino aquellos organismos sometidos a un régimen de derecho privado en los cuales aquél tenga una participación mayoritaria.** (Negrilla fuera de texto)*

Los principios de moralidad y eficacia que rigen la función administrativa también son aplicables en los casos en que el Estado, para alcanzar las diferentes finalidades de interés público o social, participa mayoritariamente mediante las diferentes formas de asociación (sociedades, fundaciones o asociaciones de participación mixta) en la conformación de un patrimonio. De ahí, que deban idearse por el legislador los mecanismos que aseguren el buen manejo y la conservación de dicho patrimonio. A ello apuntan las distintas normas de la contratación que regulan la capacidad y calidad de los sujetos contratantes, las diferentes etapas de las operaciones contractuales, que controlan y aseguran el cumplimiento de las obligaciones contractuales y que estructuran los diferentes tipos de responsabilidad.

Conforme a las consideraciones precedentes, es preciso concluir, que el alcance legal de la noción "servidor público", contenida en el aparte normativo acusado, no corresponde a una noción atributiva de una situación laboral dentro del régimen propio de la función pública, con respecto a quienes intervienen en la contratación, pues la intención del legislador fue la de vincular a las reglas propias de la contratación pública y al sistema de responsabilidad consecuente, a las personas sujetas a una relación laboral subordinada, como empleado público o trabajador oficial, y a quienes en calidad de representantes o de funcionarios de los niveles directivo, asesor y ejecutivo, pertenecen a entidades en las cuales el Estado tiene participación económica mayoritaria, y desarrollan actividades que contribuyen a la realización de un cometido estatal.

3.2. Las asociaciones y fundaciones de participación mixta y la contratación administrativa.

El art. 6 del decreto 130 de 1976, declarado inexecutable por la Corte mediante sentencia C-372 del 25 de agosto de 1994¹ definía a las corporaciones y fundaciones de participación mixta de la siguiente manera:

"Sin perjuicio de lo que las normas especiales tengan establecido para algunas de ellas, las personas jurídicas que se crean para fines de interés público o social, sin ánimo de

¹ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

lucro, con recursos o participación de entidades públicas y de particulares, se someterán a las normas previstas para las Corporaciones o Fundaciones, según el caso, en el Código Civil, y demás disposiciones pertinentes".

Dichas entidades no han desaparecido del mundo jurídico como podría pensarse a raíz de la declaración de inexecutable mencionada, pues subsisten las creadas con anterioridad a dicha sentencia, con fundamento en la referida norma, las reguladas por leyes especiales y las que se han creado o puedan crearse con fundamento en las normas del decreto 393 de 1991 "por el cual se dictan normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyecto de investigación y creación de tecnologías", cuyos artículos 1, 3 y 5, acusados parcialmente de inconstitucionales ante esta Corte, fueron declarados exequibles mediante sentencia No. C-506 del 10 de noviembre de 1994².

Por no ser de creación legal las asociaciones y fundaciones de participación mixta se las considera bajo la denominación genérica de entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado, y están sometidas al mismo régimen jurídico aplicable a las corporaciones y fundaciones privadas, esto es, a las prescripciones del código civil y demás normas complementarias.

La ley 80 de 1993 sometió a las corporaciones y fundaciones, en las cuales el Estado tenga una participación mayoritaria (art. 2o., ord. 1o, lit. a.), a las reglas principios de la contratación de la administración pública y para ello las reconoció en el literal a) del ordinal 1 del art. 2 de dicha ley como entidades estatales. Consecuencialmente se determinó en el fragmento normativo acusado que sus representantes y los funcionarios de determinados niveles en quienes se delegue la celebración de contratos tienen el carácter de servidores públicos. Es claro, que supuesto lo primero tenía que establecerse lo segundo, porque de otra manera no se lograría alcanzar el propósito práctico de vincular al régimen de responsabilidades a quienes obraran en nombre de tales fundaciones y corporaciones, lo cual se adecua a lo establecido en los arts. 6 y 123 de la C.P.

El encuadramiento de las corporaciones y fundaciones en la condición de entidades estatales y la calificación de sus directivos como servidores públicos, para los efectos indicados, no modifica ni la naturaleza de aquéllas ni la situación laboral particular de estos últimos con las referidas entidades, porque unas y otros siguen sometidos al régimen de derecho privado que les es aplicable, pues, como ya se dijo la referida clasificación se consagró exclusivamente para fines del manejo, control y responsabilidad de la inversión de los recursos públicos mediante la contratación.

No hay nada de extraño en la asimilación de dichas personas a servidores públicos, porque la asignación de funciones públicas a los particulares y su sometimiento a las normas especiales en lo relativo al desarrollo de tales funciones es hoy, por designio constitucional y técnica de administración -denominada descentralización por

² M.P. Fabio Morón Díaz.

colaboración, que implica el ejercicio privado de una función administrativa- una posibilidad jurídica corriente, como igualmente lo es la sujeción de quienes manejan recursos del Estado a un régimen derecho especial, todo lo cual tiene su fundamento en las siguientes normas constitucionales: Artículo 123 inciso final: "La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio". Aparte final del primer inciso del artículo 210: "Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley". Artículo 267: "El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigilará la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación".

(...)

En síntesis, cuando los particulares manejan bienes o recursos públicos, es posible someterlos a un régimen jurídico especial, como es el concerniente a la contratación administrativa, para los efectos de la responsabilidad que pueda corresponderles por el indebido uso o disposición de dichos bienes con ocasión de las operaciones contractuales que realicen, en los aspectos disciplinario, penal y patrimonial.

Igualmente podría anotarse, que el constituyente en modo alguno ha sido indiferente al hecho recurrente del manejo o administración de recursos públicos por particulares, para efectos de asegurar su conservación y adecuada inversión y disposición. Es así como ha establecido una incompatibilidad, en el sentido de que los servidores públicos "no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos..." y la prohibición de "recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte mayoritaria el Estado..." (Arts. 127 y 128 C.P.).

Adicionalmente podría afirmarse, que si "los servidores públicos están al servicio del Estado y la comunidad", la idea de servidor público se predica, objetivamente sin consideración al vínculo de servicio directo con el Estado (empleado público, trabajador oficial, miembro de corporación pública) con respecto a quienes de alguna manera están a dicho servicio, como sería el caso -situación prevista en la norma acusada- de quienes se encuentran vinculados en órganos de representación a las entidades que manejan bienes o recursos del Estado.

(...) Las referidas corporaciones y fundaciones de participación mixta han sido reconocidas en nuestro derecho como entidades descentralizadas indirectas, es decir, constituyen modalidades de la descentralización por servicios. Por lo tanto, son entes que poseen una vinculación con el Estado en cuanto participan en el cumplimiento de actividades que constituyen objeto de los cometidos propios de éste, hasta el punto de que aquél al asociarse a ellas les entrega a título de aporte o participación bienes o recursos públicos.

Es más, dichas entidades por manejar bienes y recursos públicos, cumplir funciones públicas y constituir formas de la descentralización por servicios, pueden considerarse

partes agregadas o vinculadas a la estructura principal de la administración nacional que corresponde al legislador determinar, según el art. 150-7 de la Constitución. (...)

Vista la normatividad que en materia de contratación regula a las entidades sin ánimo de lucro que tienen como fin actividades de ciencia y tecnología, y la jurisprudencia sobre el particular, por designio del Legislador los contratos que éstas celebren, para el caso concreto, los contratos que celebre el IDCBIS para una y otra actividad son (i) contratos estatales dada la naturaleza jurídica de dicho instituto, (ii) se rigen por el derecho privado, (iii) acorde con la naturaleza del contrato y el objeto perseguido pueden contener las cláusulas excepcionales del derecho común, (iv) están sujetos a los principios que regulan la función administrativa y la contratación estatal, (v) al control fiscal que ejerce la Contraloría sobre los recursos de origen público y (vi) al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés al que se encuentran sometidos los particulares que ejercen funciones públicas.

De los preceptos legales enunciados, de la argumentación de la Corte Constitucional y Sala de Consulta del Consejo de Estado, podemos deducir que en cuanto a la capacidad de contratación, en la medida en que el IDCBIS entidad de participación mixta maneja recursos públicos, su ejecución para los fines propuestos debe hacerse a través de la institución del contrato estatal lo cual conlleva que en materia de responsabilidad para el caso de los representantes y directivos de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en quienes recaiga la celebración de contratos, cierto es, que su condición jurídica en materia de administración de recursos públicos y obviamente de la contratación estatal, adquieren la connotación de servidores públicos, esto es, que los directivos de las Corporaciones y Fundaciones de participación mixta, se rigen por un régimen jurídico mixto, lo que significa que responden como Servidores Públicos en materia penal, disciplinaria y fiscal en el evento en que incurran en irregularidades en la gestión contractual y en la administración de los recursos de procedencia pública. (C.P. Art. 123 en concordancia inciso 1º. Art. 210. SC-949/2001).

4.4 Si es considerada entidad pública:

4.4.1 ¿Se aplicaría en la contratación de bienes y servicios la Ley 80 de 1993 y para la contratación de actividades de ciencia y tecnología el Derecho Privado?

La Oficina Asesora Jurídica, reitera la respuesta contenida en el numeral 4.3 del presente concepto.

4.4.2 ¿Estaría facultada para la expedición de actos administrativos?

Según se anotó anteriormente, el IDCBIS es una Corporación sin ánimo de lucro descentralizada indirecta por servicios, sometida a un régimen jurídico mixto, razón por la cual en virtud de las normas de derecho público que lo regulan está facultado para expedir (i) actos administrativos de carácter general y abstracto, relacionados con su objeto y actividad, los cuales son sujetos de revocabilidad por la autoridad que los profiere, (ii) actos administrativos particulares y concretos, los cuales no pueden ser

Página 15 de 17

revocados directamente por la autoridad que los expide, sino que debe ser resuelto por la Jurisdicción de lo contencioso Administrativo. En todo caso cuando se encuentren circunstancias que pudieron llevar a la administración a un error, puede revocarlo directamente.

4.4.3 Qué actos administrativos expediría?

Como se expresó en el numeral anterior, puede expedir actos administrativos de carácter general y abstracto, así como actos administrativos particulares y concretos, entendidos éstos últimos como aquellos que se refieren a una situación particular y concreta.

4.5 ¿Su funcionamiento en materia administrativa se efectuaría conforme a una entidad pública o privada?

La Oficina Asesora Jurídica, ha venido manifestando, que el IDCBIS es una entidad sometida a un régimen jurídico mixto, razón por la cual, en materia de constitución, organización y funcionamiento se rige por las normas del derecho privado, es decir aquellas que contempla la legislación civil colombiana para las Corporaciones sin ánimo de lucro.

4.6 ¿La contratación del personal se haría conforme al Código Sustantivo del Trabajo o se podría crear la planta de personal conforme a lo previsto por la Ley 909 de 2004?

Esta oficina Asesora encuentra, que el Legislador al haber permitido un régimen mixto para la organización de las entidades descentralizadas indirectas, sin ánimo de lucro como es el caso del IDCBIS, la conformación de su planta de personal, administración del talento humano y régimen aplicable a los mismos, es el contenido en el Código Sustantivo del Trabajo.

4.7 ¿Cuál sería el alcance los dispuesto por el artículo 5º. del Decreto 393 de 1991 que cita: “las personas jurídicas sin ánimo de lucro como corporaciones y fundaciones, que se creen u organicen o en las cuales se participe con base en la autorización de que tratan los artículos precedentes, se registrarán por las normas pertinentes del derecho Privado”

Para responder este interrogante, la Oficina Asesora Jurídica reitera la respuesta contenida en el numeral 4.3 del presente estudio.

Finalmente, frente a los Estatutos del Instituto, se recomienda dar aplicación a los requisitos exigidos en la Ley 489, en el sentido de fijar la participación compromisos, aportes iniciales de cada uno de los aportantes con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de entidades las públicas. Así mismo, se sugiere revisar el contenido de lo establecido en el parágrafo del artículo 35 de dichos Estatutos por cuanto, por mandato legal el vínculo laboral del IDCBIS con sus trabajadores se rige por las normas contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo.

Cordialmente,



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE SALUD

JOSE DARIO TELLEZ CIFUENTES
Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)

Proyecto: LuzMarina LS.

Cra. 32 No. 12-81
Tel.: 364 9090
www.saludcapital.gov.co
Info: 364 9666

