



## Concepto 270141 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000270141\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000270141

Fecha: 28/07/2021 12:40:29 p.m.

Bogotá D.C.

REF: NATURALEZA JURÍDICA - Corporación sin ánimo de lucro IETS. RAD N° 20212060485032 del 22 de junio de 2021.

Acuso recibo a su comunicación remitido por el Ministerio de Salud, mediante la cual consulta lo siguiente:

1"Que acuerdo a lo expuesto sobre la naturaleza jurídica del IETS; entidad descentralizada indirecta, de participación mixta (aunque mayoritariamente pública), aun cuando la Ley 1438 de 2011. No manifestó nada acerca de su régimen legal, ¿Cuál es la naturaleza jurídica del IETS? Incurrió en un yerro jurídico el acto de constitución del IETS, al considerarlo como de carácter privado". Cuando lo que en realidad debería decir es que es de "régimen privado".

2. De acuerdo con el Concepto de Consejo de Estado, Es necesario que mediante ley se determine sobre el IETS, su régimen jurídico, a quien se encuentra adscrito o vinculado. el soporte de los recursos que garanticen su funcionamiento de acuerdo a las disposiciones del Ministerio de Hacienda, y las demás consideraciones que establece para este tipo de entidades la Ley 489.

3. En relación con el régimen jurídico del IETS, puede simplemente adelantar una reforma estatutaria con el fin de aclarar su naturaleza y el régimen jurídico que le es aplicable, y de esta forma terminar definitivamente la aparente disparidad que existe entre lo dispuesto por el artículo 92 de la Ley 1438 que autorizo su creación y ese documento.

4. En consideración al objetivo del IETS determinado en el artículo 93 de la Ley 1438 de 2011, y lo dispuesto por el Decreto Ley 393 de 1991, este Instituto debería adscribirse o vincularse al Ministerio de Salud y Protección Social o al Ministerio de Ciencia Tecnología e innovación. Lo anterior en consideración a lo dispuesto en los artículos 42, 44 y 46 de la Ley 489. y en particular atendiendo lo que este último señala. "PARTICIPACION DE LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS EN LA POLITICA GUBERNAMENTAL. Los organismos y entidades descentralizados participarán en la formulación de la política, en la elaboración de los programas sectoriales y en la ejecución de los mismos, bajo la orientación de los ministerios y departamentos administrativos respectivos."

De lo anterior me permito informar lo siguiente.

La ley 1438 de 2011 el cual crea el Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud establece:

*ARTÍCULO 92. Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud. Autorícese al Ministerio de la Protección Social la creación del Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud como una corporación sin ánimo de lucro de naturaleza mixta, de la cual podrán hacer parte, entre otros, las sociedades científicas y la Academia Nacional de Medicina, esta entidad será responsable de la evaluación de tecnologías en salud basada en la evidencia científica, guías y protocolos sobre procedimientos, medicamentos y tratamiento de acuerdo con los contenidos del Plan de Beneficios, sus orientaciones serán un referente para la definición de planes de beneficios, para los conceptos técnicos de los Comités Científicos y la Junta Técnico Científico y para los prestadores de los servicios de salud."*

De acuerdo con la mencionada disposición, el Instituto es una corporación sin ánimo de lucro, creada, de acuerdo con la autorización, por el Ministerio de Protección Social, responsable de la evaluación de tecnologías en salud.

En igual sentido, la Ley 489 de 1998, "por la cual se dictaron 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 estableció la estructura y organización de la administración pública", la misma, dispuso:

"ARTÍCULO 95.- Asociación entre entidades públicas. Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de sus entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Sus Juntas o Consejos Directivos estarán integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos internos, los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su representante legal.

*Nota: (El artículo 95 fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-671 de 1999, bajo el entendido de que "las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género", sin perjuicio de que, en todo caso el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de los actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán los propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias. )*

*ARTÍCULO 96.- Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observación de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.*

*Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.*

*Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.*

*En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que de origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos:*

*a. Los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes;*

b. Los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas;

c. La participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad;

d. La integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los particulares;

-

e. La duración de la asociación y las causales de disolución." (Subrayado fuera de texto)

Respecto a lo establecido en la norma en cuanto a LAS CORPORACIONES Y FUNDACIONES DE PARTICIPACION MIXTA dispuso que "Sin perjuicio de lo que normas especiales tengan establecido para algunas de ellas, las personas jurídicas que se crean para fines de interés público o social, sin ánimo de 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." No obstante, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Sentencia de la Corte Constitucional C-372 de 1994.

Con respecto a la declaratoria de inexecutable del artículo mencionado anteriormente y a la pertenencia de las entidades de participación mixta a la estructura del Estado, la Corte Constitucional en sentencia C-230 de 1995, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell, afirmó:

"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 1994<sup>1</sup> 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 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 executable mediante sentencia No. C-506 del 10 de noviembre de 1994.

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.

“(…)”

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.

En otras palabras, si bien, en principio, la noción de servidor público del art. 123 se apoya en una concepción material, orgánica y funcional, porque es del hecho de la vinculación al servicio del Estado y del cumplimiento de las funciones que corresponden a un órgano como se deduce la condición de servidor público, al punto que la norma parte del supuesto que sólo los empleados y trabajadores del Estado y los miembros de las corporaciones públicas pueden tener el indicado carácter, esa no es una regla exhaustiva, como quedó expresado en la sentencia C-299 ya citada, porque es posible que el legislador pueda emplear dicha noción para cobijar, con determinados propósitos, a quienes desempeñan funciones públicas, a través de la administración o manejo de bienes o recursos públicos.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De acuerdo a la jurisprudencia, las personas jurídicas que se crean para fines de interés público o social, sin ánimo de 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. Así mismo indica la Corte que dichas entidades no han desaparecido del mundo jurídico como podría pensarse a raíz de la declaración de inexequibilidad de la Sentencia C-372 de 1994 y que, por no ser de creación legal las asociaciones y fundaciones de participación mixta se las considera bajo la denominación genérica de entidades descentralizadas por servicios, indirectas o de segundo grado.

La participación del Estado en la conformación de fundaciones, asociación o entidades sin ánimo de lucro, les dan a las entidades conformadas una naturaleza especial, pues si bien se rigen por el derecho privado no puede ser ajenas a las políticas del Estado.

Ahora bien, frente al régimen laboral y disciplinario de las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se constituyan en virtud de la asociación entre entidades públicas y particulares, esta Dirección considera importante recordar que el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, a través de concepto con Radicación número: 1348 del 5 de julio de 2001, Consejero Ponente: Augusto Trejos Jaramillo, señaló:

“(…)”

ARTÍCULO 6. DE LAS CORPORACIONES Y FUNDACIONES DE PARTICIPACIÓN MIXTA. Sin perjuicio de lo que las normas especiales tengan establecido para algunas de ellas, las personas jurídicas que se creen para fines de interés público o social, sin ánimo de 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”.*

La ley 489 de 1989, estatuto de la administración pública, mantuvo en parte el modelo de integración de la rama ejecutiva del poder público configurado en la reforma administrativa de 1968, con la división entre los sectores central y descentralizado.

El sector descentralizado por servicios está integrado, entre otros, por sociedades públicas e institutos científicos y tecnológicos (art. 38 num.2, letra e). Autoriza el referido estatuto, la asociación entre entidades públicas y entre éstas y personas jurídicas particulares, con el fin de procurar el desarrollo de actividades relacionadas con funciones asignadas por ley a entidades estatales (art. 96).

La descentralización, a su vez, puede ser: territorial, especializada o por servicios y, por colaboración. En la territorial se atribuyen funciones administrativas a entidades territoriales para que las cumplan en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad; en la especializada o por servicios las competencias administrativas se otorgan a organismos creados para ejecutar una determinada actividad y en la llamada por colaboración dichas funciones son desempeñadas por personas privadas.

En la descentralización especializada o por servicios, las entidades encargadas de lograr los fines del Estado pueden ser directas, cuando su creación es obra de la ley, la ordenanza o el acuerdo, o indirectas si surgen, previa autorización legal, por la voluntad asociativa de las entidades públicas entre sí o con la participación de particulares.

De conformidad con lo establecido en el artículo 1o. de los Estatutos, CORPOICA “es una entidad de participación mixta, de carácter científico y técnico sin fines de lucro, cuyo objeto es el desarrollo y ejecución de la investigación y la transferencia de tecnología agropecuarias” y su régimen jurídico es el previsto en el título XXXVI del libro 1o. del Código Civil -que se refiere a las corporaciones y fundaciones como personas jurídicas- y demás normas pertinentes del derecho privado.

Respecto de este tema la Corte Constitucional ha dicho:

*“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. . . . Las referidas corporaciones y fundaciones de participación mixta han sido reconocidas en nuestro derecho como entidades descentralizadas 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”.(Destaca la Sala).*

Por el contenido de las normas analizadas y la jurisprudencia citada, la Sala considera que CORPOICA es una corporación de participación mixta, que se rige por las normas del derecho privado. La forma de su creación y la calidad de las personas que en ella intervinieron -públicas y particulares-, hacen de ella una entidad descentralizada indirecta por servicios.

### 3. Régimen laboral y disciplinario

Como se desprende de las normas citadas, las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se constituyan en virtud de la asociación entre entidades públicas y particulares, están sometidas al mismo régimen de las corporaciones sin ánimo de lucro de carácter privado, es decir, a las normas previstas para éstas en el Código Civil y demás disposiciones sobre la materia.

En consecuencia, las personas que prestan sus servicios en dichas entidades no tienen el carácter de servidores públicos y en sus relaciones laborales se rigen por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo.

No obstante, para efectos de la celebración de contratos administrativos la ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación Administrativa, estableció:

*“ARTÍCULO 2. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley:*

*Se denominan entidades estatales*

*La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; así como los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, las entidades descentralizadas indirectas . . .*

*Se denominan servidores públicos*

*Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivos, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas.*

*(...)”.*

*(Destaca y subraya la Sala).*

Entonces, el referido Estatuto creó una excepción en relación con las personas que laboran en las asociaciones y fundaciones de participación mixta al prever que, para efectos de la contratación administrativa, tienen la calidad de servidores públicos los representantes legales y funcionarios que se desempeñen como directivos, asesores o en quienes se delegue la celebración de este tipo de contratos.

Sobre el tema, la Corte Constitucional expresó, en la sentencia anteriormente citada:

*“El encuadramiento de las corporaciones y fundaciones en la condición de entidades estatales y la clasificación de sus directivos como servidores públicos, para los efectos indicados, no modifican 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” (Negrillas de la Sala).*

*Sin embargo conviene precisar que el artículo 51 de la citada ley 80 determina:*

*“De la responsabilidad de los servidores públicos. El servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley “(Subraya la Sala).*

Por consiguiente, si para efectos de la contratación administrativa en las asociaciones y fundaciones de participación mixta, los representantes legales y funcionarios de los niveles directivos, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos, tienen la calidad de servidores públicos, a ellos les será aplicable la ley 200 de 1995 (Código Disciplinario).

Por otra parte concluye la Sala que, con la excepción anterior, en los demás casos a las personas que prestan sus servicios en CORPOICA no se les aplica el Código Disciplinario, toda vez que al tenor de lo dispuesto en el artículo 20 de la ley 200 de 1995, no son destinatarios de tal ley.”

Del anterior recuento jurisprudencial se reitera que, las corporaciones y fundaciones en la condición de entidades estatales y la calificación de sus directivos como servidores públicos para los efectos de contratación, no modifica ni la naturaleza de estas corporaciones ni la situación laboral particular de estos últimos, es decir de los representantes legales con las referidas entidades, porque unas y otros siguen sometidos al régimen de derecho privado que les es aplicable.

Por lo tanto, dando contestación a su consulta N° 1, la naturaleza jurídica de IETS es una corporación sin ánimo de lucro de naturaleza mixta, y se regirán por el régimen de derecho privado, creada por el ministerio de protección social y sometida a las normas previstas para las Corporaciones o Fundaciones, según el caso por el código civil y demás normas pertinentes. Además, en la constitución de la misma no se observa que se presente algún yerro ya que la ley 1438 de 2011 lo establece.

En cuanto a su consulta N° 2, como bien lo define la Corte constitucional este tipo de corporaciones *“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.”* En consecuencia, por ser la corporación una entidad descentralizada indirecta esta hace parte de la entidad que la creo en este caso el ministerio de Salud y protección social.

Respecto a la consulta N° 3 es potestad del Instituto determinar si es necesario o no la adecuación de sus estatutos, ya que no es de nuestra competencia señalar si es viable una reforma estatutaria con el fin de aclarar su naturaleza y el régimen jurídico que le es aplicable, adicionalmente si deciden hacerlo deberán sujetarse a lo establecido en la ley que autorizó su creación.

Finalmente dando contestación a su consulta N° 4, es de aclarar que el que fue autorizado para crear el Instituto de Evaluación Tecnológica en salud fue el Ministerio de Protección social hoy día Ministerio de Salud y protección social, aunque en el artículo 92 de la ley 1438 de 2011, expresa que *“ de la cual podrán hacer parte, entre otros, las sociedades científicas y la Academia Nacional de Medicina”*, igualmente la ley 489 de 1998 expresa *“ Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.”*; de lo anterior, que es tipo de corporaciones sin ánimo de lucro pueden asociarse a través de la celebración de convenios interadministrativos o por la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

En consecuencia, este Instituto hace parte del Ministerio de Salud y Protección Social y no al *Ministerio de Ciencia Tecnología e innovación*, esto como lo establece la ley 1438 de 2011 en su creación.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Adriana Sánchez

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. DECRETO [130](#) DE 1976. *Por el cual se dictan normas sobre sociedades de economía mixta.* Este decreto fue derogado por la ley [489](#) de 1998.
2. Sentencia [C- 230](#) del 25 de mayo de 1995.

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:08:46*