

000100

## I. ANTECEDENTES

Se indica por su Despacho que en cumplimiento de lo establecido en el Decreto 2702 de 2017 que establece las condiciones de habilitación financiera de las EPS y la medida de vigilancia especial, CAPITALSALUD EPS - S se encuentra adelantando el proceso de capitalización y ajuste a la composición accionaria, trámite que se encuentra pendiente en la Superintendencia Nacional de Salud.

Agrega que en este contexto envió al Secretario Distrital de Salud comunicación LJ-DG-CT- 020 - 2018 el 18 de enero de 2018, donde solicitó el apoyo y precisión sobre las acciones que se deben adelantar frente al Régimen previsto para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado en el manejo presupuestal y laboral.

Adicional a lo mencionado anteriormente, señala que es fundamental el concepto sobre el contexto legal y procedimental de cómo se debe manejar la transición entre la operación actual y los cambios que se originan producto del ajuste incluyendo los escenarios viables.

Según los Estatutos de CAPITALSALUD EPS - S, su naturaleza jurídica es la una Sociedad de Economía Mixta, con capital estatal inferior al 90%, siendo en la actualidad el Régimen acorde a su naturaleza jurídica el que aplica a sus actos y contratos. En efecto, el artículo 1 de los Estatutos indica:

**“ARTÍCULO 1.- DENOMINACIÓN, NACIONALIDAD, NATURALEZA Y RÉGIMEN:** *La sociedad será una sociedad comercial, del tipo de las sociedades por acciones simplificadas, de nacionalidad colombiana, de naturaleza mixta del orden distrital, sometida al régimen de las empresas promotoras de salud, conforme a las leyes de la República de Colombia, y por la ley comercial colombiana en cuanto a lo no previsto en estos Estatutos. Su denominación social es CAPITAL SALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO S.A.S., y podrá utilizar la sigla CAPITAL SALUD EPS-S S.A.S. (en adelante, la “Sociedad”).*

Según lo señalado en Acta No. XX de la Asamblea de Accionistas de fecha 22 de marzo de 2018, la EPS - S en la actualidad tiene una composición accionaria distribuida de la siguiente manera:

| ACCIONISTA              | No. ACCIONES   | PORCENTAJE %* |
|-------------------------|----------------|---------------|
| BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL | 40.001.264.800 | 88,9995274    |
| SALUD TOTAL EPS S.A.    | 4.944.215.200  | 11,0004726    |
| TOTAL                   | 44.945.480.000 | 100           |

\* Estos porcentajes corresponden a la participación accionaria actual, toda vez que la última capitalización de la sociedad que incrementa la participación del accionista Bogotá Distrito

Capital en \$30.000 millones está pendiente de aprobación por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.

Una vez sea aprobada la capitalización de la EPS-S por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, la composición accionaria cambiaría, pasando a más del 90% la participación del ente territorial, razón por la cual su Régimen pasaría a regirse por el de las Empresas Industriales y Comerciales, de conformidad con lo previsto en la Ley 489 de 1998.

## II. PROBLEMA JURÍDICO:

Determinar cuál es el contexto legal y procedimental de cómo se debe manejar por SALUDCAPITAL EPS-S, la transición entre la operación actual y los cambios que se originan producto de la capitalización y ajuste a la composición accionaria, incluyendo los escenarios viables.

## III. NORMATIVIDAD APLICABLE:

La Ley 489 de 1998 en cuanto a entidades descentralizadas dispone lo siguiente:

***“Artículo 68º.- Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.***

*Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente Ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.*

*Los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.*

***Parágrafo 1º.- De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial...”***(subrayado fuera de texto).

La Ley 489 de 1998 en cuanto a sociedades de economía mixta establece:

***“Artículo 97º.- Sociedades de economía mixta. Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o***

comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

Las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen.

**Parágrafo.- Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado**". (subrayado fuera de texto).

**"Artículo 102º.- Inhabilidades e incompatibilidades.** Los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, estarán sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, y responsabilidades previstas en el Decreto 128 de 1976 y demás normas que lo modifiquen o adicionen".

La misma Ley 489 sobre las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, establece lo siguiente:

**"Artículo 85º.- Empresas industriales y comerciales del Estado.** Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:

a. Personería jurídica;

b. Autonomía administrativa y financiera;

c. Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución.

El capital de las empresas industriales y comerciales del Estado podrá estar representado en cuotas o acciones de igual valor nominal.

A las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta, se les aplicará en lo pertinente los artículos 19, numerales 2, 4, 5, 6, 12, 13, 17, 27, numerales 2, 3, 4, 5, y 7, y 183 de la Ley 142 de 1994. (subrayado fuera de texto).

**Parágrafo.-** Las disposiciones legales que protegen el secreto industrial y la información comercial se aplicarán a aquellos secretos e informaciones de esa naturaleza que desarrollen y posean las empresas industriales y comerciales del Estado.

**Artículo 86º.- Autonomía administrativa y financiera.** La autonomía administrativa y financiera de las empresas industriales y comerciales del Estado se ejercerá conforme a los actos que las rigen; en el cumplimiento de sus actividades, se ceñirán a la ley o norma que las creó o autorizó y a sus estatutos internos; no podrán destinar cualquier parte de sus bienes o recursos para fines diferentes de los contemplados en la ley o en sus estatutos internos; además de las actividades o actos allí previstos, podrán desarrollar y ejecutar todos aquellos que sean necesarios para el cumplimiento del objeto asignado.

**Artículo 87º.- Privilegios y prerrogativas.** Las empresas industriales y comerciales del Estado como integrantes de la Rama Ejecutiva del Poder Público, salvo disposición legal en contrario, gozan de los privilegios y prerrogativas que la Constitución Política y las leyes confieren a la Nación y a las entidades territoriales, según el caso.

No obstante, las empresas industriales y comerciales del Estado, que por razón de su objeto compitan con empresas privadas, no podrán ejercer aquellas prerrogativas y privilegios que impliquen menoscabo de los principios de igualdad y de libre competencia frente a las empresas privadas (subrayado fuera de texto).

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

Por su parte la Ley 1150 de 2007 en los artículos 13 y 14 modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011 indican lo siguiente:

**“Artículo 13.** Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal(subrayado fuera de texto).

**Artículo 14.** Del Régimen Contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado. Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes”. (subrayado fuera de texto).

No obstante lo anterior, la Ley 1122 de 2007 en el artículo 45 establece un Régimen contractual diferente para las EPS públicas al señalar:

**“Artículo 45.** Régimen de contratación de EPS públicas. Las Empresas Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado y Contributivo Públicas, tendrán el mismo régimen de contratación que las Empresas Sociales del Estado” (subrayado fuera de texto).

La Ley 100 de 1993 en el numeral 6 del artículo 195 sobre el Régimen de Contratación de las ESE, establece lo siguiente:

**“ARTICULO. 195.-Régimen jurídico.** *Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico:*

(...)

6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública (subrayado fuera de texto).

El artículo 76 de la Ley 1438 de 2011 asignó al Ministerio de Salud y Protección Social la función de establecer los lineamientos para la gestión contractual de las ESE, al indicar:

**“Artículo 76. Eficiencia y transparencia en contratación, adquisiciones y compras de las Empresas Sociales del Estado.** *Con el propósito de promover la eficiencia y transparencia en la contratación las Empresas Sociales del Estado podrán asociarse entre sí, constituir cooperativas o utilizar sistemas de compras electrónicas o cualquier otro mecanismo que beneficie a las entidades con economías de escala, calidad, oportunidad y eficiencia, respetando los principios de la actuación administrativa y la contratación pública. Para lo anterior la Junta Directiva deberá adoptar un estatuto de contratación de acuerdo con los lineamientos que defina el Ministerio de la Protección Social.*

*Igualmente, las Empresas Sociales del Estado podrán contratar de manera conjunta sistemas de información, sistema de control interno, de interventorías, gestión de calidad y auditorías, de recurso humano y demás funciones administrativas, para el desarrollo de actividades especializadas, de tipo operativo y de apoyo que puedan cubrir las necesidades de la empresa, de forma tal que la gestión resulte más eficiente, con calidad e implique menor costo.*

*Estas instituciones podrán utilizar mecanismos de subasta inversa para lograr mayor eficiencia en sus adquisiciones*” (subrayado fuera de texto).

Es así como la Resolución 5185 de 2013 “*Por medio de la cual se fijan los lineamientos para que las Empresas Sociales del Estado adopten el estatuto de contratación que regirá su actividad contractual*” estableció, entre otros, lo siguiente:

**“Artículo 1°. Objeto.** Mediante la presente resolución se fijan los lineamientos generales para que las Empresas Sociales del Estado adopten sus respectivos estatutos de contratación, conforme al artículo 76 de la Ley 1438 de 2011. El estatuto regirá la actividad de la Empresa Social del Estado en el sistema de compras y contratación.

**Artículo 2°. Régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado.** El régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado es el régimen privado, conforme al numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, teniendo en cuenta el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, todas las Empresas Sociales del Estado deben aplicar los principios de la función administrativa y la sostenibilidad fiscal, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y sujetarse a los lineamientos fijados en la presente resolución” (subrayado fuera de texto).



La Ley 100 de 1993 define las EPS y sus requisitos, señalando además que estas pueden ser públicas, privadas o mixtas, así:

**“ARTICULO. 177.-Definición.** Las entidades promotoras de salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de solidaridad y garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de pago por capitación al fondo de solidaridad y garantía, de que trata el título III de la presente ley.

**ARTICULO. 180.-Requisitos de las entidades promotoras de salud.** La Superintendencia Nacional de Salud autorizará como entidades promotoras de salud a entidades de naturaleza pública, privada o mixta, que cumplan con los siguientes requisitos:

1. Tener una razón social que la identifique y que exprese su naturaleza de ser entidad promotora de salud.
2. Tener personería jurídica reconocida por el Estado.
3. Tener como objetivos la afiliación y registro de la población al sistema general de seguridad social en salud, el recaudo de las cotizaciones y la promoción, gestión, coordinación, y control de los servicios de salud de las instituciones prestadoras de servicios con las cuales atienda los afiliados y su familia, sin perjuicio de los controles consagrados sobre el particular en la Constitución y la ley...” (Subrayado fuera de texto).

En cuanto a las entidades públicas tenemos que el artículo 38 y 39 de la Ley 489 de 1998 establecen:

**“Artículo 38º.- Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional.** La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

(...)

2. Del Sector descentralizado por servicios:

- a. Los establecimientos públicos;
- b. Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- c. Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
- d. Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
- e. Los institutos científicos y tecnológicos;
- f. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;
- g. Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

**Parágrafo 1º.-** Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

**Parágrafo 2º.-** Además de lo previsto en el literal c) del numeral 1 del presente artículo, como organismos consultivos o coordinadores, para toda la administración o parte de ella, funcionarán con carácter permanente o temporal y con representación de varias entidades

estatales y, si fuere el caso, del sector privado, los que la ley determine. En el acto de Constitución se indicará al Ministerio o Departamento Administrativo al cual quedaren adscritos tales organismos.

**Artículo 39º.- Integración de la Administración Pública.** La Administración Pública se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado Colombiano” (subrayado fuera de texto).

La Jurisprudencia que en Sentencia C – 338 de 2011 de la H. Corte Constitucional, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, se indicó lo siguiente sobre las Sociedades de Economía Mixta:

“Como en otra oportunidad lo destacó la Corte, para la existencia de las sociedades de economía mixta no basta la autorización legal, “pues en atención a que son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales, es indispensable la celebración de un contrato entre el Estado o sus entidades y los particulares que van a ser parte de ellas”, de modo que “su organización es la propia de las sociedades comerciales” previstas en el Código de Comercio, sus estatutos son expedidos por los socios y están contenidos en el contrato social, no obstante lo cual “no son particulares”, sino organismos vinculados del nivel descentralizado, que hacen parte de la estructura de la Administración Pública.

En este sentido, la Corporación ha advertido que las sociedades de economía mixta, pese a su naturaleza jurídica específica, “no pierden su carácter de expresiones de la actividad estatal” y que, por lo tanto, “no es acertado sostener que la participación de particulares en la composición accionaria y la ejecución de actividades comerciales en pie de igualdad con las sociedades privadas sean motivo para excluir a las sociedades de economía mixta de la estructura del estado”.

La pertenencia a la estructura del Estado se evidencia en el aporte público para la constitución del capital social, así como en su condición de entidades descentralizadas que “como todas las demás entidades descentralizadas por servicios, según lo ha explicado tradicionalmente la teoría administrativa clásica, se ‘vinculan’ a la Rama Ejecutiva del Poder Público, es decir a la Administración Central” (subrayado fuera de texto).

En cuanto al Régimen de personal de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, el artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968, establece lo siguiente:

**“Artículo 5º.- Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales.** Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos” (subrayado fuera de texto).

Así mismo en cuanto al Régimen de personal de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado ha dicho la Jurisprudencia en Sentencia C-691 de 2007 de la H. Corte Constitucional, M.P. :Dra. Clara Inés Vargas, lo siguiente:

*“(…)La Corte, en varias decisiones ha referido explícitamente al régimen jurídico que cobija los actos propios de las empresas industriales y comerciales del Estado, y al respecto ha señalado que, (i) son entidades de naturaleza jurídica pública aunque por razón de su objeto sus actos se rigen por el derecho privado sin que por ello se elimine dicha naturaleza jurídica, (ii) en cuanto a su objeto institucional se rigen por las normas del derecho privado, (iii) son entidades estatales sujetas a las normas del derecho público aunque el legislador puede señalarles una regulación especial con remisión al derecho privado dada la naturaleza de las actividades que desarrollan, similares a las que ejecutan los particulares y al no comprender el ejercicio exclusivo de funciones administrativas, sin que ello signifique que su régimen sea estrictamente de derecho privado ni que se encuentren excluidas del derecho público ya que tienen un régimen especial que cobija ambas modalidades, (iv) se les ha señalado un objeto comercial específico cuyo desarrollo se sujeta al derecho privado atendiendo la similitud de las actividades que cumplen con las que desarrollan los particulares, por lo que se les otorga un tratamiento igualitario respecto a la regulación, imposición de límites y condicionamiento de sus actividades, y aplicación del respectivo régimen jurídico, en esta medida el precepto constitucional que consagra la libre competencia (art. 333) debe aplicarse en forma igualitaria tanto a las empresas particulares como a las que nacen de la actuación del Estado en el campo de la actividad privada, y (v) aunque se regulan por las normas y procedimientos de derecho privado y con un propósito lucrativo o rentable, se encuentran vinculadas a la administración pública.*

*Ahora bien. En relación con la calidad de las personas que laboran en las empresas industriales y comerciales del Estado, cabe recordar como ya se mencionó, que el artículo 123 de la constitución les asigna directamente la calidad de servidores públicos a “los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas...por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”. La Constitución también dispone que (i) al Presidente de la República corresponde nombrar a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales; en todo caso, el Gobierno tiene la facultad de nombrar y remover libremente a sus agentes (art. 189-13), (ii) son atribuciones del Gobernador nombrar y remover libremente a los gerentes o directores de las empresas industriales o comerciales del departamento (art. 305-5) y, (iii) son atribuciones del alcalde nombrar y remover a los gerentes o directores de las empresas industriales y comerciales de carácter local (art. 315-3).*

*Disposiciones constitucionales que han permitido a la Corte sostener que quienes trabajan para las empresas industriales y comerciales del Estado hacen parte de la definición de servidores públicos (art. 123), sujetos al régimen especial de*

*responsabilidades, inhabilidades e incompatibilidades (arts. 124, 126 y 127) y a las disposiciones que sobre la función pública y régimen disciplinario establezca el legislador (art. 125).*

*Debe recordarse que esta Corporación en sentencia C-283 de 2002, al realizar el control de constitucionalidad de algunas disposiciones de los decretos leyes 3135 de 1968, 1222 de 1986*



y 1333 de 1986, que asignan como regla general el carácter de trabajadores oficiales a las personas que laboran en las empresas industriales y comerciales del Estado en el orden nacional, departamental y municipal, las declaró exequibles, para lo cual tuvo como fundamento las consideraciones expuestas en la sentencia C-484 de 1995, que a su vez declaró exequible las expresiones “sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”, que forman parte del inciso 2 del artículo 5 del Decreto ley 3135 de 1968, que consagra, como excepción, la calidad de servidores públicos a quienes desempeñan actividades de dirección y confianza en las citadas empresas.

(...)

De igual forma, la mencionada sentencia C-283 de 2002, se soportó en la sentencia C-579 de 1996, que sostuvo que las personas que laboran para las empresas industriales y comerciales del Estado en principio tienen la calidad de trabajadores oficiales vinculados por una situación contractual de carácter laboral, siendo la excepción la posibilidad de tener la calidad de empleado público cuando se trata de tareas de dirección o confianza. Veamos lo señalado en dicha decisión:

“en principio quienes prestan sus servicios a una empresa calificada como industrial y comercial del Estado tienen la calidad de trabajadores oficiales vinculados por una situación contractual de carácter laboral. Es la excepción la posibilidad de ostentar la calidad de empleado público, y para determinarla se ha adoptado el criterio de la actividad o función, pues sólo si se trata de tareas de dirección o confianza podrá darse ésta, regida por una relación legal y reglamentaria. Pero además, es necesario que en los estatutos de la respectiva empresa se indique qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por empleados públicos...No hay duda pues, de que al asumir el organismo oficial la forma de empresa industrial y comercial del Estado, los actos y funciones inherentes a la atención de los servicios públicos del mismo, deben ser realizados, por regla general, por trabajadores vinculados por contrato de trabajo, con las prerrogativas laborales elevadas a canon constitucional en la Carta Fundamental de 1991, que garantizan el derecho de negociación colectiva, con las excepciones que señale la ley” (Subrayas fuera del texto original).

Para efectos de la Planta de Empleos y Manual de Funciones le aplica a CAPITAL SALUD EPS - S el Decreto Nacional 1083 de 2015 que en sus artículos 2.1.1.1 y 2.2.2.6.1 establece:

**“ARTÍCULO 2.1.1.1. Objeto.** El presente decreto compila en un sólo cuerpo normativo los decretos reglamentarios vigentes de competencia del sector de la función pública, incluidos los atinentes a las siguientes materias: empleo público; funciones, competencias y requisitos generales para los empleos públicos de los distintos niveles jerárquicos de los organismos y entidades del orden nacional y territorial; administración de personal, situaciones administrativas; capacitación; sistema de estímulos; retiro del servicio; reformas de las plantas de empleos; gerencia pública; comisiones de personal; Sistema de Información y Gestión del Empleo Público - SIGEP; sistemas específicos de carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, de las Superintendencias y de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, AEROCIVIL; Sistema de Control Interno; Modelo Integrado de Planeación y Gestión; Sistema de Gestión de Calidad; Trámites; Premio Nacional de Alta Gerencia y Banco de Éxitos; régimen de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, entidades territoriales y entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa por ciento (90%) del capital social, estándares mínimos para

*elección de personeros municipales; designación de los directores o gerentes regionales o seccionales o quienes hagan sus veces en los establecimientos públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional; designación del comisionado de la Comisión Nacional del Servicio Civil; normas relativas al trabajador oficiales; y cesantías para los Congresistas” (subrayado fuera de texto).*

**“ARTÍCULO 2.2.2.6.1. Expedición.** *Los organismos y entidades a los cuales se refiere el presente Título expedirán el manual específico de funciones y de competencias laborales describiendo las funciones que correspondan a los empleos de la planta de personal y determinando los requisitos exigidos para su ejercicio.*

*La adopción, adición, modificación o actualización del manual específico se efectuará mediante resolución interna del jefe del organismo o entidad, de acuerdo con las disposiciones contenidas en el presente Título.*

*Corresponde a la unidad de personal, o a la que haga sus veces, en cada organismo o entidad, adelantar los estudios para la elaboración, actualización, modificación o adición del manual de funciones y de competencias laborales y velar por el cumplimiento de las disposiciones aquí previstas.*

**Parágrafo 1.** *La certificación de las funciones y competencias asignadas a un determinado empleo debe ser expedida únicamente por el jefe del organismo, por el jefe de personal o por quien tenga delegada esta competencia.*

**Parágrafo 2.** *El Departamento Administrativo de la Función Pública brindará la asesoría técnica necesaria y señalará las pautas e instrucciones de carácter general para la adopción, adición, modificación o actualización de los manuales específicos.*

*Igualmente, este Departamento Administrativo adelantará una revisión selectiva de los manuales específicos de funciones y de competencias laborales de los organismos y las entidades de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, para verificar el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo. Las entidades deberán atender las observaciones que se efectúen al respecto y suministrar la información que se les solicite”.*

**“ARTICULO 2.2.3.8. Contenido del Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales.** *El manual específico de funciones y de competencias laborales deberá contener como mínimo:*

- 1. Identificación y ubicación del empleo.*
- 2. Contenido funcional: que comprende el propósito y la descripción de funciones esenciales del empleo.*
- 3. Conocimientos básicos o esenciales.*
- 4. Requisitos de formación académica y experiencia”.*

El Decreto Nacional 815 de 2018, establece lo siguiente:

**“Artículo 2.2.4.11 Asesoría a las entidades territoriales.** *Con el objeto de garantizar el cumplimiento y las condiciones de ajuste de los manuales específicos de funciones y de competencias laborales en el nivel territorial, en los términos previstos en el presente decreto, el Departamento Administrativo de la Función Pública determinará los lineamientos generales*

*para el desarrollo de un programa especial de asistencia territorial, que deberá ejecutar la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP)”.*

#### **IV. - ANALISIS JURÍDICO:**

Acorde a la normatividad antes transcrita y a la jurisprudencia, tenemos que de conformidad con el parágrafo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, *“Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado”*. De tal manera, que una vez sea aprobada la capitalización y nueva composición accionaria de la EPS \_ S por la Superintendencia Nacional de Salud, **automáticamente** su Régimen cambia en cuanto a las actividades y servidores, siendo aplicable el de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. Es así como la fecha que marca el inicio de su nuevo Régimen aplicable es la fecha en que quede en firme la providencia expedida por la Superintendencia Nacional de Salud que aprueba e indica el porcentaje superior al 90% del aporte de la entidad territorial, Distrito Capital.

En virtud de lo anterior, es dable señalar que no existe Régimen de Transición por cuanto la Ley no dice nada al respecto, de tal manera que SALUDCAPITAL EPS – S, debe iniciar desde ya sus actos preparatorios para adoptar el Régimen que corresponde en cuanto a su actividad y servidores, que es el aplicable a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

Ergo, esta Oficina Asesora Jurídica sugiere que desde ya se deben iniciar las acciones y proceder a elaborar todos los documentos pertinentes y necesarios para ajustarse al Régimen de las Empresas Industriales y Comerciales a efectos de que se adopten por quien corresponda una vez sea expedido y notificado el acto administrativo que establece el nuevo porcentaje de participación del Estado superando el 90%, con lo cual quedará en firme.

En cuanto al *“Régimen de los actos”* señala el artículo 93 de la Ley 489 de 1998 que: *“Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado”*.

En cuanto al *“Régimen de los servidores”* señala el artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968 que: *“Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”*.

Por tanto, los trabajadores oficiales deben ser vinculados mediante contrato de trabajo y los empleados públicos mediante acto de nombramiento, debiendo previamente adoptar la

Planta de Empleos y el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales, de conformidad con lo previsto en los Decretos 1083 de 2015 y 815 de 2018.

En cuanto al “*Régimen de los Contratos*”, se considera que CAPITALSALUD EPS – S, al aprobarse la nueva capitalización que modifica el porcentaje de participación del Distrito Capital en más del 90%, debe regirse por el Régimen contractual aplicable a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado previsto en el parágrafo del artículo 93 de la Ley 489 de 1998 en concordancia con el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011.

## **V.- CONCLUSIÓN**

SALUDCAPITAL EPS - S, debe iniciar desde ya sus actos preparatorios para adoptar el Régimen que corresponde en cuanto a su actividad y servidores, que es el aplicable a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, lo cual presupone de antemano la modificación de sus estatutos en lo pertinente.

Es así que en cuanto al “*Régimen de los actos*” señala el artículo 93 de la Ley 489 de 1998 que: “*Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado*”.

En cuanto al “*Régimen de los servidores*” señala el artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968 que: “*Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos*”.

Por tanto, debe la EPS - S adoptar la Planta de Empleos previo estudio técnico y económico que se debe elaborar siguiendo la metodología establecida por el Departamento Administrativo de la Función Pública, no siendo por ley requerido concepto previo de éste. Cualquier asesoría en el tema se debe solicitar a la ESAP, entidad a quien la ley asigna esta labor. En la Planta de Empleos debe señalarse que empleos se consideran de manejo y confianza, quienes se designen para ejercer éstos tendrán la calidad de empleados públicos y se vincularán mediante nombramiento y posesión. Los demás empleos corresponden a los trabajadores oficiales, quienes deben ser vinculados mediante contrato de trabajo.

En cuanto al “*Régimen de los Contratos*”, se considera que CAPITALSALUD EPS – S, al aprobarse la nueva capitalización que modifica el porcentaje de participación del Distrito Capital en más del 90%, debe regirse por el Régimen contractual aplicable a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado previsto en el parágrafo del artículo 93 de la Ley 489 de 1998 en concordancia con el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011.



ALCALDÍA MAYOR  
DE BOGOTÁ D.C.  
SECRETARÍA DE SALUD

El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 del CPACA, no tiene efectos vinculantes, pudiendo ser acogido o no, tal como lo indica el H. Consejo de Estado en providencia de fecha 22 de abril de 2010. Radicación 11001 0324 000 2007 00050 01 C. P.: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA al señalar: *“Como todo concepto jurídico no obligatorio jurídicamente, se trata de una opinión, apreciación o juicio, que por lo mismo se expresa en términos de conclusiones, sin efecto jurídico directo sobre la materia de que trata, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, en este caso, para la consultante, sobre las cuestiones planteadas por ella. De allí que las autoridades a quienes les corresponda aplicar las normas objeto de dicho concepto, no están sometidas a lo que en él se concluye o se opina, de modo que pueden o no acogerlo, sin que el apartarse del mismo genere consecuencia alguna en su contra”*.

Cordialmente,

**PAULA SUSANA OSPINA FRANCO**  
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Elaboro: Luz Inés Sandoval E/Abogada OAJ

Cra. 32 No. 12-81  
Tel.: 364 9090  
[www.saludcapital.gov.co](http://www.saludcapital.gov.co)  
Info: 364 9666



**BOGOTÁ  
MEJOR  
PARA TODOS**