



000100

I. ANTECEDENTES

La representación Legal de CAPITAL SALUD EPS-S SAS, en su petición hace una exposición normativa aduciendo que conforme al Acuerdo 641 de 2016, *“la Red Integrada de Servicios de Salud del Distrito Capital está integrada por las cuatro Subredes y Capital Salud EPS-S SAS, quien actúa en el Comité Directivo de dicha red para la coordinación y articulación de esta.”*, menciona igualmente el contenido del parágrafo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998 citando *“que regula algunos aspectos de contratación, personal y presupuesto definiendo que el marco jurídico de las actividades y de los trabajadores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de las entidades territoriales sea igual o superior al noventa (90%) del capital social será el de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (EICE)”*, así mismo, refiere la Ley 1966 de 2019 mencionando que *“definió en su artículo 7, la reorganización y racionalización de las redes prestadoras de servicios de salud, estableciendo en su parágrafo segundo, aspectos puntuales sobre contratación y personal a los cuales se someterán las redes prestadoras de servicios de salud, preceptuando: “ (...) Parágrafo 2. El régimen de contratación, venta de servicios y vinculación de personal de las Sociedades de Económica Mixta, integrantes del sistema general de seguridad social en salud, será de Derecho Privado.”*, agrega que del contenido del artículo 93 de la Ley 489 de 1998 se puede establecer que el régimen jurídico de los actos de las EICE se sujetara a las disposiciones del derecho privado y las concernientes a los contratos se sujetara a las disposiciones del Estatuto General de Contratación, no obstante que la ley 1150 de 2007 modificada por la Ley 1474 de 2011 precisa que el régimen contractual de las EICE y las Sociedades de Economía Mixta que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, o desarrollen su actividad en mercados regulados, se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales.

Continua la pretendiente anunciando que *“son varias las normas que regulan las materias de contratación que deben observar las Sociedades de Economía Mixta, siendo la más reciente la Ley 1966 de 2019, donde adicionalmente se determina que el tema de personal será el del sector privado”*; advierte que *“una vez verificada la normatividad descrita considera indispensable para CAPITAL SALUD EPS-S SAS establecer si al hacer parte de la Red Integrada de Servicios de Salud del Distrito Capital le es aplicable lo preceptuado en el parágrafo segundo del artículo 7 de la Ley 1966 de 2019 y en consecuencia puede determinarse que esta norma deroga tácitamente lo definido en la ley 489 de 1998 o si por ser una norma especial en aplicación del principio de especificidad, le es aplicable prima facie la disposición que regula los asuntos en el sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), por ser actor del mismo y solo se dará observancia a la norma general ante el vacío de la norma especial que le rige en su naturaleza de sociedad de Economía mixta, ser actor del SGSSS y ser parte de la Red Integrada de Servicios de Salud del Distrito capital.”* Finaliza refiriendo la solicitud del concepto por parte de esta oficina a fin de dar respuesta a los siguientes interrogantes:



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE SALUD

1. ¿Debe Capital Salud EPS-S SAS, al ser parte de la Red Integral de servicios de Salud del Distrito Capital, dar aplicación a lo establecido en el párrafo segundo del artículo 7 de la Ley 1966 de 2019 y en consecuencia, continuar frente a los asuntos de contratación y vinculación de personal bajo el régimen privado?
2. ¿Existe una modificación de los establecidos en el párrafo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, por lo cual Capital Salud EPS-S SAS debe observar la norma posterior y especial y que regula las materias de contratación y vinculación de sus trabajadores?
3. ¿En razón de lo preceptuado por el párrafo segundo del artículo 7 de la Ley 1966 de 2019, y al tratarse de una norma especial de aplicación a esta EPS por ser parte de la red integrada de servicios de Salud del Distrito Capital, prima sobre la norma general que regula las mismas materias?
4. ¿Cuál sería entonces el régimen aplicable para la selección, vinculación y en colaboradores, el definido en el párrafo 2 del artículo 7 de la Ley 1966 de 2019 o el que corresponde a una EICE según el párrafo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998?
5. ¿En caso de que la relación con el personal sea la de derecho privado, como se efectuaría el manejo del presupuesto de la entidad, bajo el entendido que el régimen de sus actividades debe ser de una EICE?, ¿Quién sería el funcionario encargado de administrar el presupuesto, ordenamiento del gasto y demás actividades propias de la gestión presupuestal de la EPS-S?

II. PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico planteado puntualmente por la solicitante es el siguiente:

¿A CAPITAL SALUD EPS EPS-S SAS, al hacer parte de la Red Integrada de Servicios de Salud del Distrito Capital le es aplicable lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 7 de la Ley 1966 de 2019 y en consecuencia puede determinarse que esta norma deroga tácitamente lo definido en la ley 489 de 1998 o si por ser una norma especial en aplicación del principio de especificidad, le es aplicable prima facie la disposición que regula los asuntos en el sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), por ser actor del mismo y solo se dará observancia a la norma general ante el vacío de la norma especial que le rige en su naturaleza de sociedad de Economía mixta, ser actor del SGSSS y ser parte de la Red Integrada de Servicios de Salud del Distrito Capital?.

III. NORMATIVIDAD APLICABLE

• CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

“ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía,



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE SALUD

celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

ARTICULO 210. *Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.*

Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

La ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes.”

- **CODIGO CIVIL COLOMBIANO**

Artículo 30. INTERPRETACION POR CONTEXTO. *El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.*

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.

Artículo 71. CLASES DE DEROGACION. *La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.*

Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación de una ley puede ser total o parcial.

Artículo 72. ALCANCE DE LA DEROGACION TACITA. *La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley.*

- **DECRETO LEY 3135 DE 1968¹**

Artículo 5. 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.

¹ por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.



• **LEY 489 DE 1998.**²

Artículo 38. 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 1. 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.

Artículo 93. 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.

Artículo 97. 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. (Resaltado fuera de texto)

Artículo 101. Transformación de las sociedades en empresas. Cuando las acciones o cuotas sociales en poder de particulares sean transferidas a una o varias entidades públicas, la sociedad se convertirá, sin necesidad de liquidación previa, en empresa industrial y comercial o Sociedad entre entidades públicas. Los correspondientes órganos directivos de la entidad procederán a modificar los estatutos internos en la forma a que hubiere lugar.

Artículo 102. 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

² 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



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE SALUD

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.

- **ACUERDO 641 DE 2016³**

ARTÍCULO 25. Red integrada de servicios de salud. La oferta pública de prestación de servicios de salud, del Distrito Capital, se organizará en una Red Integrada de Servicios de Salud, que se estructura a través de cuatro subredes que correspondan a cada una de las ESES resultantes de la fusión ordenada en el presente Acuerdo.

Las subredes se organizarán en servicios ambulatorios y hospitalarios en todos los niveles de complejidad.

PARÁGRAFO. La coordinación y articulación de la red integrada de servicios de salud se realizará a través de un Comité Directivo de Red integrado por el Secretario Distrital de Salud, los gerentes de cada una de las ESE, el gerente de Capital Salud EPS y el gerente de la Entidad Asesora de Gestión Administrativa y Técnica.

- **DECRETO DISTRITAL 714 DE 1996⁴**

ARTÍCULO 2º. De la Cobertura del Estatuto. El presente Estatuto consta de dos (2) niveles: Un primer nivel que corresponde al Presupuesto Anual del Distrito Capital que comprende el Presupuesto del Concejo, la Contraloría, la Personería, la Administración Central Distrital y los Establecimientos Públicos Distritales que incluyen a los Entes Autónomos Universitarios.

El Presupuesto General del Distrito incluirá el Presupuesto de los Fondos de Desarrollo Local y el Presupuesto de las Empresas Industriales y Comerciales y Sociedades de Economía Mixta con el régimen de aquellas, del Distrito Capital. (resaltado fuera de texto)

- **DECRETO 662 DE 2018⁵**

ARTÍCULO 1. CONTENIDO Y CAMPO DE APLICACIÓN. El presente Decreto constituye el reglamento que regula el proceso presupuestal de las entidades descentralizadas vinculadas al nivel central, Empresas Sociales del Estado o Empresas Distritales no financieras, a que se refiere el artículo 2º del Estatuto Orgánico del Presupuesto, Decreto Distrital 714 de 1996.

Dentro de estas empresas se encuentran: Empresas Industriales y Comerciales del Distrito (EICD) societarias y no societarias, Sociedades Públicas, Sociedades de Economía Mixta sujetas al régimen de EICD, Sociedades Limitadas o por Acciones Públicas del orden Distrital sujetas al régimen de EICD, Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios en cuyo capital el Distrito o sus entidades descentralizadas posean el 90% o más y, Empresas Sociales del Estado (ESE) constituidas como una categoría especial de entidad pública descentralizada del orden Distrital. (resaltado fuera de texto)

³ Por el cual se efectúa la reorganización del Sector Salud de Bogotá, Distrito Capital, se modifica el Acuerdo 257 de 2006 y se expiden otras disposiciones

⁴ Por el cual se compilan el Acuerdo 24 de 1995 y Acuerdo 20 de 1996 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto Distrital

⁵ Por el cual se reglamenta y se establecen directrices y controles en el proceso presupuestal de las empresas Distritales



IV. ANALISIS JURIDICO

1.- Las Empresas Sociales del Estado son una categoría especial de entidad pública descentralizada, creadas por disposición de la Ley 100 de 1993, para la prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales.

El régimen de jurídico de las Empresas Sociales del Estado, es el previsto en la Ley 100 de 1993 y su Decreto reglamentario 1876 de 1994.

Dicho régimen jurídico determina, entre otros aspectos, que las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, que en materia contractual se regirán por el derecho privado, pero podrán discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública y que el régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto.

2.- Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, de conformidad con el artículo 85 de la ley 489 de 1998, son creadas por la ley, o autorizadas por esta. En el orden departamental, municipal y Distrital, conforme a los artículos 300, numerales 7 y 11 de la Constitución Política, son creadas por las asambleas y concejos, igualmente podrán ser creadas por los Gobernadores y Alcaldes cuando estuvieren autorizados por las asambleas y concejos, respectivamente.

El régimen jurídico de las Empresas industriales y comerciales del Estado, es el del derecho privado y por encontrarse su operación, por mandato legal, regida bajo las reglas de Derecho Privado, a dichas empresas se les aplican las normas del Derecho Civil y Comercial dependiendo de la actividad que desarrollen. Igualmente, se les aplica en parte, el Derecho Laboral común, es decir, el Código Sustantivo del Trabajo; a este respecto el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968⁶ estableció *“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”*.

En estas empresas se da aplicación de las reglas de derecho público en lo concerniente a su creación, organización, control fiscal, y sus relaciones con la administración, igualmente en todo lo referente a las funciones que ejercen de carácter administrativo atribuidas por el Estado.

3.- Las Sociedades de economía mixta, en virtud de lo dispuesto en el artículo 97 de la ley 489 de 1998, 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

⁶ Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE SALUD

Privado, salvo las excepciones que consagre la ley, y cuando quiera que en las mismas el aporte de la Nación, de las entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social, los regímenes relativos a las actividades y de los servidores, será el mismo régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado.

4.- En virtud del régimen jurídico que la ley les ha reconocido a las Empresas Sociales del Estado y que tanto desde la Ley 100 de 1993 como en las leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011 han definido y establecido una serie de reglas en favor de las mismas para el cumplimiento de su finalidad legal que es la prestación de servicios de salud en forma directa, resulta claro que dichas reglas y prerrogativas se han erigido en función exclusiva de dichas empresas y no de las otras entidades descentralizadas como es el caso de las empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta, las cuales cuentan con regímenes especiales también previstos legalmente.

Dichas reglas se han concebido y plasmado en normas de rango legal, en función de las empresas sociales del estado como instituciones prestadoras del servicio de salud, que en tal virtud hacen parte de uno de los integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud, esto es, de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, públicas, mixtas o privadas (numeral 3 del artículo 155 de la Ley 100 de 1993). De manera que estas reglas se han establecido en función y respecto de la red de prestadores de servicios de salud, no de las entidades aseguradoras - EPS, que como entidades que hacen parte de los organismos de administración y financiación del sistema (numeral 2, literal a) del artículo 155 de la Ley 100 de 1993) y también son responsables del aseguramiento, no tienen a su cargo la prestación directa de servicios de salud y ese es el alcance tanto de los artículos 60, 61 y 62 de la Ley 1438 de 2011 como del artículo 7 y del parágrafo 2o de la Ley 1966 de 2019.

Incluso cuando el legislador lo ha considerado necesario, aunque de manera excepcional, ha hecho extensivo, en forma expresa, alguno de los aspectos propios del régimen legal de las empresas sociales del estado a algunas otras personas jurídicas, pero solo de derecho público, como es el caso del artículo 45 de la Ley 1122 de 2007, el cual dispuso que las Empresas Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado y Contributivo Públicas tendrían el mismo régimen de contratación que las Empresas Sociales del Estado.

5.- En el contexto normativo analizado, resulta evidente que la previsión del artículo 7o de la Ley 1966 de 2019, se encuentra dispuesta en función de las instituciones prestadoras del servicio de salud (categoría de la cual hacen parte las Empresas Sociales del Estado), que en tal virtud hacen parte de uno de los integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud, esto es, de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud como responsables de la oferta de prestación de servicios de salud en los respectivos Departamentos, Distritos y Municipios de su jurisdicción.

Ello es tan claro que el citado artículo dispone que son los Departamentos, en coordinación con los Municipios de su jurisdicción, y los Distritos, los responsables de reorganizar la oferta de prestación de servicios de salud teniendo en cuenta los prestadores públicos, privados y mixtos, de promover la racionalización de servicios y el control de la oferta de los mismos en su territorio, **privilegiando la red pública** y



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE SALUD

atendiendo los principios de transparencia, coordinación, concurrencia, complementariedad, eficiencia, responsabilidad, austeridad y asociación, así como las normas que hacen parte del régimen de protección de la libre competencia en materia del control de integraciones empresariales y además las normas especiales que aplican al sector salud sobre tales materias. Así mismo, de manera específica y concreta establece que el resultado de estos procesos **podrá ser la conformación o reorganización de Empresas Sociales del Estado** con Unidades Prestadoras de Servicios de Salud, del orden departamental, distrital o municipal, que puedan tener una administración común, responsables de la prestación de los servicios de salud en los diferentes niveles de complejidad.

De otro lado de la revisión de la exposición de motivos de la Ley 1966, no existe argumento que permita inferir que el espíritu del legislador quiso regular el régimen de empleos de las sociedades de economía mixta.

6.- En cuanto a las redes integradas de servicios de salud, debe recordarse que estas se definen por la ley, como el conjunto de organizaciones o redes que prestan servicios o hacen acuerdos para prestar servicios de salud individuales y/o colectivos, más eficientes, equitativos, integrales, continuos a una población definida y como es claro que el Distrito Capital ni ninguna otra entidad del orden nacional o territorial están autorizados para prestar servicios de salud en forma directa sino a través de las Empresas Sociales del Estado del respectivo orden, como tampoco las Entidades Promotoras de Salud están habilitadas legalmente para prestar servicios de salud en forma directa pues dicha función es ejercida por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (categoría a la cual pertenecen las Empresas Sociales del Estado).

De acuerdo con lo anterior, mal podría considerarse que por pertenecer el Gerente de Capital Salud EPS-S S.A.S., al Comité Directivo de Red conformado con el fin de realizar la coordinación y articulación de la red integrada de servicios de salud del Distrito conforme lo preceptúa el Acuerdo 641 de 2016, se asimila o convierte en prestador de servicios de salud y en tal virtud se hace destinatario de la previsión del parágrafo 2º del artículo 7º de la Ley 1966 de 2019, lo cual podría también en la misma línea discursiva predicarse del Secretario Distrital de Salud y del Gerente de la Entidad Asesora de Gestión Administrativa y Técnica - EAGAT, señalamiento o conclusión que por supuesto resulta jurídicamente improcedente.

Efectuada la anterior exposición es oportuno discurrir sobre la posibilidad de que el parágrafo 2 del artículo 7 tenga el efecto de derogar La Ley 489 de 1998 en lo concerniente a las sociedades de economía mixta, para lo cual revisaremos el articulado que se ocupa de estas y que tienen relación con el tema desarrollado:

- El artículo 38 referente a la integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional, contempla en su numeral 2 inciso f. a las Sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, especificando en su parágrafo 1, que las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más se someten al régimen previsto para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE SALUD

- El artículo 97 de la mencionada Ley refiere que las sociedades de economía mixta (...) “desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial conforme a las reglas de Derecho privado, salvo las excepciones consagradas en la ley”, y de igual manera detalla en el párrafo que 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 igual manera el artículo 102 ibídem referente a inhabilidades e incompatibilidades, puntualiza a 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 estarán sujetas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y responsabilidades previstas en el Decreto 128 de 1976.

Vemos como el recuento normativo permite concluir que el legislador al regular las sociedades de economía mixta diferencia las que tienen un aporte público del noventa por ciento (90%) o más. El anterior tratamiento lo vislumbramos de la misma forma en otras normas que hacen referencia a estas sociedades y que las aluden de la siguiente manera:

- El Decreto 0111 de 1996 ⁷ a lo largo de su articulado menciona a “las sociedades de economía mixta con régimen de empresa industrial y comercial del Estado” entre otros en los artículos 3, 23, 26, 31, 92, 93 y 96.
- El artículo 2 de la Ley 714 de 1996⁸ referente a la cobertura del estatuto menciona: “El Presupuesto General del Distrito incluirá el Presupuesto de los Fondos de Desarrollo Local y el Presupuesto de las Empresas Industriales y Comerciales y Sociedades de Economía Mixta con el régimen de aquellas, del Distrito Capital.” (resaltado fuera de texto)
- El artículo 10 ibídem referente a las funciones del Consejo Distrital de Política Económica y Fiscal –CONFIS aduce:
“e) Aprobar y modificar mediante Resolución el Presupuesto de Ingresos y Gastos de las Empresas Industriales y Comerciales del Distrito Capital y las Sociedades de Economía Mixta con el régimen de aquellas.
(...)
h) Determinar la cuantía de los excedentes financieros de los Establecimientos Públicos Distritales, de los Fondos de Desarrollo Local, de las Empresas Industriales y Comerciales del Distrito Capital y de las Sociedades de Economía Mixta con el régimen de aquellas, que harán parte de los recursos de capital del Presupuesto Anual del Distrito Capital, así como su distribución. (resaltado fuera de texto)

En ese mismo sentido el concepto 242991 de 2016 emitido por el Departamento Administrativo de la Función pública aclara:

⁷ Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto

⁸Por el cual se compilan el Acuerdo 24 de 1995 y Acuerdo 20 de 1996 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto Distrital



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE SALUD

“(..). De conformidad con lo anterior, toda sociedad de economía mixta cuenta con aportes del estado y capital privado, ahora bien, teniendo en cuenta que la sociedad de economía mixta de su comunicación no indica el tipo de participación, se tiene que cuando dicha sociedad tiene una participación estatal inferior al 89.99% en el capital, las mismas rigen su actividad, así como, su vinculación laboral por las disposiciones contenidas en el derecho privado, por lo que, sus trabajadores se rigen por las normas del Código Sustantivo de Trabajo, si la participación estatal es superior al 90% en el capital su actividad así como su vinculación laboral se dispondrá por las normas del derecho público.”

De la misma manera la Corte Constitucional en sentencia C-736 de 2007 Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, dispuso:

“El legislador está revestido de facultades para señalar el régimen jurídico y el régimen de responsabilidad de los servidores públicos de las entidades descentralizadas, y al hacerlo bien puede introducir diferencias fundadas en el porcentaje de capital público presente en dichas entidades. El presente caso, el legislador ha señalado que si en las sociedades de economía mixta el Estado no tiene una inversión que supere el noventa por ciento (90%) del capital, es decir si tiene el ochenta y nueve por ciento (89%) o menos de tal capital, o si en las empresas de servicios públicos el capital social no es totalmente público, el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas no se aplicará a tales servidores, como tampoco a sus Gerentes, Directores o Presidentes.”

Para continuar con este análisis será necesario entrar a considerar lo dispuesto por el artículo 71 del Código Civil Colombiano concordante con lo manifestado por la Corte Constitucional en referencia a la derogatoria tácita:

“La derogatoria es aquel efecto de una ley, determinante de la pérdida de vigencia de otra ley anterior, la cual puede ser expresa o tácita. Este último evento tiene lugar al menos en dos hipótesis: (i) cuando una norma jurídica posterior resulta incompatible con una anterior, o (ii) cuando se produce una nueva regulación integral de la materia. Así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Corporación al señalar que la derogatoria de una ley puede ser expresa, tácita o por reglamentación integral (orgánica) de la materia, sucediendo la primera cuando la nueva ley suprime formal y específicamente la anterior; la segunda cuando la nueva ley contiene disposiciones incompatibles o contrarias a la de la antigua, y la tercera cuando una ley reglamenta toda la materia regulada por una o varias normas precedentes, aunque no haya incompatibilidad entre las disposiciones de éstas y las de la nueva ley.”⁹

Con base en la anterior argumentación debemos sopesar principalmente si el parágrafo 2 del artículo 7 de la Ley 1966 de 2019:

- Resulta incompatible o contraria con la Ley 489 de 1998
- Regula integralmente la materia tratada en la Ley 489 de 1998 aunque no haya incompatibilidad entre las disposiciones

Revisado el contenido del mandato consagrado en el parágrafo 2 del artículo en mención aduce:

⁹ Sentencia C-668/14- Corte Constitucional



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE SALUD

“El régimen de contratación, venta de servicios y vinculación de personal de las sociedades de economía mixta, integrantes del sistema de seguridad social en salud, será de derecho privado.”

Efectuando un paralelo con el artículo 97 de la Ley 489 de 1998, norma que se refiere al asunto específicamente menciona:

*“**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.”*

De la observación conjunta de las normas se puede verificar que la nueva no **regula integralmente la materia tratada por la antigua** ya que el artículo 97 está regulando la naturaleza jurídica y conformación de las sociedades de economía mixta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y en su párrafo norma el régimen de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta con aporte público de más del 90%.

Tampoco esa nueva norma es incompatible o contraria con la antigua pues si revisamos, el párrafo 2 del artículo 7 se refiere no a todas las sociedades de economía mixta tratadas en el artículo 97, refiere solamente a las sociedades de economía mixta integrantes del sistema de seguridad social en salud.

Lo anterior sin duda nos permite concluir que no se cumplen los escenarios dispuestos por el artículo 71 del Código Civil y por la jurisprudencia anotada, para configurar una derogatoria tacita sobre la Ley 489 de 1998; quedando en nuestro concepto vigentes y aplicables.

De otro lado y dando aplicando la interpretación sistemática, dispuesta en el artículo 30 del Código Civil Colombiano dentro de la cual el derecho hace parte de un sistema debiendo analizarse como parte del mismo y por lo tanto la aplicabilidad de la norma se hará basada en el sistema a que pertenece, aduciendo “que el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.”; y conforme al recuento normativo que se ha efectuado en el presente estudio se encuentra como ya lo hemos mencionado que el legislador se ha esforzado en diferenciar a las sociedades de economía mixta con régimen de empresa industrial y comercial es decir las que tienen un patrimonio público de más del 90%, de las que no están sujetas a ese régimen; por ende contextualizando la nueva norma varias veces citada, párrafo 2



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE SALUD

artículo 7 de la Ley 1666 de 2019 solamente refiere a las sociedades de economía mixta integrantes del SGSSS pero en ningún caso se ocupó de regular a las sociedades de economía mixta con aporte público igual o superior al 90%, como lo ha venido haciendo el legislador incluso desde la integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional efectuada por el parágrafo del artículo 38 de la Ley 489 de 1998; mal podría entonces esta oficina dilucidar que la nueva norma subsume a todas las sociedades de economía mixta incluso a las que por ley tienen el régimen de EICE, cuando el contexto normativo aducido siempre lo ha particularizado teniendo en cuenta el capital mayoritariamente público.

Partiendo de lo precedente y en referencia a la aplicación del principio de especialidad la corte constitucional menciona que el criterio de especialidad es uno de los criterios normativos para **solucionar los conflictos entre las leyes** y permite reconocer la vigencia de una norma sobre la base de que regula de manera particular y específica una situación, supuesto o materia, excluyendo la aplicación de las disposiciones generales.¹⁰ El principio de especialidad funciona como un instrumento para resolver problemas de incompatibilidad entre normas de igual jerarquía, pues si las disposiciones en conflicto pertenecen a distintos niveles jerárquicos es claro que prevalece la de rango superior.¹¹

Siguiendo el hilo conductor tenemos que el parágrafo 2 del artículo 7, en su fundamento replica el contenido de lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 97 de la Ley 489, pues este refiere que las sociedades de economía mixta desarrollan sus actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, lo mismo que menciona, en esencia, el parágrafo 2 del artículo 7; aspecto que se ha venido aplicando por parte de las mencionadas entidades. En este sentido y como quiera que no se suscita oposición, ni conflicto no es dable en este asunto aplicar el principio auxiliar de especialidad.

Así mismo, es evidente, como lo hemos repetido varias veces, que la nueva norma no regula, ni se refiere a la condición normada por el legislador en el parágrafo del artículo 97 sobre 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, quedando este parágrafo incólume, en el entendido que de haber pretendido la nueva ley cobijar este tipo de entidades, es decir las sociedades de economía mixta con régimen de EICE, debió referirse a ellas como lo ha efectuado el legislador en multiplicidad de casos .

En este punto es oportuno reiterar el concepto 242991 de 2016 Departamento Administrativo de la Función Pública cuando menciona:

“...toda sociedad de economía mixta cuenta con aportes del estado y capital privado, ahora bien, teniendo en cuenta que la sociedad de economía mixta de su comunicación no indica el tipo de participación, se tiene que cuando dicha sociedad tiene una participación estatal inferior al 89.99% en el capital, las mismas rigen su actividad, así como, su vinculación laboral por las disposiciones contenidas en el derecho privado, por lo que, sus trabajadores

¹⁰ Corte Constitucional sentencia c-451 de 2015.

¹¹ Corte Constitucional sentencia c-439 de 2016.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE SALUD

se rigen por las normas del Código Sustantivo de Trabajo, si la participación estatal es superior al 90% en el capital su actividad así como su vinculación laboral se dispondrá por las normas del derecho público.”

Concordante con lo manifestado a ese respecto por la Corte Constitucional en la sentencia C-736 de 2007 Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, la cual fue transcrita en el presente documento; por tanto, queda claro que el régimen de las sociedades de economía mixta varía de acuerdo con el capital público que las integra y por ende el legislador ha especificado claramente que las que posean un capital público igual o superior al 90% tendrán régimen de EICE. Por lo cual, los mandatos que a este respecto contiene la Ley 489 de 1998, no podrán ser inaplicados por cuenta del parágrafo 2 de la Ley 1699 de 2019.

Expuestas las anteriores argumentaciones y teniendo en cuenta que la naturaleza de CAPITAL SALUD EPS- S SAS es de una sociedad de economía mixta con régimen de EICE, conforme a la modificación de su composición accionaria, así como de los Estatutos de la sociedad, autorizada por la Superintendencia Nacional de Salud mediante Resolución 010693 del 14 de noviembre de 2018, le será aplicable en lo pertinente el contenido de la Ley 489 de 1998.

V. CONCLUSIONES

Por lo anteriormente expuesto, la Oficina Asesora Jurídica, considera que:

- Sobre la ley 489 de 1998 no operó la derogatoria tacita por virtud de la entrada en vigencia de la Ley 1966 de 2019 y por tanto continua en vigencia.
- En el presente asunto no es dable la aplicación del principio de especialidad, conforme a las razones mencionadas en el presente estudio.

Esta conclusión infiere las respuestas a las inquietudes planteadas por la solicitante.

El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 del CPACA. Por tanto, no tiene efectos vinculantes para su destinatario pudiendo ser acogido o no, tal como lo corrobora el H. Consejo de Estado en providencia de fecha 22 de abril de 2010. Radicación 11001 0324 000 2007 00050 01 Consejero Ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA donde se señaló: *“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 qué 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”.*

Atentamente,



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE SALUD

Atentamente,

PAULA SUSANA OSPINA FRANCO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyecto: Martha L Beltran
Abel Zapata.