



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201911400400951**

Fecha: **02-04-2019**

Página 1 de 8

Bogotá D.

URGENTE

Asunto: consulta sobre el tema de inhabilidades e incompatibilidades de los miembros de la junta directiva de una Empresa Social del Estado - ESE y sobre temas de funcionamiento de las asociaciones de usuarios. Radicado No. 201942300391762

I. ANTECEDENTES

Un ciudadano, en uso de su derecho fundamental de petición, en su modalidad consulta, realiza las siguientes preguntas al Ministerio de Salud y Protección Social-MSPS:

“Primero: En una asociación de usuarios donde hagan parte familiares al momento de una elección de junta directiva o elección del representante ante la junta directiva de la ese por la alianza o asociación de usuarios pueden participar, postulándose como candidatos y votando. Existe algún conflicto de interés inhabilidad e incompatibilidad de acuerdo al régimen de inhabilidades e incompatibilidades por existir familiaridad.

Segundo: Una persona que haya sido elegida por los gremios de la producción ante la junta directiva de la ese de segundo nivel hospital rosario Pumarejo de López y después elegida nuevamente por la alianza o asociación de usuarios de la misma ese, pueden volver hacer elegida o se aplica el artículo 70 de la ley 1438 de 2011 PARÁGRAFO 1. Los representantes de los usuarios y de los servidores públicos de la entidad tendrán un periodo de dos (2) años y no podrán ser reelegidos para periodos consecutivos, ni podrán ser parte de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado en más de dos ocasiones. En los municipios de 6ta categoría, los representantes de los usuarios y los empleados públicos tendrán un periodo de 4 años. O solo es únicamente para los miembros de junta directiva de primer nivel.

Tercero: Cual es la autoridad competente facultada por la ley para que ejerce inspección vigilancia y control a las asociaciones de usuarios en salud. Así mismo cual es la autoridad competente que le da el reconocimiento legal a dichas asociaciones de usuarios aparte de la cámara de comercio.

Cuarto: para el funcionamiento de las asociaciones de usuarios legalmente establecidas en una ese que autoridad le corresponde suministrarle la parte logística para su funcionamiento, si los gerentes de las ese dentro del presupuesto de la institución pueden incluir un rubro específico para la participación social y que estrategias se pueden emplear por parte de los gerentes de las ESE IPS EPS para garantizarles a los miembros de las asociaciones de usuarios un rubro para el transporte para poder realizar dicha labor de acuerdo a la norma.”

A. Categoría de la ESE del caso consultado

Las Empresas Sociales del Estado - E.S.E. de acuerdo con el artículo 194 de la Ley 100 de 1993¹ son: “una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso...”. La Empresa Social del Estado-ESE Hospital Rosario Pumarejo de López, es una entidad descentralizada del orden Departamental, de Segundo Nivel de Atención, de acuerdo

¹ “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201911400400951**

Fecha: **02-04-2019**

Página 1 de 8

con la información registrada en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud-REPS.

II. MARCO NORMATIVO

A. Tema Inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses.

i. Constitución Política

“Artículo 122. (...) Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas.

Artículo 126°. Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior. (...).”

ii. Ley 1438 de 2011²

“Artículo 70. De la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado. La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado de nivel territorial de primer nivel de complejidad, estará integrada de la siguiente manera: (...)

Parágrafo 1°. Los representantes de los usuarios y de los servidores públicos de la entidad tendrán un periodo de dos (2) años y no podrán ser reelegidos para periodos consecutivos, ni podrán ser parte de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado en más de dos ocasiones. En los municipios de 6ª categoría, los representantes de los usuarios y los empleados públicos tendrán un periodo de 4 años.

Artículo 71. Inhabilidades e incompatibilidades. Los miembros de las juntas directivas de las Empresas Sociales del Estado no podrán ser representante legal, miembros de los organismos directivos, directores, socios, o administradores de entidades del sector salud, ni tener participación en el capital de estas en forma directa o a través de su cónyuge, compañero o compañera permanente o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil o participar a través de interpuesta persona, excepto alcaldes y gobernadores, siempre y cuando la vinculación de estos últimos a la entidad del sector salud obedezca a la participación del ente territorial al que representa. Esta inhabilidad regirá hasta por un año después de la dejación del cargo”.

iii. Ley 734 de 2002³

“Artículo 37. Inhabilidades sobrevinientes. Las inhabilidades sobrevinientes se presentan cuando al quedar en firme la sanción de destitución e inhabilidad general o la de suspensión e inhabilidad especial o cuando

² “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”

³ “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201911400400951**

Fecha: **02-04-2019**

Página 1 de 8

se presente el hecho que las generan el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción. (...)

Artículo 38. Otras inhabilidades. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

1. Además de la descrita en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político.

2. Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.

3. Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma.

4. Haber sido declarado responsable fiscalmente. (...)

Artículo 39. Otras incompatibilidades. Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:

1. Para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta cuando esté legalmente terminado el período:

a) Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos;

b) Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.

2. Para todo servidor público, adquirir o intervenir directa o indirectamente, en remate o venta de bienes que se efectúen en la entidad donde labore o en cualquier otra sobre la cual se ejerza control jerárquico o de tutela o funciones de inspección, control y vigilancia. Esta prohibición se extiende aun encontrándose en uso de licencia.

Artículo 41. Extensión de las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos. Las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos señalados en la ley para los gerentes, directores, rectores, miembros de juntas directivas y funcionarios o servidores públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, se hacen extensivos a las mismas autoridades de los niveles departamental, distrital y municipal.” (resaltos fuera de texto)

iv. Decreto 780 de 2016-Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social-DUR:

“Artículo 2.5.3.8.4.2.4. Requisitos para los miembros de las Juntas Directivas. Para poder ser miembro de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales de Salud se deben reunir los siguientes requisitos:

(...) 2. Los representantes de la comunidad deben:

– Estar vinculados y cumplir funciones específicas de salud en un Comité de Usuarios de Servicios de Salud; acreditar una experiencia de trabajo no inferior un año en un Comité de Usuarios.

– No hallarse incurso en ninguna de las inhabilidades e incompatibilidades contempladas en la ley. (...)



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201911400400951

Fecha: 02-04-2019

Página 1 de 8

Artículo 2.5.3.8.4.2.5 *Términos de la aceptación. (...) Los miembros de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado respectiva, tendrán un período de tres (3) años en el ejercicio de sus funciones y **podrán ser reelegidos.** (...)* (resaltos fuera de texto)

v. Decreto Ley 128 de 1976

“Artículo 3º.- De quienes no pueden ser elegidos o designados miembros de juntas o consejos, gerentes o directores. Además de los impedimentos o inhabilidades que consagren las disposiciones vigentes, no podrán ser elegidos miembros de juntas o consejos directivos, ni, gerentes o directores de quienes:

- a) Se hallen en interdicción judicial;
- b) Hubieren sido condenados por delitos contra la administración pública, la administración de justicia o la fe pública, o condenados a pena privativa de la libertad por cualquier delito, exceptuados los culposos y los políticos;
- c) Se encuentren suspendidos en el ejercicio de su profesión o lo hubieren sido por falta grave o se hallen excluidos de ella;
- d) Como empleados públicos de cualquier orden hubieren sido suspendidos por dos veces o destituidos;
- e) Se hallaren en los grados de parentesco previsto en el artículo 80. de este Decreto;
- f) Durante el año anterior a la fecha de su nombramiento hubieren ejercido el control fiscal en la respectiva entidad.

Artículo 8º.- De las inhabilidades por razón del parentesco. Los miembros de las juntas o consejos directivos no podrán hallarse entre sí ni con el gerente o director de la respectiva entidad, dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Habrá lugar a modificar la última elección o designación que se hubiere hecho, si con ella se violó la regla aquí consignada.

Artículo 14º.- De las incompatibilidades de los miembros de las juntas y de los gerentes o directores. Los miembros de las juntas o consejos directivos y los gerentes o directores no podrán, en relación con la entidad a la que prestan sus servicios y con las que hagan parte del sector administrativo al cual pertenece aquella:

- a) Celebrar por sí o por interpuesta persona contrato alguno;
 - b) Gestionar negocios propios o ajenos, salvo cuando contra ellos se entablen acciones por dichas entidades o se trate de reclamos por el cobro de impuestos o tasas que se hagan a los mismos, a su cónyuge o a sus hijos menores, o del cobro de prestaciones y salarios propios.
- (...).” (resaltos fuera de texto)

B. Tema Asociaciones de Usuarios

i. Constitución Política

“ARTICULO 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. (...) Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y **con participación de la comunidad. (...).”** (resaltos fuera de texto)



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201911400400951**

Fecha: **02-04-2019**

Página 1 de 8

ii. Ley 100 de 1993⁴

“ARTICULO 157. Tipos de participantes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. (...)

PARAGRAFO 3º. *Podrán establecerse alianzas o asociaciones de usuarios, las cuales serán promovidas y reglamentadas por el Gobierno Nacional con el fin de fortalecer la capacidad negociadora, la protección de los derechos y la participación comunitaria de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Estas agrupaciones de usuarios podrán tener como referencia empresas, sociedades mutuales, ramas de actividad social y económica, sindicatos, ordenamientos territoriales u otros tipos de asociación, y podrán cobrar una cuota de afiliación.” (resaltos fuera de texto)*

iii. Decreto 2462 de 2013⁵

“Artículo 6º. Funciones. La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá las siguientes funciones: (...)

9. Vigilar el cumplimiento de los derechos de los usuarios en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluyendo los derivados de la afiliación o vinculación de la población a un plan de beneficios de salud, así como de los deberes por parte de los diferentes actores del mismo. (...)

14. Promocionar y desarrollar mecanismos de participación ciudadana y de protección al usuario, en los temas de competencia de la Superintendencia Nacional de Salud.

Artículo 18. *Despacho del Superintendente Delegado para la Protección al Usuario. Son funciones del Despacho del Superintendente Delegado para la Protección al Usuario, las siguientes:*

1. Ejercer la inspección y vigilancia sobre el cumplimiento de los derechos en salud y la debida atención y protección al usuario. (...)

2. Impartir lineamientos al interior de la Delegada para dar cumplimiento al modelo de inspección, vigilancia y control adoptado por el Superintendente Nacional de Salud, con el fin de velar por la protección de los derechos en salud de los usuarios, la debida atención al usuario y la aplicación de los mecanismos de participación ciudadana del Sistema General de Seguridad Social en Salud. (...)

11. Desarrollar y liderar estrategias de promoción de la participación ciudadana, protección al usuario y del ejercicio del control social en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluidos los regímenes especiales y excepcionales en salud. (...)”

iv. Decreto 780 de 2016

Artículo 2.10.1.1.10. *Alianzas o asociaciones de usuarios. La Alianza o Asociación de Usuarios es una agrupación de afiliados del régimen contributivo y subsidiado, del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que tienen derecho a utilizar unos servicios de salud, de acuerdo con su sistema de afiliación, que velarán por la calidad del servicio y la defensa del usuario. (...)*

Artículo 2.10.1.1.11. *Constitución de las asociaciones y alianzas de usuarios. Las Asociaciones de Usuarios se constituirán con un número plural de usuarios, de los convocados a la Asamblea de Constitución por la respectiva institución y podrán obtener su reconocimiento como tales por la **autoridad competente**, de acuerdo con las normas legales vigentes.*

Las Alianzas garantizarán el ingreso permanente de los diferentes usuarios.”

⁴ “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”

⁵ “Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud.”



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201911400400951**

Fecha: **02-04-2019**

Página 1 de 8

III. ANÁLISIS JURÍDICO Y CONCLUSIONES

a. En respuesta a preguntas 1 y 2.

Nos permitimos señalar que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades reiteradamente ha sido considerado por el Honorable Consejo de Estado como taxativo y restrictivo, por tanto, si no está descrita una determinada situación de forma explícita en la Constitución o la Ley, mal pueden extenderse a casos que no han sido normados, tal como se expresa en Concepto de octubre 30 de 1996, radicación No. 925, de la Sala de Consulta y Servicio Civil, así:

“Las causales de inhabilidad o incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente consagradas en la Constitución y la ley y son de aplicación e interpretación restrictiva: Este principio tiene fundamento en el artículo 6 de la Constitución según el cual, los servidores públicos no pueden hacer sino aquello que expresamente les está atribuido por el ordenamiento jurídico; los particulares pueden realizar todo lo que no les esté prohibido”

Es decir, en el caso particular de los miembros de la Junta Directiva de la ESE Hospital Rosario Pumarejo López, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es el normado en los artículos 122 y 126 de la Constitución Política, el Decreto Ley 128 de 1976, los artículos 37, 38, 39 y 41 de la Ley 734 de 2002 y, en específico, las del artículo 71 de la Ley 1438 de 2011, ya transcritos en el acápite de marco normativo.

Así, en la primera pregunta se consulta, por la existencia de inhabilidades e incompatibilidades que puedan afectar el proceso de elección que debe efectuar la respectiva asamblea general de la Alianza o Asociación de Usuarios, para conformar su junta directiva y para designar el representante de dicha organización ante la junta directiva de la ESE, relativas a si los votantes en esa elección pueden ser a la vez candidatos y si los candidatos pueden ser familiares entre sí. De lo estudiado previamente, se concluye que una causal de inhabilidad o incompatibilidad en ese sentido no se encuentra prevista normativamente.

Adicionalmente, cabe hacer claridad que frente a cómo debe ser la elección al interior de la respectiva asociación, es decir, si familiares pueden ser candidatos, etc, la normativa analizada previamente no ha regulado tales aspectos, por lo que, se entiende que ello debe realizarse de acuerdo con lo que estipulen los estatutos de la asociación respectiva.

Por otra parte, frente a la pregunta 2, debe indicarse que conforme lo dispone el artículo 70 de la Ley 1438 de 2011, la restricción a la reelección contemplada en dicha disposición sólo aplica para las Empresas Sociales del Estado ESE del primer nivel de atención.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201911400400951**

Fecha: **02-04-2019**

Página 1 de 8

Para las ESE del segundo o tercer nivel de atención, la reelección de los integrantes de su junta directiva se encuentra reglada y por ende habilitada, conforme lo establecido en el artículo 2.5.3.8.4.2.5 del Decreto 780 de 2016, ya transcrito.

b. Con relación a preguntas 3 y 4.

Frente a la pregunta 3, la ley no ha señalado una autoridad facultada para ejercer inspección, vigilancia y control-IVC a las asociaciones de usuarios en salud. Sin embargo, cabe anotar que la Superintendencia Nacional de Salud tiene funciones de vigilar el cumplimiento de los derechos de los usuarios en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y de la participación de la comunidad en este, conforme lo ya transcrito del Decreto 2462 de 2013.

En cuanto a su interrogante consistente en: *¿Así mismo cual es la autoridad competente que le da el reconocimiento legal a dichas asociaciones de usuarios aparte de la Cámara de Comercio?*, debe indicarse que sin perjuicio de lo expresado en su inquietud, la normativa no ha previsto expresamente que otra autoridad debe reconocer a las alianzas o asociaciones de usuarios, no obstante, su constitución debe ser reportada a la Superintendencia Nacional de Salud, en el marco del cumplimiento de las órdenes impartidas por dicho ente en su Circular Única, así:

“2.1.1 Conformación de Asociaciones de Usuarios

En cada Departamento del país podrá existir una Asociación, Liga o Alianza por cada Entidad Administradora de Planes de Beneficios y Prestadora de servicios de Salud, donde ésta tenga presencia. Representantes de ellas conformarán la Asociación, Liga o Alianza del orden nacional.

Cada Asociación, Liga o Alianza, tiene la facultad de promover la conformación de comités especializados (enfermos de alto costo, enfermedades ruinosas, etc.), en cumplimiento de la función específica para la cual fue creada y se someterá a los estatutos y reglamento interno de cada Asociación, Liga o Alianza.

La conformación de las asociaciones de usuarios deberá ser promovida y realizada por las entidades administradoras y prestadoras del servicio de salud mediante convocatoria pública, a través de un medio de alta divulgación local, regional o nacional, durante los sesenta (60) días calendario siguientes a la expedición de la presente Circular. En caso de que la entidad administradora o prestadora del servicio no convoque su conformación dentro del término señalado, los afiliados por iniciativa propia lo podrán hacer y así lo comunicarán a la Entidad y a la Superintendencia Nacional de Salud.

En la conformación se elaborará un acta de constitución en la que se relacionará el nombre de sus integrantes y la Junta directiva conformada por presidente, secretario y tesorero; también deberá nombrarse un revisor fiscal que no hará parte de dicha Junta. El acta también deberá contener la identificación de la asociación, liga o alianza, la identificación de sus integrantes, calidad de afiliado, dirección de residencia, contacto telefónico y el periodo para el que se haya constituido.

Copia escaneada del acta deberá ser remitida a la Superintendencia Delegada para la Protección al Usuario y Participación Ciudadana de la Superintendencia Nacional de Salud, a través de un medio magnético, en formato técnico que se anexa a ésta Circular.

Las entidades administradoras o prestadoras del servicio deberán reportar a través del enlace que para tal fin se disponga en la página de la Superintendencia www.supersalud.gov.co la información de las asociaciones de usuarios conformadas durante los primeros 10 días de los meses de enero, abril, julio y



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201911400400951**

Fecha: **02-04-2019**

Página 1 de 8

octubre, y sus modificaciones inmediatamente suceda el cambio. (Inciso modificado por la Circular Externa 052 de 2008).

Igualmente los representantes de las EAPB reportaran a través de este enlace copia de las actas de reuniones mensuales con las asociaciones, así mismo informará los correctivos pertinentes y el resultado de esta gestión de acuerdo con las problemáticas y/o acciones de mejoramiento en la prestación de servicios consignados en las actas. (Inciso modificado por la Circular Externa 052 de 2008)”

Por último, frente a la pregunta 4, la normativa que trata el tema, tal como se reseñó en el acápite de marco normativo, no regula acerca de las condiciones logísticas para el funcionamiento de las asociaciones de usuarios, ni existe norma relacionada con que en el presupuesto de la ESE, se deban incluir rubros de transporte para los miembros de la asociación de usuarios.

El anterior concepto tiene los efectos determinados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido en su Título II, por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

Cordialmente,

EDILFONSO MORALES GONZÁLEZ

Coordinador Grupo Consultas
Dirección Jurídica

Elaboró: Julie Carolina A
Revisó/ Aprobó: E Morales