

000100

ASUNTO: Régimen inhabilidades e incompatibilidades miembros Junta Directiva de las Subredes Integradas de Servicios de Salud representantes de la Asociación de Usuarios.

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Cuál es el régimen de inhabilidades, incompatibilidades, conflicto de interés aplicable a los miembros de las Juntas Directivas de las Subredes Integradas de Servicios de Salud representantes de las Asociaciones de Usuarios?

2. ANTECEDENTES

El Decreto 1757 de 1994 determina las formas y modalidades de participación social en la prestación de servicios de salud, señalando que la participación comunitaria es el derecho que tienen las organizaciones comunitarias para participar en las decisiones de planeación, gestión, evaluación y veeduría en salud, estableciendo que las personas naturales y jurídicas participarán a nivel ciudadano, comunitario, social e institucional, con el fin de ejercer sus derechos y deberes en salud, gestionar planes y programas indicando que la participación en las Instituciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud, es la interacción de los usuarios con los servidores públicos y privados para la gestión, evaluación y mejoramiento en la prestación del servicio público de salud. Insta los Comités de Participación comunitaria en salud como un espacio de concertación entre los diferentes actores sociales y el Estado, los cuales estarán integrados entre otros, por las Asociaciones de Usuarios cuyos representantes serán elegidos en Asamblea General, para períodos de dos (2) años.

En concordancia el Decreto 1876 de 1994, fija que la Dirección de las Empresas Sociales del Estado, está conformada por la Junta Directiva y el Gerente los cuales deben mantener la unidad de objetivos e intereses de la organización en torno a la Misión y Objetivos institucionales; identificar las necesidades esenciales y las expectativas de los usuarios, determinar los mercados a atender, definir la estrategia del servicio, asignar recursos, adoptar y adaptar normas de eficiencia y calidad controlando su aplicación en la gestión institucional. De igual manera, el Artículo 195 de la Ley 100 de 1993 señala que la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado de los órdenes nacional y territorial, estarán integradas una tercera parte de sus miembros serán representantes del sector político administrativo o, otra tercera parte representará al sector científico de la salud y la tercera parte restante será designada por la comunidad.

El Decreto 170 de 2006 reglamenta el pago de honorarios por asistir a las sesiones ordinarias o extraordinarias al igual que los gastos desplazamiento cuando la sesión se realice fuera de la sede de la ESE, de los miembros de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado que no son empleados públicos.

La Ley 1438 de 2011 crea un espacio de participación para el estamento administrativo de las Empresas Sociales del Estado de Primer Nivel. Por su parte el Decreto Reglamentario 2993 del mismo año, precisa que la conformación de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado de segundo y tercer nivel de atención de nivel territorial, continuará rigiéndose por lo previsto en los Decretos 1876 y 1757 de 1994 o las normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan.

El Decreto 780 de 2016 por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, compilatorio de normas reglamentarias preexistentes, contiene en la Sección 4 las disposiciones generales de las Empresas Sociales del Estado en cuanto su naturaleza, objeto, principios básicos, objetivos y organización. En la misma Sección se compila lo relacionado con la Junta Directiva de las ESE respecto de su composición, conformación, requisitos de sus miembros acorde con el estamento a que pertenezcan, prohibición de encontrarse incursos en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, términos de aceptación como miembro de la Junta Directiva, reuniones, inasistencia injustificada, funciones y denominación de los actos emanados de ésta. La subsección 3. Refiere el Régimen jurídico de las personas vinculadas a la ESE.

Mediante Acuerdo 641 de 2016, emanado del Concejo Distrital, se efectúa la reorganización del Sector Salud de Bogotá, Distrito Capital, se modifica el Acuerdo 257 de 2006 y se expiden otras disposiciones, fueron fusionadas las Empresas Sociales del Estado, adscritas a la Secretaría Distrital de Salud, en las Subredes Integradas de Servicios de Salud Norte, Sur, Suroccidente y Centro Oriente.

El precitado Acuerdo fijó un periodo de transición de un año tiempo durante el cual la Secretaría Distrital de Salud debía realizar las acciones correspondientes para la conformación de las nuevas Juntas Directivas de las ESE resultantes de la fusión, estableciendo que las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado resultantes de la fusión están compuestas por nueve (9) integrantes los cuales serán designados de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 1876 de 1994 y los Acuerdos 13 y 17 de 1997 del Concejo Distrital de Bogotá. En concordancia el Artículo 27 del mencionado Acuerdo prescribe que el proceso de reorganización del sector salud mantendrá las instancias de participación comunitaria existentes en el Distrito Capital, indicando que la composición de las Juntas Directivas de las Empresa Sociales del Estado resultantes de la fusión se hará conforme a lo señalado en las normas vigentes sobre la materia.

Mediante Circular 008 del 09 de febrero de 2017, el Secretario Distrital de Salud de Bogotá, D.C., fijó los lineamientos y cronograma de elección de representantes de la comunidad ante las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado. El numeral 2.

de la mencionada Circular prevé los requisitos y calidades que debe ostentar quien aspire a ser representante de las Asociaciones de Usuarios ante la Junta Directiva de la Subred Integrada de Servicios de Salud – ESE, en lo que refiere al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, estableció no encontrarse inmerso en ninguna de ellas ni en conflicto de interés. Así mismo determinó las funciones que deberán cumplir los representantes de las Asociaciones de Usuarios en la Junta Directiva.

En Colombia, la Constitución Política en su artículo 122 consagra, que ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben, y antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas. La misma norma de normas, en concordancia el artículo 123 del mismo ordenamiento, define quiénes son servidores públicos y establece que la Ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

Sobre el particular, respecto de las inhabilidades e incompatibilidades para ser miembro de la Junta Directiva de una Empresa del Estado del orden nacional o territorial el Decreto 128 de 1976 fijó el estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de éstas. Así mismo el Decreto 973 de 1994, Por el cual se expide un régimen de inhabilidades e incompatibilidades contempla en su Artículo Tercero, las incompatibilidades de los miembros de las Juntas directivas, en el sentido que los miembros de organismos directivos, de las instituciones prestadoras de servicios de salud e instituciones de utilidad común o fundaciones que presten servicios de salud no podrán ser representantes legales, miembros de los organismos directivos, directores o administradores de entidades con las cuales la institución tenga contrato de prestación de servicios de salud, ni tener participación en el capital de éstas en forma directa o a través de su cónyuge, compañero o compañera permanente o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, o participar a través de interpuesta persona.

En igual sentido el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece como incompatibilidad para contratar con la entidad contratante de quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo. De igual manera la Ley 269 de 1996 Por la cual se regula parcialmente el artículo 128 de la Constitución Política, en relación con quienes prestan servicios de salud en las entidades de derecho público, contempla en el Artículo Cuarto la incompatibilidad de los miembros de la Junta Directiva u Organismo directivo de la Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud de ser representantes legales, miembros de los organismos directivos, directores o administradores de entidades con las cuales la institución tenga contrato de prestación de servicios de salud, ni tener participación en el capital de éstas en forma directa o a través de su cónyuge, compañero o compañera permanente o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, o participar a través de interpuesta persona.

El Departamento Administrativo de la Función Pública, en la Guía de Administración Pública, Versión 1 de noviembre de 2016, define que el Conflicto de Intereses surge cuando un servidor público o particular que desempeña una función pública es influenciado en la realización de su trabajo por consideraciones personales. El conflicto de intereses es una institución de transparencia democrática que se produce en todo acto o negociación entre el Estado y un tercero, cuando entre este último y quien realiza o decide dicho acto y/o participa posteriormente en la administración, supervisión o control de los procesos derivados del mismo, existen relaciones de negocio, parentesco o afectividad, que hagan presumir la falta de independencia o imparcialidad, todo lo cual potencia la posibilidad de beneficiar directa o indirectamente, indebida e indistintamente a cualquiera de las partes relacionadas. En términos genéricos, puede decirse que existe una situación de “conflicto de intereses” cuando el interés personal de quien ejerce una función pública colisiona con los deberes y obligaciones del cargo que desempeña, el cual se encuentra consagrado en el artículo 128 Constitucional y en la Ley 190 de 1995.

En el mismo sentido el Código Disciplinario Único, contempla como causales de impedimento y recusación para los particulares que ejerzan funciones públicas dentro del régimen de inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y violación al régimen de conflicto de intereses, (i) Las derivadas de sentencias o fallos judiciales o disciplinarios de suspensión o exclusión del ejercicio de su profesión. (ii) Las contempladas en los artículos 8º de la Ley 80 de 1993 y 113 de la Ley 489 de 1998, o en las normas que los modifiquen o complementen, (iii) y las previstas en la Constitución, la ley y decretos, referidas a la función pública que el particular deba cumplir.

En cuanto al Régimen Administrativo, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone que cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido.

3. FUNDAMENTO JURÍDICO – NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA, Artículos 122, 123.

LEY 1437 DE 2011. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

LEY 734 DE 2002. Código Disciplinario Único

LEY 269 DE 1996. *“Por la cual se regula parcialmente el artículo 128 de la Constitución Política”.*

LEY 80 DE 1993. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

DECRETO 128 de 1976 estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de éstas.

DECRETO 973 DE 1994. *“Por el cual se expide un régimen de inhabilidades e incompatibilidades”*

DECRETO 170 DE 2006. *“Por el cual se reglamenta el pago de honorarios a los miembros de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado ESE del Distrito Capital, que no son empleados públicos”.*

DECRETO 2993 DE 2011. “Por el cual se establecen disposiciones relacionadas con la conformación y funcionamiento de la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado de nivel territorial (municipal, departamental o distrital) de primer nivel de atención y se dictan otras disposiciones.

DECRETO 1757 DE 1994. “Por el cual se organizan y se establecen las modalidades y formas de participación social en la prestación de servicios de salud, conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 4 del Decreto-ley 1298 de 1994 y se dictan otras disposiciones. (Aclarado por el Decreto Nacional 1616 de 1995).

ACUERDO 641 de 2016, emanado del Concejo Distrital. *“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”*

CIRCULAR 008 DEL 09 de febrero de 2017, expedida por el Secretario Distrital de Salud de Bogotá, D.C. Fija los lineamientos y cronograma de elección de representantes de la comunidad ante las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PÚBLICA. Guía de Administración Pública, Conflictos de Interés de Servidores Públicos. Versión 1 de noviembre de 2016,

CORTE CONSTITUCIONAL. Expediente D-2705 Demanda de inconstitucionalidad (parcial) contra el artículo 19 de la Ley 10 de 1990 y contra los artículos 192 (parcial), numerales 3 y 4 del 195 y 197 de la Ley 100 de 1993 Magistrado Ponente: Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No. 925, frente al Decreto 128 de 1976, “por el cual se dicta el estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas”. 30 de octubre de 1996.

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL. Inhabilidad miembro de Junta Directiva. Radicado No.: 201611402260421 del 05-12-2016

4. ANÁLISIS Y CONCLUSIÓN.

Del análisis de las normas que regulan el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés aplicable a los particulares que temporalmente desempeñan funciones públicas, de los antecedentes citados, de la Jurisprudencia y Conceptos en la materia, la Oficina Asesora Jurídica en los términos del artículo 28 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo conceptúa que:

4.1 Las causales de inhabilidad e incompatibilidad son expresas y taxativas, se encuentran consagradas en la Constitución y la Ley, son de aplicación e interpretación restrictiva, lo que significa que solamente le es dado a la Constitución y a la Ley determinar en qué casos un miembro de la Junta Directiva de las Subredes Integradas de Servicios de Salud incurre en tales causales, entendidas las inhabilidades como aquellas que se generan previo a la toma de posesión de las funciones como miembro de dicha Junta y las incompatibilidades como aquellas que pueden generarse durante el ejercicio de las referidas funciones en su condición de miembro de la Junta Directiva.

4.2 Como se expresó anteriormente los Conflictos de Interés se encuentran sujetos al desempeño de funciones públicas, que para el caso de los miembros de la Junta Directiva que ostentan la representación de la Asociación de Usuarios, se reflejan en las decisiones que adopten, las cuales deben obedecer al interés general, evitando que el interés particular prevalezca sobre aquel. Por tratarse de situaciones sometidas al fuero interno de los individuos es necesario en cada caso una valoración objetiva de los hechos, con el fin de evitar vulnerar derechos y garantías tanto de los asociados como de los mismos miembros.

Los miembros de la Junta Directiva que representan a las mencionadas Asociaciones, en desarrollo de sus funciones actúan (i) como particulares que temporalmente desempeñan funciones públicas, (ii) en ejercicio de una actividad pública del máximo órgano de Dirección de la Subred, (iii) en nombre de la Empresa Social del Estado a la que pertenezcan, (iv) en representación de la Asociación de Usuarios que los eligió, (v) con voz y voto, (vi) de forma remunerada a través del pago de honorarios por asistencia a las sesiones ordinarias y extraordinarias del referido órgano, lo cual hace que posean un vínculo con la Administración, es decir, que siendo parte de la función administrativa deben estar al servicio de los intereses generales, bajo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, motivo por el cual, para que confluya el conflicto de interés, es necesario que concurra un interés particular y directo sobre la regulación, gestión, control o decisión del asunto que se esté tratando, verbigracia en sesión de Junta Directiva se va tomar alguna decisión respecto de la contratación de personas naturales para que presten sus servicios, la conformación de las plantas de personal, en este evento, la Ley establece que esa persona que en su calidad de miembro está ejerciendo funciones públicas temporales, debe declararse impedido para participar de tal decisión, en el evento que dentro de las personas a contratar y/o



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE SALUD

dentro de la planta de personal de la Subred, tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o con quien estén ligados por matrimonio, unión libre o vínculos de amistad.

Cordialmente,

JOSE DARIO TELLEZ CIFUENTES
Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)

