

Bogotá, D.C.

ASUNTO: Respuesta a consulta sobre la eventual existencia de inhabilidades o prohibiciones para que la cónyuge de un funcionario médico participe en instancias de representación de usuarios y participación social en salud.
Radicado: 202642402777592 Id: 2150012.

Respetado señor:

Hemos recibido su comunicación, mediante la cual solicita que se le informe si, dentro de la legislación colombiana, existe alguna prohibición o inhabilidad para que la cónyuge de un funcionario médico pertenezca al Comité de Ética Hospitalaria, a la Junta Directiva de una institución, a una Alianza o Asociación de Usuarios y participe en actividades relacionadas con la recepción o apertura de buzones de quejas, peticiones y reclamos. Al respecto, este Ministerio se permite señalar lo siguiente:

Para abordar el asunto objeto de consulta, resulta pertinente exponer el marco normativo aplicable en materia de participación de los usuarios en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, participación en los Comités de Ética Hospitalaria, régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflictos de interés.

- **PARTICIPACIÓN DE USUARIOS**

En primer lugar, el literal h) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993¹ establece:

“ARTICULO 156. *Características básicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud. El Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes características:*

(...)

h) Los afiliados podrán conformar alianzas o asociaciones de usuarios que los representarán ante las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de servicios de salud;

(...)”.

En desarrollo de dicha disposición, el artículo 2.10.1.1.10 del Decreto 780 de 2016² dispone:

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

²Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social

“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.

Todas las personas afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud podrán participar en las instituciones del Sistema formando Asociaciones o alianzas de Usuarios que los representarán ante las instituciones prestadoras de servicios de salud y ante las Empresas Promotoras de Salud, del orden público, mixto y privado.

Parágrafo 1º. Las instituciones prestadoras de servicios de salud, sean públicas, privadas o mixtas, deberán convocar a sus afiliados del régimen contributivo y subsidiado, para la constitución de Alianzas o Asociaciones de Usuarios.”. (Subrayado fuera de texto).

Asimismo, el artículo 2.10.1.1.13³ ibidem establece las funciones de las alianzas o asociaciones de usuarios, dentro de las cuales se encuentran la defensa de los derechos de los usuarios, la vigilancia de la calidad de los servicios de salud y el mantenimiento de canales de comunicación con los afiliados.

- **COMITÉS DE ÉTICA HOSPITALARIA**

Respecto de los Comités de Ética Hospitalaria, el artículo 2.10.1.1.14 del Decreto 780 de 2016 precisa:

“ARTÍCULO 2.10.1.1.14. Comités de ética hospitalaria. Las Instituciones Prestatarias de Servicios de salud, sean públicas, mixtas o privadas, deberán conformar los Comités de Ética Hospitalaria, los cuales estarán integrados por:

1. El director de la institución prestataria o su delegado.
2. Un (1) representante del equipo médico y un representante del personal de enfermería, elegidos por y entre el personal de la institución.
3. Dos (2) representantes de la Alianza o de Usuarios de la Institución prestataria de servicios.
4. Dos (2) delegados elegidos por y entre los representantes de las organizaciones de la comunidad, que formen parte de los Comités de Participación Comunitaria del área de influencia de la respectiva entidad prestadora de los servicios.

³ ARTÍCULO 2.10.1.1.13. Funciones de las asociaciones de usuarios. Las Asociaciones de Usuarios tendrán las siguientes funciones: (...)

3. Participar en las Juntas Directivas de las Empresas Promotoras de Salud e Instituciones Prestatarias de Servicios de Salud, sean públicas o mixtas, para proponer y concertar las medidas necesarias para mantener y mejorar la calidad de los servicios y la atención al usuario. En el caso de las privadas, se podrá participar, conforme a lo que dispongan las disposiciones legales sobre la materia.

4. Mantener canales de comunicación con los afiliados que permitan conocer sus inquietudes y demandas para hacer propuestas ante las Juntas Directiva de la Institución Prestataria de Servicios de Salud y la Empresa Promotora de Salud.

(...)

13. Elegir democráticamente sus representantes ante los Comités de Ética Hospitalaria y los Comités de Participación Comunitaria por periodos máximos de dos (2) años.

(...).

PARÁGRAFO. Los representantes ante los Comités de Ética Hospitalaria serán elegidos para períodos de tres (3) años y podrán ser reelegidos máximo hasta por dos (2) períodos consecutivamente. (Subrayado fuera de texto).

Por su parte, el artículo 2.10.1.1.15⁴ del citado decreto contempla las funciones de los Comités de Ética Hospitalaria relacionadas con la promoción y defensa de los derechos de los usuarios y la atención de inquietudes relacionadas con la prestación de los servicios de salud.

• RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

En materia de inhabilidades e incompatibilidades, la Constitución Política y la ley han previsto restricciones expresas para determinados servidores públicos y miembros de órganos de dirección de entidades públicas. En tal sentido, el artículo 126 de la Constitución Política, precisa:

“ARTICULO 126°—Los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a 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 designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación. Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos.”.

En el ordenamiento jurídico colombiano se han previsto regímenes de inhabilidades e incompatibilidades. En este sentido, resulta pertinente citar el artículo 3 del Decreto Ley 128 de 1976⁵, el cual menciona:

“Artículo 3°. De quienes no pueden ser elegidos o designados miembros de juntas o consejeros, 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 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;

⁴ ARTÍCULO 2.10.1.1.15. Funciones de los Comités de Ética Hospitalaria. Los Comités de Ética Hospitalaria tendrán las siguientes funciones:

(...)

2. Divulgar entre los funcionarios y la comunidad usuaria de servicios los derechos y deberes en salud.

3. Velar porque se cumplan los derechos y deberes en forma ágil y oportuna.

(...)

5. Atender y canalizar las veedurías sobre calidad y oportunidad en la prestación de servicios de salud.

6. Atender y Canalizar las inquietudes y demandas sobre prestación de servicios de la respectiva institución, por violación de los derechos y deberes ciudadanos en salud.

(...).

⁵ 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 éstas

d). Como empleados públicos de cualquier orden hubieren sido suspendidos por dos veces o destituídos;

e). Se hallaren en los grados de parentesco previstos en el Artículo 8o⁶. de este Decreto;

f). Durante el año anterior a la fecha de su nombramiento hubieren ejercido el control fiscal en la respectiva entidad.”.

De manera específica para las Empresas Sociales del Estado, el artículo 71 de la Ley 1438 de 2011⁷ determina:

“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.”

Sobre el alcance de las inhabilidades e incompatibilidades, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante Concepto del 30 de octubre de 1996, Radicado No. 925⁸, indicó:

“Las inhabilidades e incompatibilidades, así como sus excepciones son de interpretación y aplicación restrictiva. (...)”

Las causales de inhabilidad e incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente consagradas en la Constitución o en la ley y son de aplicación e interpretación restrictiva. Este principio tiene su fundamento en el artículo 6º 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.”

• IMPEDIMENTOS Y CONFLICTOS DE INTERÉS

Finalmente, en relación con los conflictos de interés e impedimentos, el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011⁹ enuncia:

“Artículo 11. Conflictos de interés y causales de impedimento y recusación. 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. Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar

⁶ 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.

⁷ por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

⁸ Consejero Ponente: Javier Henao Hidrón. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Carácter taxativo e interpretación restrictiva.

⁹ por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por:

1. Tener interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión del asunto, o tenerlo su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

(...).”

• RESPUESTA A LA CONSULTA

Expuesto el marco normativo y conceptual anteriormente citado, procede este Ministerio a pronunciarse sobre el asunto objeto de consulta.

Con fundamento en las disposiciones contenidas en el literal h) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, así como en los artículos 2.10.1.1.10 y 2.10.1.1.13 del Decreto 780 de 2016, este Ministerio observa que el ordenamiento jurídico reconoce y promueve la participación de los usuarios en el Sistema General de Seguridad Social en Salud mediante distintos mecanismos de participación social, entre ellos las alianzas o asociaciones de usuarios y los Comités de Ética Hospitalaria.

En este contexto, del examen de las disposiciones anteriormente citadas no se advierte la existencia de una prohibición, inhabilidad o incompatibilidad que impida, por el solo hecho de existir un vínculo matrimonial con un funcionario médico, que una persona haga parte de una alianza o asociación de usuarios, participe en un Comité de Ética Hospitalaria o intervenga en actividades relacionadas con la recepción, apertura o seguimiento de peticiones, quejas y reclamos.

Ahora bien, en materia de inhabilidades e incompatibilidades, debe tenerse en cuenta que el artículo 126 de la Constitución Política, el Decreto Ley 128 de 1976, el artículo 71 de la Ley 1438 de 2011 y las demás que regulan la materia consagran restricciones de carácter expreso para determinados servidores públicos o integrantes de órganos de dirección, para el caso que nos ocupa de Empresas Sociales del Estado - ESE. En concordancia con ello, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Concepto del 30 de octubre de 1996, Radicación No. 925, precisó que las inhabilidades e incompatibilidades son de interpretación restrictiva y que sus causales deben encontrarse expresa y taxativamente previstas en la Constitución o en la ley.

Bajo ese entendido, este Ministerio considera que no resulta jurídicamente procedente extender por analogía los efectos de las inhabilidades e incompatibilidades a situaciones que no hayan sido previstas expresamente por el legislador.

Por otra parte, en relación con la eventual participación en la Junta Directiva de una ESE del cónyuge de un médico que labora en dicha entidad, debe indicarse que analizadas las normas que regulan inhabilidades e incompatibilidades no se encontró una expresamente aplicable a ese caso.

Finalmente, es importante diferenciar las figuras de las inhabilidades e incompatibilidades de aquellas relacionadas con los conflictos de interés. En este sentido, aun cuando de las disposiciones analizadas no se desprenda una prohibición, inhabilidad o incompatibilidad expresa



derivada del vínculo matrimonial consultado, ello no excluye que, en situaciones específicas, puedan presentarse circunstancias susceptibles de comprometer la imparcialidad, independencia u objetividad de una actuación, caso en el cual deberán observarse las reglas sobre impedimentos y conflictos de interés previstas en el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011.

El presente pronunciamiento tiene el efecto determinado en el artículo 28 del Código del procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido en su Título II, por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015¹⁰, el cual establece que: *“Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”*.

Cordialmente,

¹⁰ Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo