



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 2032 de 2010 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil diez (2010).-

Radicación numero: 11001-03-06-000-2010-00095-00

Número interno: 2032

Referencia: PERIODO Y ELECCIÓN DE COMISIONADOS EXPERTOS DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE SALUD.

Actor: MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

LA CONSULTA

El Ministerio de la Protección Social eleva a la Sala la siguiente consulta:

“1-¿Los comisionados expertos que integran la primera Comisión de Regulación en Salud tienen derecho a ser reelegidos?

2- ¿En el evento de ser positiva la respuesta, debe surtir un nuevo concurso de méritos o en virtud de la vigencia de las listas de elegibles, sólo se requiere su designación?

3- ¿Si los comisionados expertos que integran la primera Comisión no pueden ser reelegidos, la designación de su reemplazo puede recaer en personas que integran las ternas vigentes?

4- ¿Si el reemplazo de los comisionados expertos que integran la primera Comisión no puede recaer en personas que integran las ternas vigentes, qué ocurre si las organizaciones señaladas en el numeral 3º del Artículo 4 de la Ley 1122 de 2007 no convocan el concurso público de méritos para su conformación? Ante la inexistencia de ternas, para no afectar el normal funcionamiento de la Comisión, ¿quién debería adelantar los concursos?

5- ¿La reelección de los Comisionados Expertos que integran la Comisión de Regulación en Salud a partir de la segunda Comisión, se surte a partir de un nuevo concurso de méritos o basta su designación si hacen parte de las listas de elegibles vigentes?

6 ¿Es posible reglamentar la utilización de las listas de elegibles para la reelección de los Comisionados?

7 ¿El Comisionado Experto, en su calidad de empleado público, al culminar su periodo debe continuar en ejercicio mientras no se designe su reemplazo so pena de configurar abandono en el cargo?

Como antecedentes de la consulta se señala lo siguiente:

- La Ley 1122 de 2007 creó la Comisión de Regulación en Salud, señaló cómo se conformaba y estableció la posibilidad de que sus miembros fueran reelegidos por una sola vez (art.5).

- Para la conformación de la primera Comisión, La Ley 1122 de 2007 incluyó una disposición transitoria según la cual al vencimiento del periodo de sus integrantes, el Presidente de la República procederá a “designar el reemplazo respectivo”, lo que ha generado la duda de si, al haberse usado la expresión “reemplazo”, dichos miembros de la primera comisión pueden o no ser reelegidos.

- De otro lado, se quiere saber cómo funcionan las listas de elegibles de las cuáles son conformadas las ternas para el nombramiento de los miembros expertos de la Comisión; en especial, se busca determinar si estando vigentes pueden servir para escoger los reemplazos de los comisionados al vencimiento de sus periodos o si para tales efectos deben conformarse nuevas listas de elegibles.

- Además, se tiene la inquietud de si al vencimiento del periodo de los miembros de la Comisión de Regulación en Salud, éstos deben separarse automáticamente del cargo, como ya lo ha manifestado la propia Sala de Consulta y Servicio civil en casos similares, o si deben permanecer en el mismo mientras se designa su remplazo, para no incumplir el deber previsto en el numeral 17 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, según el cual todo servidor público “*debe permanecer en el desempeño de sus labores mientras no se haya hecho cargo de ellas quien deba reemplazarlo*”.

CONSIDERACIONES

1. Creación de la Comisión de Regulación en Salud (Ley 1122 de 2007).

El 9 de enero de 2007 se expidió la Ley 1122 por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

Su objeto, según el artículo 1 de la ley, es realizar ajustes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, teniendo como prioridad el mejoramiento en la prestación de los servicios a los usuarios. Con este fin “se hacen reformas en los aspectos de dirección, universalización, financiación, equilibrio entre los actores del sistema, racionalización, y mejoramiento en la prestación de servicios de salud, fortalecimiento en los programas de salud pública y de las funciones de inspección, vigilancia y control y la organización y funcionamiento de redes para la prestación de servicios de salud.”

Una de tales modificaciones fue la creación de la *Comisión de Regulación en Salud*, que aparece regulada en los artículos 3 a 8 de la referida ley. A dicha Comisión se le dio naturaleza de unidad administrativa especial con personería jurídica adscrita al Ministerio de la Protección Social, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 3°. Comisión de Regulación en Salud: Creación y naturaleza. Créase la Comisión de Regulación en Salud (CRES) como unidad administrativa especial, con personería jurídica, autonomía administrativa, técnica y patrimonial, adscrita al Ministerio de la Protección Social.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud mantendrá vigentes sus funciones establecidas en la Ley 100 de 1993, mientras no entre en funcionamiento la Comisión de Regulación en Salud, CRES.

PARÁGRAFO. Se le dará al actual Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud un carácter de asesor y consultor del Ministerio de la Protección Social y de la Comisión de Regulación en Salud. El Ministerio de la Protección Social reglamentará las funciones de asesoría y consultoría del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.”

La creada *Comisión de Regulación* reemplazó al antiguo Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que según el artículo 3 en cita, pasó a tener funciones asesoras y consultivas de la propia Comisión y del Ministerio de la Protección Social.¹ Cabe resaltar que si bien se le dio personería jurídica, su autonomía no es la propia de otros órganos constitucionales autónomos, dado que la nueva Comisión sigue formando parte de Rama Ejecutiva del Poder Público y que sus miembros son nombrados directamente por el Presidente de la República, de acuerdo con el procedimiento que se señala más adelante.

A la Comisión le fue adscrita una Secretaría Técnica (art.6) y se estableció su forma de financiación (art.8); además, se le asignaron funciones centrales dentro del Sistema General de Salud, tales como definir y modificar los Planes Obligatorios de Salud, el listado de medicamentos que harán parte de los Planes de Beneficios, el valor de la Unidad de Pago por Capitación de cada régimen, el valor por beneficiario de los subsidios parciales en salud, sus beneficios y los mecanismos para hacer efectivo el subsidio, los criterios para establecer los pagos moderadores, el régimen que deberán aplicar las EPS para el reconocimiento y pago de las incapacidades originadas en enfermedad general o en las licencias de maternidad, etc. (art. 7).

2. Conformación de la Comisión.

Ahora bien, en cuanto a la conformación de la Comisión, el artículo 4 de la Ley 1122 estableció que a ella pertenecerán los Ministros de la Protección Social y de Hacienda y Crédito Público y 5 Comisionados Expertos de dedicación exclusiva *designados* por el Presidente de la República, pero provenientes de ternas enviadas por organizaciones privadas relacionadas con el sector de la salud, así:

ARTÍCULO 4°. *Composición*. La Comisión de Regulación en Salud estará integrada de la siguiente manera:

1. El Ministro de la Protección Social quien la preside, excepcionalmente podrá delegar sólo en alguno de sus Viceministros.
2. El Ministro de Hacienda y Crédito Público quien, excepcionalmente podrá delegar sólo en alguno de sus Viceministros.
3. Cinco Comisionados expertos, designados por el Presidente de la República, de ternas enviadas por diferentes entidades tales como: Asociación Colombiana de Universidades, Centros de Investigación en Salud, Centros de Investigación en Economía de la Salud, Asociaciones de Profesionales de la Salud y Asociaciones de Usuarios debidamente organizados. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

PARÁGRAFO. Las ternas serán elaboradas por las anteriores organizaciones, a partir de una lista de elegibles conformada mediante concurso público de méritos para todas las profesiones que incluyan examen de antecedentes laborales, examen de conocimientos sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con su experiencia y entrevista conforme lo señale el reglamento.

Como se observa, a pesar de que la designación de los miembros de la Comisión corresponde al Presidente de la República, la ley fortalece el valor constitucional de la participación ciudadana (art. 2 C.P.), permitiendo que sean las Universidades, los centros de investigación en salud y en economía en salud, las asociaciones de profesionales en salud y los usuarios del servicio, los que propongan directamente a las personas que formarán parte, como Comisionados Expertos, de la Comisión de Regulación en Salud.

Concretamente, el artículo 4 en cita establece que tales organizaciones deberán remitir ternas al Presidente de la República para la designación de los comisionados; que estas ternas saldrán de una lista de elegibles; que las listas de elegibles serán resultado de un concurso público de méritos para todas las profesiones; que el concurso público de méritos evaluará antecedentes laborales, experiencia y conocimientos sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud; y que todo lo anterior deberá hacerse en los términos *en que lo señale el reglamento*.

En este sentido, sin perjuicio de la facultad reglamentaria propia del Presidente de la República (art. 189-11 C.P.), la cual no requiere de habilitación legal expresa², la Ley 1122 de 2007 le encargó especialmente al reglamento el desarrollo de todo lo relativo al concurso, la lista de elegibles y la conformación de ternas para la elección de los comisionados expertos. Lógicamente esa facultad, como la potestad reglamentaria en general, debe ejercerse sin contrariar o desbordar los límites de la ley, tal como ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado³ y de la Corte Constitucional⁴. La extensión de la reglamentación dependerá en todo caso de que haya espacio para ella y también de que sea necesaria⁵, pues aquéllos aspectos regulados directamente y con detalle por el legislador, pueden no requerir un desarrollo posterior a través de disposiciones reglamentarias⁶.

3. El régimen de los Comisionados y su posible reelección por una sola vez.

El régimen de los *comisionados expertos* se encuentra regulado fundamentalmente en el artículo 5 de la Ley 1122 de 2007, el cual establece que el periodo de los Comisionados es de 3 años; permite su *reelección* por una vez (en estricto sentido su *redesignación*, pues no se trata como tal de una *elección* sino de un acto de designación o nombramiento que hace discrecionalmente el Presidente de la República de las ternas que recibe para tales efectos); los excluye de las disposiciones que regulan la carrera administrativa; señala su régimen de inhabilidades e incompatibilidades; fija los requisitos para desempeñar el cargo; y, en el párrafo final transitorio, determina un periodo diferencial para los primeros cinco comisionados expertos:

ARTÍCULO 5°. *Comisionados expertos*. Los comisionados expertos de la Comisión de Regulación en Salud serán de dedicación exclusiva.

Los anteriores comisionados ejercerán por períodos individuales de tres (3) años, reelegibles por una sola vez y no estarán sujetos a las disposiciones que regulan la carrera administrativa.

PARÁGRAFO 1°. Los comisionados estarán sujetos al siguiente régimen de inhabilidades e incompatibilidades:

Los comisionados no podrán tener directa o a través de terceros ningún vínculo contractual o comercial con entidades promotoras de salud, instituciones prestadoras de servicios de salud y productoras o comercializadores mayoristas de medicamentos o insumos hospitalarios.

No podrán ser comisionados aquellas personas cuyo cónyuge o compañero(a) permanente, o sus parientes en el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, sean representantes legales, miembros de junta directiva o accionistas o propietarios de entidades promotoras de salud, instituciones prestadoras de servicios de salud, empresas productoras o comercializadoras mayoristas de medicamentos o insumos hospitalarios.

PARÁGRAFO 2°. Los expertos deberán ser profesionales mínimo con título de maestría o su equivalente, cada uno de ellos deberá acreditar experiencia en su respectiva área no menor de 10 años.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Los comisionados expertos y seleccionados en la primera integración de la CRES, tendrán los siguientes períodos: un Comisionado tendrá un período de un (1) año, dos de dos (2) años y dos de tres (3) años. Al vencimiento del período de cada uno de estos expertos, el Presidente de la República *designará el reemplazo respectivo*, con base en los criterios estipulados en el artículo anterior, para períodos ordinarios de tres (3) años. (Negrilla fuera de texto).

Como se observa en el párrafo transitorio, la ley reguló de manera especial y separada la conformación y periodo *de los primeros comisionados de regulación en salud*. Según dicho párrafo, la ley estableció para ellos periodos diferenciados de 1, 2 y 3 años, de manera que en adelante sus sucesores no tendrán periodos coincidentes sino escalonados. La Comisión se verá entonces permanentemente renovada y su funcionamiento muy posiblemente no se afectará cuando se produzca el cambio periódico de alguno de sus miembros.

Ahora bien, llegado a este punto, surge para la entidad consultante un interrogante sobre la posibilidad o no de que esos primeros miembros de la Comisión sean reelegidos al vencimiento de su periodo. Al respecto se observa lo siguiente.

Las reglas de interpretación previstas en el Código Civil indican que cuando el sentido de la ley sea claro no se desatenderá su tenor literal so pretexto de buscar su espíritu (art.27) y que las palabras de la ley deben entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso natural de las mismas (art.28). Además, que el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que entre ellas exista coherencia y armonía (art.30).

Siguiendo estas reglas de interpretación, encuentra la Sala que si *reemplazar* significa "*sustituir algo por otra cosa, poner en su lugar otra que haga sus veces*", y más concretamente, "*sucedera a alguien en el empleo, cargo o comisión que tenía o hacer accidentalmente sus veces*", debe

entenderse entonces que simplemente el legislador optó por la sustitución de esos primeros cinco comisionados por otros nuevos, forzando así una primera renovación de la Comisión. Pero además, refuerza lo anterior, el hecho de que el párrafo transitorio señale particularmente que ese *reemplazo* deberá hacerse de acuerdo con los criterios de selección del “artículo anterior”, esto es del artículo 4 de la misma ley, en el cual no se hace referencia alguna a la reelección, sino, exclusivamente, a las ternas originadas en las listas de elegibles conformadas mediante concurso público de méritos.

Por tanto, la fórmula utilizada por el legislador en el párrafo transitorio del artículo 5 no permite la reelección de los primeros cinco comisionados expertos, pues al haber señalado que (i) al “vencimiento” de sus periodos (ii) se proveerá su “reemplazo” (iii) conforme al artículo 4 de la Ley (listas de elegibles), excluyó esa posibilidad.

Por lo demás, la Sala no considera que este entendimiento enfrente un problema constitucional de igualdad como se presenta en la Consulta, ni que se afecten “derechos” de aquellos primeros 5 comisionados. Por una parte, no se encuentra, al menos de forma evidente, que el Congreso haya utilizado un criterio de discriminación negativa, pareciendo simplemente que se ha inclinado por una de las varias opciones de selección de funcionarios dentro del margen de configuración legislativa que le concede la Constitución; de otro lado, esa primera renovación es compatible con el principio de participación ciudadana, en la medida que permite que otras personas ingresen al servicio público; adicionalmente, la reelección no es un derecho de los comisionados expertos, ni siquiera para los que posteriormente remplacen a los primeramente designados, pues ellos apenas tendrán una posibilidad *eventual e incierta* de que sus periodos sean renovados por el Presidente de la República si éste así lo decide; pero el Presidente de la República también podría optar, discrecionalmente y sin que lo ate derecho alguno en cabeza de los comisionados en ejercicio, por hacer los reemplazos que correspondan conforme al sistema de selección del artículo 4 de la ley.

Dado que esta conclusión lleva a una respuesta negativa al primer interrogante, se pasará directamente a la tercera pregunta de la Consulta⁸, relacionada con la posibilidad de que el reemplazo de los primeros comisionados expertos pueda hacerse utilizando las listas de elegibles que se encuentren vigentes, sin necesidad de un nuevo concurso. Para el efecto, se revisará el Decreto 2277 de 2008 que reglamentó esa materia.

4. El uso de las listas de elegibles para la elección de Comisionados Expertos de la Comisión de Regulación en Salud (Decreto 2277 de 2008).

Para desarrollar el artículo 4 de la Ley 1122 de 2007, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2277 de 2008, por el cual “se reglamenta el proceso para adelantar la designación de los comisionados expertos que formaran parte de la Comisión de Regulación en Salud”.

De su artículo 1 (objeto) cabe resaltar la regla allí fijada de que los procesos de selección serán públicos y se adelantarán directamente por las organizaciones de que trata la Ley 1122 de 2007⁹.

El artículo 2 fija los requisitos para ser Comisionado Experto; el artículo 3 se refiere al procedimiento de registro en el Ministerio de la Protección Social de las organizaciones privadas que quieran presentar ternas para la elección de comisionados; el artículo 4 establecía un plazo especial para el registro de las organizaciones interesadas en participar en la elección de los primeros comisionados; el artículo 5 contiene las condiciones de la convocatoria pública al proceso de selección de candidatos por parte de las organizaciones privadas habilitadas; y el artículo 6 establece las pruebas que se deben hacer a los participantes del concurso público de méritos (examen de antecedentes laborales, prueba de conocimientos y entrevista).

Ahora bien, el artículo 7 del decreto determina la manera en que se conforman las listas de elegibles y se elaboran las ternas que serán enviadas al Presidente de la República para la elección de los Comisionados Expertos:

ARTICULO 7°. CONFORMACION DE LAS LISTAS. Cada organización conformará una lista de elegibles con los aspirantes que hayan superado el proceso de selección con un puntaje igual o superior al setenta por ciento (70%) del valor total del concurso, la cual tendrá una vigencia de tres (3) años. Con la mencionada lista, cada organización conformará una terna que deberá ser divulgada de la misma manera que la convocatoria respectiva.

De acuerdo con lo anterior, cada organización elaborará su lista de elegibles con todas las personas que han obtenido un puntaje igual o superior al 70% de las pruebas del concurso; de ese listado, cada organización conforma a su vez una terna que divulgará en los mismos términos de la convocatoria y que remitirá al Ministerio de la Protección Social para su presentación al Presidente de la República (art.8¹⁰).

Aunque la norma no lo señale, es claro que conforme a los principios que orientan la realización de los concursos públicos de méritos, las referidas listas deben ser ordenadas según los puntajes obtenidos por los participantes (de mayor a menor) y que, por lo mismo, las ternas serán conformadas con las personas que hayan obtenido las mayores calificaciones del respectivo concurso según su mérito.

Recibidas las ternas por el Ministerio de la Protección Social, éste las organizará y entregará al Presidente de la República, quien podrá escoger discrecionalmente a cualquiera de los ternados, de cualquiera de las listas y sin sujeción a ningún orden en particular (art.9¹¹).

Ahora bien, conforme dispone el mismo artículo 7 arriba transcrito, las respectivas listas tienen una vigencia de 3 años, lo que significa que durante ese tiempo deben cumplir su vocación natural de proveer candidatos para elaborar las ternas de elegibles requeridas para reemplazar a los comisionados expertos que se retiren de la Comisión, conforme lo establece el artículo 10 del mismo decreto que señala:

“ARTICULO 10°. REEMPLAZO DE COMISIONADOS EXPERTOS POR VACANCIAS DEFINITIVAS. Las vacancias definitivas que se generen antes del vencimiento del periodo de los Comisionados Expertos, serán provistas por el Presidente de la República, seleccionándolo de las ternas elaboradas por todas las organizaciones que tengan listas de elegibles vigentes, sin atender la organización que haya propuesto al Comisionado

retirado ni la que proponga al que se designa para su reemplazo.

Se entenderá vacancia definitiva la definida para el efecto por las disposiciones aplicables a los servidores públicos.

Los periodos de los miembros de la Comisión serán individuales y no institucionales, por lo cual, a partir de la integración de la primera Comisión, todos los Comisionados que se designen posteriormente ejercerán por periodos de tres (3) años, con la posibilidad de ser reelectos por una sola vez, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5° de la Ley 1122 de 2007."

Para la Sala, el hecho de que este artículo 10 se refiera al uso de las listas vigentes en caso de vacancias definitivas producidas "antes del vencimiento" de los respectivos periodos, no significa que no se puedan utilizar también, estando vigentes (art.7), para proveer las ternas necesarias para la elección de los comisionados expertos que habrán de reemplazar a quienes, en razón de su periodo particular de 1, 2 o 3 años, deben dejar la Comisión de Regulación en Salud.

Por una parte, porque si la lista está vigente no habría razón para exigir un nuevo concurso, pues ello iría en contra de los principios de eficiencia y economía de la función administrativa, los cuales permean este sistema de selección de candidatos realizados por las organizaciones privadas de conformidad con la ley; de otro lado, tampoco habría una razón válida para desconocer la expectativa de los integrantes de las listas vigentes, como quiera que su inscripción está basada en la superación de un concurso de méritos y la acreditación de unas calidades determinadas que conservan su vigencia (estudios, experiencia, entrevista).

En este punto del concepto, la Sala debe aclarar dos aspectos que aparecen expuestos de manera algo equívoca en la consulta:

- Lo primero es que en estricto sentido, lo que mantiene su vigencia por tres años conforme al artículo 7 arriba citado, son las *listas* resultantes del concurso público de méritos y no *las ternas* elaboradas en su momento para la escogencia de comisionados por parte del Presidente de la República. Es posible, como es lógico, que una terna enviada por una determinada organización para una elección anterior se repita posteriormente si ninguno de sus integrantes llegó a ser escogido en su oportunidad; pero también es factible que esa terna se hubiera descompletado porque alguno o algunos de sus integrantes fue elegido en su momento como comisionado experto, caso en el cual deberá completarse con las personas en turno de la correspondiente lista de elegibles que mantenga su vigencia.

- Lo segundo es que para la *reelección o redesignación* (salvo para los primeros 5 miembros) no hace falta que los comisionados expertos en ejercicio sean incluidos nuevamente en una terna de elegibles por las respectivas organizaciones privadas, pues para tal efecto la ley no exige nada distinto a que se tenga esa condición (*la de comisionado experto*); así, es el hecho de estar en ejercicio de dicho cargo lo que le permite al Presidente de la República su ratificación por un periodo más, salvo, como se dijo, para los primeros 5 comisionados, los cuales no tienen esa posibilidad.

En ese sentido, se reitera que tanto la Ley 1122 de 2007, como el artículo 9 del Decreto 2277 que ya se ha citado, le dan una amplia facultad de escogencia al Presidente de la República que puede optar discrecionalmente, por la ratificación de quienes se encuentran en ejercicio del cargo (por un periodo más) o por escoger entre las múltiples ternas que se le envíen por las organizaciones privadas de que trata el artículo 4 de la Ley 1122 de 2007.

Caso diferente será el del comisionado experto que no sea redesignado ("reelegido") inmediatamente, pues si posteriormente volviera a aspirar a ese mismo cargo, en tal caso sí deberá participar nuevamente en el correspondiente concurso de méritos y ser escogido de las ternas enviadas al Presidente de la República en la forma en que prescribe la normatividad vigente.

En cualquier caso, la "reelección", inmediata o no, sólo podrá darse una sola vez.

5. Posibilidad de permanencia en el cargo de los comisionados expertos al vencimiento de su periodo.

Según la consulta, existe duda sobre la obligación que tendrían los comisionados expertos de seguir en el cargo una vez vencido su periodo, hasta que sea nombrado su remplazo. Lo anterior, debido a la obligación contenida en el numeral 17 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, según el cual todo servidor público tiene el deber de permanecer en el desempeño de sus labores, mientras no se haya hecho cargo de ellas quien deba reemplazarlo. Al respecto se observa lo siguiente.

El adecuado cumplimiento de los fines del Estado de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (art.2 C.P) y, en particular, la vinculación de la función administrativa al servicio de los intereses generales conforme a principios de eficacia, economía y celeridad (art.209.C.P), requiere, entre otros aspectos, de la continuidad (no interrupción) de las funciones públicas, puesto que "la continuidad en el ejercicio de sus funciones resulta esencial para el funcionamiento del Estado. Únicamente bajo esa perspectiva puede garantizarse el logro de los fines estatales a que se refiere el artículo 2º de la Carta."¹²

En ese sentido, el ordenamiento jurídico ha previsto diversas soluciones para evitar vacíos en el ejercicio de las competencias administrativas que puedan alterar el correcto funcionamiento de los órganos públicos. Así, por regla general, las normas señalan expresamente la forma de proveer las faltas absolutas o temporales de quien ejerce el cargo o termina su periodo y también permite acudir a figuras como el *encargo de funciones*, hasta tanto se suple la ausencia del titular.

Así mismo, desde la Ley 4 de 1913 se ha establecido una regla complementaria para asegurar la continuidad de las funciones públicas en los procesos de transición entre los servidores administrativos, conforme a la cual quien deja el cargo debe esperar la llegada de su reemplazo. Así, el artículo 5º de la Ley 4 de 1913 establece expresamente que "ningún empleado administrativo dejará de funcionar, EVA q

terminado, sino luego que se presente a reemplazarlo el que haya sido nombrado para el efecto, o el suplente respectivo.”

Y, en ese sentido, el numeral 17 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 establece como deber de todo servidor público “permanecer en el desempeño de sus labores, mientras no se haya hecho cargo de ellas quien deba reemplazarlo, salvo autorización legal, reglamentaria, o de quien deba proveer el cargo.”

Lo anterior, en concordancia con el artículo 126 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973 que establece las causales de abandono del cargo¹³, entre ellas, particularmente, el hecho de abstenerse de prestar el servicio “antes de que asuma el cargo quien ha de reemplazarlo”.

Sobre la existencia de este deber de permanencia se pronunció esta Sala en Concepto 643 de 1994¹⁴, al señalar con base en el artículo 281 de la Ley 4 de 1913, que los miembros del Consejo Nacional Electoral (aún no se había creado la figura de los periodos institucionales - Acto Legislativo 1/2003), a pesar de que su periodo hubiere vencido, “deben permanecer en el cargo hasta cuando tomen posesión quienes deben reemplazarlos en el nuevo periodo constitucional”.

De manera más reciente, en Concepto 1860 del 6 de diciembre de 2007¹⁵, esta Sala señaló que la regla de continuidad establecida desde la Ley 4 de 1913 debe entenderse derogada respecto de los funcionarios *de periodo institucional* (cargos de elección con periodo constitucional o legal -art.125 C.P.-), dado que su mandato es improrrogable y conlleva el retiro automático del cargo una vez cumplido el respectivo periodo. Al respecto se indicó:

“El vencimiento de un período institucional por tratarse de un cargo de elección, ya sea por mandato constitucional o legal, de un servidor público, produce su separación automática del cargo y en tal virtud, debe dejar válidamente de desempeñar las funciones del mismo, sin que incurra en abandono del cargo puesto que el carácter institucional del período hace imperativo que tan pronto el funcionario lo cumpla, cese inmediatamente en sus atribuciones y no desarrolle actuación adicional alguna ni expida actos administrativos con posterioridad al vencimiento del término, pues ya carece de competencia para ello.

En este aspecto la Sala considera que el artículo 281 del Código de Régimen Político y Municipal, la ley 4ª de 1913, se encuentra derogado en cuanto se refiere a cargos públicos de elección cuyos periodos son institucionales, conforme a la mencionada reforma constitucional.

Este artículo establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 281.- Ningún empleado administrativo dejará de funcionar, aunque su período haya terminado, sino luego que se presente a reemplazarlo el que haya sido nombrado para el efecto, o el suplente respectivo” (Destaca la Sala).

El carácter institucional del período, de acuerdo con el actual párrafo del artículo 125 de la Carta¹⁶, implica que el plazo es imperativo, de forzoso cumplimiento, de manera que no se puede extender el ejercicio del cargo más allá del término y en este sentido se debe entender derogada la disposición transcrita para los empleos de elección por período fijo.”

En ese sentido, quedaba ratificado lo afirmado por la Sala en el Concepto 1743 de 2006, en cuanto a que, conforme al Acto Legislativo 1 de 2003 (que adicionó el artículo 125 de la Constitución), la persona elegida para ocupar un cargo de periodo institucional “no puede tomar posesión antes de la fecha de inicio *ni retirarse después de la fecha de terminación*”.

En síntesis, respecto de los funcionarios de *periodo institucional*, no opera la regla de *continuidad* sino de *desinvertidura automática*, que les obliga a la separación inmediata del cargo al vencimiento de su periodo, sin que ello produzca abandono del cargo. Los demás funcionarios de periodo deberán permanecer en el cargo hasta que asuma el mismo quien debe reemplazarlos, salvo, que la ley prevea una solución especial (diferente) para la transición o que se de alguna de las excepciones del artículo 34-17 de la Ley 734 de 2002, y sin perjuicio, claro está, de la posibilidad de renuncia que tiene cualquier servidor público¹⁷.

Ahora, volviendo al caso consultado, la Sala observa que el periodo de los Comisionados Expertos de la Comisión de Regulación en Salud *no es institucional*, porque no se trata de “cargos de elección” (art.125 C.P); en efecto, como se aclaró en la primera parte de este concepto, el acceso al cargo de Comisionado no proviene, en estricto sentido, de un acto de elección, pues si bien hay una *escogencia* entre las diversas ternas enviadas por las organizaciones habilitadas para el efecto, la autoridad que los designa es unipersonal (el Presidente de la República). Adicionalmente, el Decreto Reglamentario 2277 de 2008 señala expresamente que los periodos de dichos comisionados son individuales y no institucionales, con lo que se zanja cualquier duda al respecto¹⁸.

Por tanto, la Sala concluye que al no haber una regla especial de reemplazo temporal de los comisionados expertos mientras se designa a los titulares de dichos empleos, los mismos deben permanecer en su cargo al vencimiento de su periodo, con todos los efectos legales, mientras no se haya ocupado del mismo quien deba reemplazarlos (núm. 17- art. 34, Ley 734/2002).

En todo caso, la Sala considera necesario advertir, como aclaró desde hace mucho el Consejo de Estado al estudiar el sentido del artículo 281 de la Ley 4 de 1913¹⁹, que el objeto de dicha norma y del deber de permanencia ahora contenido en la Ley 734 de 2002, es evitar la discontinuidad de la Administración y asegurar el cumplimiento adecuado de las funciones públicas en los procesos de transición entre los servidores administrativos (por lo que su vocación es temporal), de manera que de modo alguno contiene o habilita un sistema de prórroga indefinida de los periodos de los servidores públicos. Por tanto, esa suplencia temporal que evita eventuales vacíos competenciales, no releva de las obligaciones legales de nombramiento y designación de los funcionarios que deben ocupar los cargos públicos, ni exonera por la responsabilidad derivada del incumplimiento de esa obligación.

4. Recomendación final.

Para evitar alteraciones en el correcto funcionamiento de la Comisión, la Sala recomienda al Gobierno promover con la suficiente antelación los concursos para la elaboración de las listas de elegibles que sustituirán a las que pierdan vigencia, de manera que siempre existan listados disponibles para proveer las ternas de las cuales deben designarse a los Comisionados Expertos.

Así mismo, el Presidente de la República puede hacer con la suficiente antelación la designación de los reemplazos de los Comisionados (aún antes de que se venza el periodo de quienes dejarán el cargo), con el fin de facilitar los empalmes correspondientes entre los funcionarios entrantes y salientes y evitar la solución de continuidad de esa función pública.

De acuerdo con lo anterior, la Sala RESPONDE:

"1-¿Los comisionados expertos que integran la primera Comisión de Regulación en Salud tienen derecho a ser reelegidos?"

Respuesta. No, los comisionados expertos que integren la primera Comisión de Regulación en Salud, no pueden ser reelegidos al vencimiento de sus periodos.

2- ¿En el evento de ser positiva la respuesta, debe surtir un nuevo concurso de méritos o en virtud de la vigencia de las listas de elegibles, sólo se requiere su designación?"

Respuesta. La primera pregunta fue respondida negativamente y, por tanto, la hipótesis de este interrogante no se presenta.

3- ¿Si los comisionados expertos que integran la primera Comisión no pueden ser reelegidos, la designación de su reemplazo puede recaer en personas que integran las ternas vigentes?"

Respuesta. Sí. La designación de los reemplazos de los primeros comisionados expertos que terminen su periodo legal, puede hacerse de ternas elaboradas con base en listas de elegibles que se encuentren vigentes de conformidad con el Decreto 2277 de 2008.

4- ¿Si el reemplazo de los comisionados expertos que integran la primera Comisión no puede recaer en personas que integran las ternas vigentes, qué ocurre si las organizaciones señaladas en el numeral 3º del Artículo 4 de la Ley 1122 de 2007 no convocan el concurso público de méritos para su conformación? Ante la inexistencia de ternas, para no afectar el normal funcionamiento de la Comisión, ¿quién debería adelantar los concursos?"

Respuesta. Como la pregunta 3 fue respondida afirmativamente, esta hipótesis no se presenta.

5- ¿La reelección de los Comisionados Expertos que integran la Comisión de Regulación en Salud a partir de la segunda Comisión, se surte a partir de un nuevo concurso de méritos o basta su designación si hacen parte de las listas de elegibles vigentes?"

Respuesta. Para la reelección inmediata de los Comisionados Expertos de la Comisión de Regulación en Salud no es necesario que sean ternados nuevamente o que formen parte de listas de elegibles vigentes; para ello basta que se encuentren en ejercicio del cargo.

En todo caso se reitera que la posibilidad de reelección no cobija a los primeros comisionados que fueron designados conforme al parágrafo transitorio del artículo 5 de la Ley 1122 de 2007.

6 ¿Es posible reglamentar la utilización de las listas de elegibles para la reelección de los Comisionados?"

Respuesta. Como la reelección de los Comisionados Expertos no se hace con base en las listas de elegibles, sino por razón de estar en ejercicio de ese cargo, la Sala no vería la necesidad de la referida reglamentación.

En cualquier caso, la potestad reglamentaria deberá ejercerse dentro del marco de la Ley, sin contrariarla o desbordar sus límites.

7 ¿El Comisionado Experto, en su calidad de empleado público, al culminar su periodo debe continuar en ejercicio mientras no se designe su reemplazo so pena de configurar abandono en el cargo?"

Respuesta. Si, al vencimiento de su periodo legal, los Comisionados Expertos deben permanecer en el cargo hasta que no se hayan ocupado del mismo las personas que deban reemplazarlos.

ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA

PRESIDENTE DE LA SALA

LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO

MAGISTRADO

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA

MAGISTRADO

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

MAGISTRADO

JENNY GALINDO HUERTAS

SECRETARÍA DE LA SALA

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

¹En ese sentido, la nueva entidad recibió una autonomía administrativa, patrimonial y técnica que el antiguo Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud no tenía, pues éste funcionaba solamente como un organismo sin personería jurídica adscrito al Ministerio de la Protección Social (art.171 Ley 100/1993).

² Sentencia del 3 de diciembre de 2007, Sección Tercera, .M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715) y otros acumulados: “De otro lado, aunque el elemento esencial para que se pueda ejercer la potestad reglamentaria es la preexistencia de un contenido mínimo material legislativo a reglamentar y su ejercicio se amplía o restringe en la medida en que el Congreso utilice en mayor o menor grado sus poderes jurídicos, como derecho propio constitucionalmente otorgado al Presidente de la República en su calidad de primera autoridad administrativa, no necesita de norma legal expresa que la conceda, ni puede ser limitada en cuanto a la materia y el tiempo en que pueda utilizarla, siempre que continúe vigente la norma legal reglamentada. Así, la facultad de reglamentar la ley es “...inalienable, intransferible, inagotable, pues no tiene plazo y puede ejercerse en cualquier tiempo y es irrenunciable, por cuanto es un atributo indispensable para que la Administración cumpla con su función de ejecución de la ley.”.

³ “El reglamento, como expresión de esta facultad originaria del Ejecutivo es, pues, un acto administrativo de carácter general que constituye una norma de inferior categoría y complementaria de la ley; su sumisión jerárquica a ésta en la escala normativa (principio de jerarquía normativa piramidal) es indiscutible y absoluta, toda vez que se produce en los ámbitos y espacios que la ley le deja y respecto de aquello que resulte necesario para su cumplida ejecución, sin que pueda suprimir los efectos de los preceptos constitucionales o legales ni contradecirlos, motivo por el cual si supera o rebasa el ámbito de aplicación de la ley e incursiona en la órbita de competencia del Legislador compromete su validez y, por tanto, deberá ser declarado nulo, de conformidad con lo ordenado por el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política.” (Sentencia del 3 de diciembre de 2007 anteriormente citada). Igualmente, Sentencia de 18 de junio de 2009, Sección Primera del Consejo de Estado, Exp. 11001-03-24-000-2005-00242-01: “Siendo esa la naturaleza jurídica del acto administrativo cuestionado, es preciso enfatizar entonces que desde el punto de vista teleológico, los decretos reglamentarios que expide el Presidente de la República en ejercicio de las atribuciones previstas en el artículo 189 numeral 11 de Carta, deben apuntar al único propósito de posibilitar la cumplida ejecución de las leyes (incluyendo dentro de ellas las normas que tienen fuerza de ley), mediante la precisión y puntualización de las circunstancias de tiempo, modo y lugar y de aquellos aspectos puntuales que son indispensables para garantizar su cabal cumplimiento y ejecución. En ese orden de ideas, los decretos reglamentarios se entienden subordinados a la ley que es objeto de reglamentación y como consecuencia de ello nada pueden disponer excediendo o contrariando sus mandatos. Por esa potísima razón esta Sala ha dejado establecido en innumerables pronunciamientos jurisprudenciales que el Gobierno Nacional no puede acudir a esta modalidad de actos administrativos para modificar, ampliar o restringir el sentido y el alcance de las disposiciones legales.” Así mismo, auto del 1 de abril de 2009, Sección Tercera, Exp. 11001-03-26-000-2009-00024-00(36476).

⁴ En reciente Sentencia C-372 de 2009, con apoyo en Sentencia C-028 de 1997: “Así pues, la facultad reglamentaria no es absoluta, pues tiene como límite y radio de acción a la Constitución y la ley, y es por ello que el Ejecutivo al ejercerla no puede alterar o modificar el contenido y espíritu de la ley, ni puede reglamentar leyes que no ejecuta la administración, como tampoco puede desarrollar aquellas materias cuyo contenido está reservado al legislador”.

⁵ “El ejercicio de la potestad reglamentaria se amplía o restringe en la medida en que el Congreso utilice en mayor o menor grado sus poderes jurídicos.” (Sentencia C-372 de 2009)

⁶ “En consecuencia, el poder reglamentario se encuentra limitado en función a la necesidad de la cumplida ejecución de la ley y, como lo ha manifestado la jurisprudencia, la extensión de esta competencia es inversamente proporcional a la extensión de la ley, es decir, cuanto mayor sea el campo disciplinado por la ley, menor será el que corresponde al decreto reglamentario y, al contrario, si ella sólo regula aspectos o reglas generales para su aplicación, más amplio será el campo de desarrollo del reglamento, acorde con las exigencias requeridas para su cumplimiento.” (Sentencia del 3 de diciembre de 2007, Sección Tercera, .M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715) y otros acumulados).

⁷ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA, sede electrónica www.rae.es.

⁸ La segunda pregunta no tiene lugar porque partía del supuesto de que el primer interrogante se respondiera afirmativamente.

⁹ ARTICULO 1º. OBJETO. El presente decreto tiene por objeto reglamentar el proceso de selección para conformar las ternas de las cuales se
Concepto Sala de Consulta C.E. 2032 de
2010 Consejo de Estado - Sala de Consulta
y Servicio Civil

designarán los Comisionados Expertos que formarán parte de la Comisión de Regulación en Salud. Los procesos de selección serán públicos y se adelantarán por las organizaciones previstas en el numeral 3° del artículo 4° de la Ley 1122 de 2007, que se encuentren debidamente registradas en el Ministerio de la Protección Social.

¹⁰ ARTICULO 8°. PRESENTACION DE LAS TERNAS. Dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de apertura del concurso público de méritos, las organizaciones registradas presentarán sus temas al Ministerio de la Protección Social, al que le corresponderá clasificarlas y enviarlas dentro de los diez (10) días siguientes al Presidente de la República.

Las ternas que sean presentadas fuera de los términos establecidas en el presente decreto no se tendrán en cuenta.

La presentación de las temas al Presidente de la República en ningún caso constituye compromiso ni representación de las entidades a que se refiere el numeral 3° del artículo 4° de la Ley 1122 de 2007 en la Comisión de Regulación en Salud.

¹¹ ARTICULO 9°. DESIGNACION DE COMISIONADOS EXPERTOS. El Presidente de la República designará a los cinco (5) Comisionados Expertos, libremente y sin consideración a la organización que los presente, a partir de las temas elaboradas por éstas, pudiendo escoger más de uno de cada una de ellas, procurando que la Comisión cuente con profesionales de la salud, preferiblemente salubristas o epidemiólogos, expertos en tecnología médica y/o en medicamentos, profesionales en ciencias económicas, matemáticas o financieras, y jurídicos o afines.

¹² Sentencia C-110 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, reiterada posteriormente en Sentencia C-314 de 2004.

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 31 de julio de 2008, Exp. 68001-23-15-000-2000-01185-01(2151-07).

¹⁴ M.P. Humberto Mora Osejo.

¹⁵ M.P. Gustavo Aponte Santos.

¹⁶ El artículo 125 de la Constitución establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 125.- Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

(...)

PARÁGRAFO.- (Adicionado por el Acto Legislativo No. 1 de 2003, art. 6º).- Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual éste fue elegido” (Resalta la Sala).

¹⁷ Concepto 643 de 1994, M.P. Humberto Mora Osejo.

¹⁸ *“ARTÍCULO 10° (...) Los períodos de los miembros de la Comisión serán individuales y no institucionales, por lo cual, a partir de la integración de la primera Comisión, todos los Comisionados que se designen posteriormente ejercerán por períodos de tres (3) años, con la posibilidad de ser reelectos por una sola vez, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5o de la Ley 1122 de 2007.”*

¹⁹ *“Los ordenamientos de los artículos 281 y 11 citados, no pueden interpretarse en el sentido que disponen algo contrario al principio expuesto en el aparte precedente [desinvestidura del cargo al vencimiento del periodo], entre otras razones porque las normas legales hay que considerarlas como dictadas de concierto, si esto es posible, lo que hace concluir que los artículos en cuestión no prescriben en manera alguna la prórroga indefinida de los períodos en el caso allí contemplado, sino que, para evitar la discontinuidad de la administración, prohíben al empleado cuyo periodo ha concluido, abandonar el puesto hasta que se presente la persona que debe reemplazarlo por nombramiento hecho, en propiedad, por quien deba proveer el empleo (...). (Corchete fuera del texto). (Consejo de Estado, Sentencia del 18 de febrero de 1959).*

Fecha y hora de creación: 2024-11-26 23:51:35