

CONCEPTO 87 DE 2023

(mayo)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS - INVIMA

Bogotá D.C.

1107-087-2023

Doctora:

XXXXX

Asunto: Respuesta a su consulta sobre la calidad que ostentan los integrantes de la Comisión Revisora y su forma de vinculación.

Cordial saludo:

En atención a la solicitud del asunto, relacionada con la calidad que ostentan los integrantes de las Salas Especializadas de la Comisión Revisora y su tipo de vinculación, de manera atenta la Oficina Asesora Jurídica, en el marco de sus competencias, se permite dar respuesta en los siguientes términos:

La consulta

"Teniendo en cuenta que en el INVIMA existe la Comisión Revisora como Órgano de Asesoría del Instituto, que la misma está conformada por diferentes salas, en las cuales de conformidad al Acuerdo 003 del 2017, modificada por el Acuerdo N 002 de 2019 se estableció los perfiles de los diferentes integrantes, en los que se evidencia que algunos son designados por el Ministerio de Salud y Protección Social, otros son elegidos mediante convocatoria pública adelantada por el Instituto y a su vez también se encuentra integrada por funcionarios de esta entidad.

Por lo anterior, amablemente solicito se emita Concepto frente a la calidad que ostentan estos miembros integrantes de las salas especializadas de la Comisión revisora y su tipo de vinculación".

Marco normativo aplicable

Constitución Política de Colombia

Ley 909 de 2004

Decreto 2078 de 2012

Acuerdo 3 de 2017

Acuerdo 2 de 2019

Resolución 2017030958 de 2017

Consideraciones jurídicas

Dentro de la estructura general del Invima, el artículo 8 del Decreto 2078 de 2012 prevé los "órganos de asesoría y coordinación"^[1], los cuales, según el artículo 29 ibídem, "cumplirán sus funciones de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia".

Uno de los referidos órganos asesores del Invima, es la Comisión Revisora (CR), cuya conformación y funciones se encuentran consagradas en el Acuerdo No. 3 de 2017^[2] modificado por el Acuerdo 2 de 2019^[3], emitidos por el Consejo Directivo del Invima, esto en cumplimiento del artículo 9 del Decreto 2078 de 2012, que indica:

"ARTÍCULO 9o. FUNCIONES DEL CONSEJO DIRECTIVO. Serán funciones del Consejo Directivo del Invima, de

conformidad con lo señalado en el artículo 76 de la Ley 489 de 1998, las siguientes:

(...)

3. Establecer y modificar la composición y funciones de la Comisión Revisora.

(...)"

En lo referente a la naturaleza y competencias de la Comisión Revisora, el mencionado Acuerdo No. 3 de 2017, dispuso:

“ARTÍCULO 2. NATURALEZA DE LA COMISIÓN REVISORA. La Comisión Revisora es un órgano de asesoría del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, que brindará igualmente, asesoría al Ministerio de Salud y Protección Social, cuando así esa entidad lo requiera.”

ARTÍCULO 3. COMPETENCIA. La Comisión Revisora, en su carácter asesor del INVIMA y del Ministerio de Salud y Protección Social, emitirá conceptos y recomendaciones técnicos-científicos, conforme a las funciones que se le señalan en el presente Acuerdo y las disposiciones sanitarias vigentes.”

Como se observa, la Comisión Revisora es un órgano de asesoría del Invima y del Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS), que emite conceptos y recomendaciones técnico-científicas sobre productos competencia del Instituto, y que está conformada por profesionales bajo la observancia de los parámetros y requisitos establecidos en el Acuerdo en comento, así:

“ARTÍCULO 5. MIEMBROS DE LAS SALAS. Las Salas Especializadas estarán constituidas por profesionales designados por el Consejo Directivo de aspirantes que se postulen a través de convocatoria pública y abierta; por servidores públicos del INVIMA que ocupen los cargos señalados en el presente Acuerdo, y por los profesionales designados por el Ministro de Salud y Protección Social.

ARTÍCULO 6. REQUISITOS PARA OSTENTAR LA CALIDAD DE MIEMBRO DE LAS SALAS ESPECIALIZADAS. Los miembros de las Salas Especializadas de la Comisión Revisora del INVIMA deben cumplir los requisitos que se señalen en el presente Acuerdo”. (Se subraya).

Nótese entonces que el mencionado artículo 5 dispone que las Salas Especializadas de la CR están constituidas por i) profesionales designados por el Consejo Directivo de aspirantes que se postulen a través de convocatoria pública y abierta; ii) por servidores públicos del INVIMA que ocupen los cargos señalados en el Acuerdo, y iii) por los profesionales designados por el MSPS.

Ahora bien, para determinar la calidad que ostentan y el tipo de vinculación de los integrantes de las Salas de la CR, es menester traer a colación lo previsto en el artículo 123 de la Constitución Política de Colombia, que señala:

“ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.” (Subrayas añadidas).

Tales preceptos constitucionales han sido desarrollados por el Consejo de Estado, tanto en sede de consulta, como en lo contencioso administrativo, precisando las formas de vinculación con el Estado, así:

“El Constituyente de 1991, clasificó a los servidores públicos del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, en tres categorías generales, según se desprende del contenido del artículo 123, esto es: miembros de corporaciones públicas, empleados públicos y trabajadores oficiales (...)”^[4] (Se subraya).

“El régimen jurídico colombiano ha contemplado tres clases de vinculaciones con entidades públicas, las cuales no se pueden confundir, porque ellas tienen sus propios elementos tipificadores. Son: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal)(...)”^[5]. (Subrayas fuera de texto).

En el mismo sentido, en relación con la existencia del empleo público, la referida Corporación judicial, partiendo del artículo 122 de la Constitución Política de Colombia, puso de manifiesto lo siguiente:

“El empleo público existe una vez se cree en la planta de personal respectiva, se señalen sus específicas funciones y, cuando sus emolumentos se encuentran previstos en el respectivo presupuesto. La titularidad para ejercerlo se adquirirá sólo a partir de la posesión del mismo. (...)”^[6] (Se subraya).

Así, de acuerdo con los anteriores criterios jurisprudenciales, debemos precisar que en la planta de personal del Invima no está previsto el empleo denominado “comisionado”, “miembro de Sala Especializada” o similar, razón por la cual quien resulte designado como tal, no percibe salario, ni prestaciones sociales, por el solo hecho de su designación^[7].

Justamente, dentro de las condiciones generales previstas para las invitaciones o convocatorias públicas que se llevan a cabo para la postulación al proceso de selección de los miembros externos de la CR, el Invima es claro al indicar:

“El quedar seleccionado para conformar las salas especializadas, no genera relación laboral, ni prestaciones sociales, vacaciones, ni derechos laborales”. (Subrayado nuestro).

Lo anterior se fundamenta en lo igualmente señalado por el Consejo de Estado, respecto de los particulares que integran órganos o cuerpos colegiados en las entidades públicas, aspecto frente al cual señaló:

“En el ordenamiento jurídico interno ha perdurado la regla atinente a que cuerpos colegiados como consejos, juntas o comisiones, congregan tanto funcionarios públicos como particulares, e igualmente que los últimos, pese a que cumplen funciones públicas y que por ello asumen las mismas responsabilidades que en general tienen los servidores públicos, no adquieren por ese sólo hecho la condición de empleados públicos”^[8] (Se enfatiza).

A ello debe añadirse que la Ley 909 de 2004 “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 1 prevé:

“ARTÍCULO 1o. OBJETO DE LA LEY. La presente ley tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública.

(...)

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

- a) Empleos públicos de carrera;*
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;*
- c) Empleos de período fijo;*
- d) Empleos temporales”.* (Subrayado nuestro).

De acuerdo con lo anterior, ni los Acuerdos 3 de 2017, 2 de 2019 ni la Resolución 2017030958 de 2017, contienen disposición alguna que haga referencia expresa a los anteriores tipos de vinculación, tratándose de los miembros externos de la Comisión Revisora.

Es claro entonces que los miembros externos de la CR, cuyo proceso de selección se expondrá a continuación, no son servidores públicos, pues no se vinculan al Invima a través de las formas previstas en la Constitución y en la Ley.

Ahora bien, para la escogencia de los miembros de las Salas Especializadas que no sean servidores públicos del Invima o no sean designados por el Ministro de Salud y Protección Social, el artículo 1 del Acuerdo 2 de 2019, que modificó el procedimiento para la invitación, postulación y designación previsto en el artículo 7 del Acuerdo 3 de 2017, prevé:

“ARTÍCULO 1o. Modificar el artículo 7o del Acuerdo 003 de 2017 el cual quedará así:

“ARTÍCULO 7o. PROCEDIMIENTO PARA LA INVITACIÓN Y POSTULACIÓN. Para la designación de los miembros de las Salas Especializadas de la Comisión Revisora, que no sean funcionarios del Invima o designados por el Ministro de Salud y Protección Social, la Dirección General de esa entidad, realizará una invitación a través de convocatoria pública y abierta, de conformidad con el procedimiento definido en el Anexo cuyo título es “Convocatoria pública para la postulación de los integrantes de las Salas Especializadas de la Comisión Revisora”, que hace parte integral del presente Acuerdo, y siguiendo las siguientes reglas:

7.1. El Invima será el responsable de recepcionar y evaluar las hojas de vida de los profesionales que tengan interés en postularse, y para el efecto, esa entidad deberá cumplir con el procedimiento definido en el precitado Anexo.

7.2. Finalizados los términos de la convocatoria pública y abierta, el Invima enviará un informe al Consejo Directivo de la entidad, que contengan como mínimo: Fecha de inicio y de finalización de la convocatoria pública; número de participantes; profesionales que cumple o no requisitos, indicando en este último caso, las razones; clasificación de los postulantes por puntaje obtenido; análisis de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés.

7.3. El Secretario del Consejo Directivo, de manera coordinada con el Viceministerio de Salud Pública y Prestación de Servicios del Ministerio de Salud y Protección Social, programará la sesión del Consejo Directivo, para que este organismo colegiado proceda a la designación de los miembros de las Salas Especializadas de la Comisión Revisora”.

Obsérvese que la escogencia de los miembros externos se realiza a través de una convocatoria o invitación pública a cargo del Invima, con reglas claras y transparentes que garantizan la libre concurrencia de los profesionales interesados en participar en estos procesos.

Así las cosas, a partir de las aludidas formas de vinculación con el Estado; de los aspectos que determinan la existencia del empleo público; así como del procedimiento interno fijado para la escogencia de los miembros externos de la CR, tenemos las siguientes categorías:

COMISIÓN REVISORA

Miembros	Calidad	Vinculación (Acuerdos 3 de 2017 y 2 de 2019)	Remuneración
Externos	Particulares	Expertos designados por el Consejo Directivo del Invima, de aspirantes que se postulan a través de convocatoria pública y abierta realizada por el Instituto.	Honorarios por cada sesión (art. 34 Acuerdo 3 de 2017)
		Expertos designados por el Ministerio de Salud y Protección Social	
Internos	Servidores públicos	Empleados de la planta de personal del Invima que ocupen los cargos o cumplan las funciones ^[9] señaladas en los Acuerdos.	Salario establecido para el cargo que desempeñan en la planta del Invima

Lo anterior deja claro que la Comisión Revisora del Invima está integrada tanto por servidores públicos (empleados públicos) del Invima, como por particulares que, pese a ejercer funciones públicas de manera transitoria u ocasional^[10] (razón que justifica la aplicación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones y conflictos de intereses previsto en la Constitución y en la ley^[11], según el artículo 31 del Acuerdo 3 de 2017), no por ello adquieren la condición de servidores públicos.

Conclusión

Por las razones normativas y jurisprudenciales expuestas en precedencia, se concluye que la Comisión Revisora del Invima podrá estar conformada por:

1. Particulares expertos (miembros externos), no vinculados al Instituto como empleados públicos, trabajadores oficiales o contratistas, quienes perciben honorarios por su gestión, según el artículo 34 del Acuerdo 3 de 2017.
2. Servidores públicos (empleados públicos) del Invima, cuya vinculación laboral al Instituto, que no a la Comisión Revisora, se realiza a través de acto administrativo de nombramiento y posesión (vinculación legal y reglamentaria), y su remuneración o salario será la establecida para el cargo o empleo público que desempeñan.

En los términos anteriores damos respuesta a su consulta, quedando atentos para cualquier aclaración o ampliación que se considere necesaria.

Cordialmente,

FIDEL ERNESTO GONZÁLEZ OSPINA

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Comité de Gerencia Técnica. Comité de Coordinación del Sistema de Control Interno. Comisión de Personal. Comisión Revisora.

2. “Por el cual se establece la composición y Funciones de la Comisión Revisora del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA”.

3. “Por el cual se modifica el Acuerdo **003** de 2017 "Por el cual se establece la composición y funciones de la Comisión Revisora del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA”.

4. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de agosto de 2016. Radicación 11001-03-06-000-2006-00071-00(1761).

5. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 26 de mayo de 2016. Radicación 08001-23-31-000-2001-00590-01(0078-13).

6. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 5 de mayo de 2016. Radicación 85001-23-31-000-2012-00032-02(2119-14).

7. Esta consideración nos lleva a apartarnos del Concepto 330091 de 2019, emitido por la Dirección Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública, en el que de manera equivocada se concluyó que las convocatorias públicas que realiza el Invima para la selección de los miembros externos de la Comisión Revisora, tienen por fin proveer empleos o cargos en la planta de personal del Invima.

8. Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 4 de marzo de 2011. Radicación 11001-03-28-000-2010-00040-00.

9. El artículo **10**, numeral 10.3 del Acuerdo 3 de 2017, modificado por el Acuerdo **2** de 2019, señala que la Sala Especializada de moléculas nuevas, nuevas indicaciones y medicamentos biológicos estará integrada, entre otros, por “cuatro (4) designados por parte del Director de Medicamentos y Productos Biológicos cuyas funciones se relacionen con el apoyo a las Salas Especializadas; con Registros Sanitarios de medicamentos de síntesis química y/o productos biológicos (...)”.

10. Cada vez que se reúne la Comisión Revisora, ya sea en sesiones ordinarias o extraordinarias.

11. Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación 11001-03-06-000-2018-00233-00(2405), refiriéndose a cuerpos colegiados integrados por servidores públicos y particulares, señaló: “(i) [L]os integrantes de las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas pueden ser empleados públicos o particulares; (ii) que estos últimos no dejan de serlo por el hecho de pertenecer a la respectiva junta o consejo y, por lo tanto, pueden seguir ejerciendo su profesión u oficio, ocupar cargos de naturaleza privada y realizar negocios o actividades económicas particulares, con excepción de las conductas que les prohíbe expresamente el citado decreto u otras normas legales, y (iii) que todos los miembros de dichos cuerpos colegiados cumplen funciones públicas, por lo que están sometidos al mismo régimen de deberes, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades, independientemente de su condición de servidores públicos o particulares”. (Subrayas y negrita añadida).



