



Sentencia 046 de 2018 Corte Constitucional

Sentencia C-046/18

Referencia: Expedientes D-11782 y D-11797 acumulados

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 20 (parcial) (D-11782) y contra la totalidad del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 (D-11797) acumulados.

Demandante: Diana Fernanda Trujillo Chávez y Nixon Torres Carcano (D-11782) y Sebastián Contreras Vargas (D-11797).

Magistrada sustanciadora:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, Carlos Bernal Pulido, Diana Fajardo Rivera, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Antonio José Lizarazo Ocampo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Cristina Pardo Schlesinger, José Fernando Reyes Cuartas, y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las previstas en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución Política, cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I.I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, Diana Fernanda Trujillo Chávez y Nixon Torres Carcano (D-11782) presentaron ante esta Corporación demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 20 (parcial) de la Ley 1797 de 2016, “[p]or la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, por considerar que vulnera el artículo 125 de la Constitución. Igualmente, Sebastián Contreras Vargas (D-11797), por separado, demandó la totalidad de dicho artículo, por estimar que desconoce el artículo 125 Superior.

El Expediente D-11782 fue repartido al Magistrado (e) Aquiles Arrieta Gómez, al que luego se acumuló por unidad de materia el expediente D-11797. Posteriormente, al asumir la dirección de ese despacho, la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger manifestó impedimento para el conocimiento de este asunto, aceptado en sesión de Sala Plena celebrada el 24 de mayo de 2017, por lo cual fue reasignado mediante sorteo a la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.

Mediante auto del 10 de noviembre de 2016, se inadmitieron los cargos planteados en ambas demandas tras considerar que no cumplían los requisitos de certeza, pertinencia, especificidad y suficiencia. Así mismo, se concedió el término legal a los demandantes para corregir las demandas, dentro del cual presentaron escritos de subsanación.

Mediante auto del 30 de noviembre de 2016, se admitieron las demandas de inconstitucionalidad contra el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 por la supuesta violación del artículo 125 de la Constitución y se ordenó la práctica de pruebas mediante la cual se solicitó: (i) al Congreso de la República remitir copia auténtica de las gacetas en las que reposan los antecedentes legislativos de la normativa demandada; y (ii) al Departamento Administrativo de la Función Pública para que explicara cómo se hacía el procedimiento de selección de los Directores o Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, según la Ley 1438 de 2011.

Simultáneamente, se ordenó comunicar a la Presidencia de la República, a la Comisión Nacional de Servicio Civil, a la Federación Colombiana de Municipios, a la Federación Nacional de Departamentos y al Ministerio de Salud y Protección Social, al Congreso de la República y al Departamento Administrativo de la Función Pública para que, si lo estimaban pertinente, presentaran concepto sobre la constitucionalidad de la norma demandada dentro de los diez (10) días siguientes al del recibo de la comunicación respectiva.

Una vez vencido el término probatorio, se dispuso: (i) invitar a los Observatorios Legislativos de las universidades del Rosario y Nacional de Colombia, al Observatorio Legislativo del Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga, a la Organización Congreso Visible del Departamento de Ciencia Política de la Universidad de los Andes, a Transparencia por Colombia, a la Corporación Excelencia en la Justicia, a la Comisión Colombiana de Juristas, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – DEJUSTICIA, a la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral – ACEMI, a la Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas –ACHC y, a las facultades de administración de las universidades de Los Andes, Nacional, Javeriana, del Norte, Externado de Colombia, del Rosario, Bolívariana y de la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP; para que, si lo consideraban adecuado, se pronunciaran sobre la constitucionalidad de las normas parcialmente demandadas; (ii) fijar en lista la norma acusada para garantizar la intervención ciudadana; y (iii) correr traslado al Procurador General de la Nación, para lo de su competencia.

Mediante Auto 305 de 2017 y con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2016, la Sala Plena de esta Corporación suspendió los términos de los procesos ordinarios hasta que lo determinara ese mismo órgano, de conformidad con el plan de trabajo presentado por la Presidencia de la Corte.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de juicios y previo concepto del Procurador General de la Nación, procede la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

I. II. TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA

A continuación, se transcribe la totalidad del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 y subraya el texto parcialmente impugnado en la demanda D-11782:

"LEY 1797 DE 2016

(julio 13)

Diario Oficial No. 49.933 de 13 de julio de 2016

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 20. Nombramiento de gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado. Los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial serán nombrados por el Jefe de la respectiva Entidad Territorial. En el nivel nacional los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por el Presidente de la República. Corresponderá al Presidente de la República, a los Gobernadores y los Alcaldes, dentro de los tres (3) meses siguientes a su posesión, adelantar los nombramientos regulados en el presente artículo, previa verificación del cumplimiento de los requisitos del cargo establecidos en las normas correspondientes y evaluación de las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública. Los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados para periodos institucionales de cuatro (4) años, el cual empezará con la posesión y culminará tres (3) meses después del inicio del periodo institucional del Presidente de la República, del Gobernador o del Alcalde. Dentro de dicho periodo, solo podrán ser retirados del cargo con fundamento en una evaluación insatisfactoria del plan de gestión, evaluación que se realizará en los términos establecidos en la Ley 1438 de 2011 y las normas reglamentarias, por destitución o por orden judicial.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para el caso de los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado que a la entrada en vigencia de la presente ley hayan sido nombrados por concurso de méritos o reelegidos, continuarán ejerciendo el cargo hasta finalizar el periodo para el cual fueron nombrados o reelegidos.

Los procesos de concurso que al momento de entrada en vigencia de la presente ley, se encuentren en etapa de convocatoria abierta o en cualquiera de las etapas subsiguientes continuarán hasta su culminación y el nombramiento del Gerente o Director recaerá en el Integrante de la terna que haya obtenido el primer lugar, el nominador deberá proceder al nombramiento en los términos del artículo 72 de la Ley 1438 de 2011. En el evento que el concurso culmine con la declaratoria de desierto o no se integre la terna, el nombramiento se efectuará en los términos señalados en el primer inciso del presente artículo.

Del mismo modo, en los casos en que la entrada en vigencia de la presente ley, no se presente ninguna de las situaciones referidas en el inciso anterior, el jefe de la respectiva Entidad Territorial o el Presidente de la República procederá al nombramiento de los Gerentes o Directores dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, en los términos señalados en el presente artículo".

I. III. LA DEMANDA

Los demandantes Diana Fernanda Trujillo Chávez y Nixon Torres Carcano (D-11782) consideran que el artículo 20 (parcial) de la normativa demandada, vulnera el artículo 125 de la Constitución. Igualmente, Sebastián Contreras Vargas (D-11797) estima que la totalidad del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 desconoce mismo artículo Superior.

Argumentos de la demanda de inconstitucionalidad - Expediente D-11782

Los demandantes plantean que la disposición acusada desconoce el principio de mérito como metodología para establecer la idoneidad del funcionario público que va a ocupar el cargo de Gerente de una E, Decreto 052 del 2016, y el Decreto 413 de 2016 adicionado al Decreto Único de la Función Pública -Decreto 1083 de 2015-.

I. V. INTERVENCIONES

1. Departamento Administrativo de la Función Pública

El Departamento Administrativo de la Función Pública, mediante su apoderada judicial, solicita que se declare la CONSTITUCIONALIDAD del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, para lo cual presenta como argumentos que: (i) la existencia de dificultades para la provisión del cargo de director o gerente de una ESE bajo el régimen anterior; y, que en todo caso, (ii) este cargo está dentro de la categoría de libre nombramiento y remoción, lo cual no hace exigible su provisión mediante concurso de méritos.

2. Federación Colombiana de Municipios

El director ejecutivo de la Federación Colombiana de Municipios solicita que se declare la EXEQUIBILIDAD de la norma demandada. Para sustentar su posición, primero, se refiere a la Sentencia C-181 de 2010 en la cual, luego de hacer mención a los concursos públicos y al mérito como principio esencial del acceso a cargos públicos, señala que los artículos 125 Superior y 5º de la Ley 909 de 2004, prevén algunos cargos que exceptúan el sistema general de carrera, como es el caso de los cargos de periodo fijo y, particularmente, los de gerente en la administración descentralizada a nivel nacional y territorial, que son de libre nombramiento y remoción. Indica que, conforme con lo anterior, si se reconoce al Legislador la libertad de configuración "para elegir que determinados empleos que por su naturaleza deberían ser de libre nombramiento y remoción, como es el caso de los Gerentes, incluidos los de las Empresas Sociales del Estado (...) se sometan a sistema de concurso, también parece obvio que deba reconocerse al legislador como legítimo el ejercicio de esa libertad para la decisión opuesta".

, SEÑombramiento del director o gerente lo haría el jefe de la entidad territorial por un periodo de 3 años y su remoción solo podría darse luego de surtir un proceso disciplinario ante una falta grave. Posteriormente, el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, modificó este sistema de nombramiento y prolongó su periodo a 4 años, además, estableció que su elección sería determinada por el jefe de la entidad territorial, esta vez, de una terna presentada por la junta directiva de la ESE, producto de un concurso de méritos. Destaca que esta disposición fue declarada acorde a la Constitución en la Sentencia C-181 de 2010 ya que *“el sistema de concursos no era exclusivo para proveer los empleos de carrera (...) también determinó que la terna que se elaboraba con los resultados del concurso de méritos debía hacerse en orden descendente de acuerdo con el puntaje obtenido en el concurso y se asemejaba a la lista de elegibles”*.

Asevera que el *“sistema de nombramiento de los gerentes de la Empresa Social del Estado a través de concurso de méritos además de ser la materialización del principio constitucional de mérito, principio sobre el cual se constituye la función pública en Colombia, garantiza la idoneidad del servidor y la transparencia e imparcialidad de su elección”*. Así, considera que el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, al prever nombramiento del gerente de la ESE por parte del jefe de la entidad territorial y eliminar el concurso de méritos es una *“norma regresiva al eliminar el mérito”* como criterio para proveer tales cargos y *“conlleva a politizar las entidades prestadoras de salud”*.

4. Ministerio de Salud y Protección Social

La apoderada del Ministerio de Salud y Protección Social solicita que se declare la EXEQUIBILIDAD de la disposición acusada. Para comenzar, presenta un contexto sobre la descentralización administrativa y sus presupuestos. A continuación, reseña una intervención del Representante a la Cámara Rafael Romero Piñeros, quien en último debate en Plenaria de esa Corporación, de la normativa señaló que la justificación del cambio del concurso de méritos al nombramiento por el Presidente, Gobernadores y Alcaldes yacía en que estos últimos eran los responsables de la provisión del servicio, por lo cual era fundamental un trabajo coordinado. Así mismo, recalcó que existe una evaluación del aspirante sobre las competencias requeridas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2.5.3.8.5.1. al 2.5.3.8.5.6. del Decreto 1427 de 2016.

De otra parte, plantea que al observar la exposición de motivos de la Ley 1797 de 2016 se encuentra que el nombramiento de los gerentes o directores de las ESE, tal como lo prevé la norma cuestionada, tiene como finalidad *“el funcionamiento óptimo, continuo y permanente de la prestación del servicio de salud para que de esa manera no afecte la garantía del derecho fundamental a la salud”*. Después de mencionar la descentralización administrativa, reitera que no debe perderse de vista que el responsable directo de la prestación de los servicios de salud en municipios o departamentos, es el Alcalde o el Gobernador *“razón por la cual la persona seleccionada por estos debe trabajar mancomunadamente con ellos con el fin de garantizar [su] continuidad”*.

Afirma que el artículo 49 Superior prevé que la atención en salud y el saneamiento ambiental se regirán bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. En ese orden, la norma acusada se encuentra acorde con este mandato constitucional ya que *“la motivación de la norma, no es otra que la de hacer eficaz el funcionamiento de las Empresas Sociales del Estado, y que estas, se encuentren en la capacidad operativa de funcionar de la mano con el Gobierno Nacional, Departamental y Municipal, según sea el caso”*.

Manifiesta que el Decreto 1427 de 2016, que reglamenta la norma demandada, establece requisitos legales y técnicos para quien se vaya a desempeñar como gerente o director de una ESE, lo cual hace *“inviable”* que estos cargos *“sean manejad[os] por la burocracia”*. Por lo demás, señala que los accionantes *“no exponen argumentos de fondo para generar una controversia sobre la coherencia de la norma con los preceptos constitucionales, además omite fundamentos jurídicos por lo que los apartes de la norma demandada no podía (sic) adoptar un sistema de nombramiento diferente”*.

5. Universidad del Rosario

La Universidad del Rosario mediante una de sus profesoras principales de derecho administrativo solicita a esta Corporación que declare la INCONSTITUCIONALIDAD de la disposición demandada.

Como fundamento de su posición, en primer lugar, dice que el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 establecía que la designación de los gerentes de las ESE se realizaba mediante concurso de mérito, y refiere las características del cargo. En segundo lugar, señala que el Departamento Administrativo de la Función Pública, la Procuraduría General, y el Ministerio de Salud y la Protección Social a través de la Circular Conjunta No. 100-01-2013 de 2016, establecieron las pautas para la selección y designación de estos cargos. Señala que con esas actuaciones se evidencia la institucionalización del concurso de méritos para este cargo no solo para efectos de garantizar la idoneidad y competencia del director, sino también la objetividad en su designación *“impidiendo con esto indebidas presiones políticas que puedan dar lugar a prácticas clientelistas en el manejo de los recursos de salud”*.

En ese sentido, considera que el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 es una medida legislativa regresiva, pues el nombramiento de gerente *“se realizará sin concurso de mérito y (...) los alcaldes, gobernadores y el presidente tendrán el poder de nominación”*. Así, dicha medida no solo afecta *“los principios básicos del empleo público (...) sino que también puede afectar gravemente el derecho a la salud, en razón al riesgo que implica la denominación por criterios políticos del gerente de las E.S.E.”*.

A su vez, cita la Sentencia C-171 de 2012 en la cual se puntualizó en la categoría especial de las ESE como entidades públicas y se ahondó en su objeto, su carácter descentralizado y las diferencias con los establecimientos públicos, entre otros. También subrayó que la providencia indica que el Legislador goza de un amplio margen de configuración sobre este tema, pero encuentra límites en los derechos fundamentales y en los principios que orientan la prestación de los servicios públicos.

Por último, sostiene que si bien se ha reconocido amplia libertad al Legislador en materia de organización de los servicios de salud, también lo es, de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional, que no puede desconocerse el principio constitucional del mérito para la provisión de empleos públicos.

I. VI. CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La Procuraduría General de la Nación solicita a la Corte Constitucional que declare EXEQUIBLE el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, así como que EXHORTE al Congreso de la República para que *“haciendo un examen de la realidad concerniente a la Gerencia o Dirección de las Empresas Sociales del Estado legisle lo atinente a su designación”*. Así, la Vista Fiscal considera que el problema jurídico que la Corte debe abordar es *“si la disposición acusada desconoce el mérito como principio constitucional, como factor objetivo de selección y como regla general para la provisión de cargos públicos, contemplada en el artículo 125 de la Carta Política, así como el principio de no regresividad, al determinar que los gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial serán nombrados, según el caso por el Jefe de la respectiva entidad territorial y por el Presidente de la República, sin que medie proceso de selección alguno”*.

En primer lugar, analiza si la disposición acusada *“implicó una modificación legislativa”*, por lo cual aborda su texto original. Así, explica que el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 establecía que los directores de las ESE debían ser nombrados a través de concursos de méritos de características especiales, por periodos institucionales de 4 años. Igualmente, indicaba que en caso de vacancia absoluta del gerente, debía adelantarse el mismo procedimiento salvo que esta se produjera cuando faltaban 12 meses para la terminación del periodo, en cuyo caso, le correspondería al Presidente o al jefe de la entidad territorial respectiva, nombrar un gerente provisional.

En segundo lugar, cita la Sentencia C-777 de 2010 que se refirió a la intención del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 de profesionalizar el cargo, blindarlo de consideraciones políticas, diseñar un concurso abierto y evitar que se ocupara indefinidamente. Sin embargo, resalta que lo anterior trajo como consecuencias la coincidencia de los periodos con el de los gobernantes y la realización de un concurso cada cuatro años. Señala que este último requisito no fue tenido en cuenta en la decisión e implicaba *“un impacto económico que incidió directamente en el presupuesto de la salud de la nación”*. Advierte, que justamente los *“sobrecostos del sistema de salud”* y *“las constantes quejas de la comunidad sobre la falta de transparencia en los concursos de méritos”* originaron el cambio de legislación respecto del nombramiento de gerentes de las ESE, para lo cual mencionó la exposición de motivos del proyecto de ley.

Explica que si bien la norma acusada faculta a los jefes de las entidades territoriales y al Presidente de la República para elegir discrecionalmente a los nuevos gerentes o directores de las ESE *“y suprime el mecanismo (...) descrito anteriormente, también contempla otras medidas para que se dé cumplimiento al principio de méritos previsto en el artículo 125 superior, y garantizar de mejor manera, los principios de publicidad y transparencia (...) que rigen el ejercicio de la función pública”*. Destaca que para su nombramiento deben verificarse los requisitos del cargo que se encuentran en la Ley 1438 de 2011 y en las Resoluciones 710 de 2012 y 743 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social. A su vez, señala que aunque la forma de designación contemplada en la norma acusada *“abr[e] la puerta al clientelismo y otros comportamientos generadores de corrupción; lo cierto es que, la transparencia y la publicidad de tal designación permiten a la comunidad electora conocer los motivos que llevaron a tal nombramiento, y facultan al nominador para remover al gerente cuya gestión se cuestione, con la celeridad suficiente para garantizar a los ciudadanos su derecho fundamental a la salud a través de la gestión eficiente a estos funcionarios. Al tiempo, se abre paso para quienes desempeñan esa función, asuman la responsabilidad política ante la comunidad”*.

A continuación, recuerda que *“aunque el Constituyente estableció el mérito como principio rector del acceso a la función pública, consideró la existencia de otros cargos y de un tipo de acceso diverso, como connatural al ejercicio de la función pública”*. Así, precisa que el artículo 125 Superior prevé empleos de carrera administrativa y otros que no pertenecen a esa modalidad por su naturaleza, *“como es el caso de los cargos de dirección, frente a los cuales el legislador, en ejercicio de su facultad de configuración, puede establecer los mecanismos para acceder a ellos”*.

En tal virtud, manifiesta que el cargo de gerente de las ESE por ser directivo no es de carrera administrativa, luego si se realiza una interpretación literal del artículo 125 de la Constitución, puede concluirse que *“el legislador tiene la competencia para estructurar la forma de acceder a él, tal como lo hizo a través de la norma acusada”*. Igualmente, destaca que la jurisprudencia constitucional establece que el Legislador tiene amplias atribuciones de estructuración de la salud, incluida el acceso a dirección de las instituciones prestadoras del servicio. Específicamente, en cuanto a las ESE, resalta las Sentencias C-957 de 2007 y C-777 de 2010 para sostener que *“la determinación de los requisitos y condiciones para el ejercicio de los cargos de dirección de las mismas hacía parte integral de la mencionada competencia”*. Advierte que el Legislador no puede perder de vista los fines del Estado y los principios de la función administrativa para escoger el sistema de ingreso, así como la naturaleza del cargo.

Por último, la Vista Fiscal subraya que *“el legislador goza en dicho campo de un amplio margen de su potestad de configuración, y en tal medida, tiene la posibilidad de determinar la estructura administrativa de salud, y en relación con ella, definir cuáles son los órganos de dirección, ejecución y control, así como su proceso de elección”*.

I. VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1.1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4° de la Carta Política, la Corte Constitucional es competente para conocer de estas demandas, pues se trata de acusaciones de inconstitucionalidad contra un precepto que forma parte de una ley de la República.

Planteamiento del caso, problema jurídico y metodología

2. Los ciudadanos Diana Fernanda Trujillo Chávez y Nixon Torres Carcano (D-11782) demandaron parcialmente el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, por considerar que lo acusado desconoce el principio del mérito consagrado en el artículo 125 de la Constitución toda vez que el nombramiento de los gerentes o directores de las ESE por parte del Presidente o de los gobernadores o alcaldes sujeta la selección a variantes políticas y de poder institucional, lo cual desconoce los objetivos de los concursos de méritos en el ejercicio de la función pública.

De otra parte, Sebastián Contreras Vargas (D-11797) demandó la totalidad del mismo artículo, por considerar que también viola el artículo 125 de la Constitución, ya que al cambiar la forma de provisión de empleos públicos del concurso de méritos al nombramiento la disposición tiene un carácter regresivo que viola el principio de progresividad de los derechos sociales.

El Departamento Administrativo de la Función Pública, el Ministerio de Protección Social y la Federación Colombiana de Municipios solicitan que se declare la exequibilidad de la norma acusada, pues señalan que la provisión de estos cargos mediante concurso no fue posible, lo cual compromete la continuidad del servicio e igualmente el cambio tiene sentido ya que son los jefes de las entidades territoriales los responsables por la provisión del servicio de salud. Al margen de lo anterior, señalan que este cargo es una excepción a la regla general de la carrera administrativa, por tratarse de un cargo de libre nombramiento y remoción, con periodo fijo y comprende la dirección de una entidad administrativa descentralizada del nivel territorial.

Las Universidades Externado de Colombia y Rosario solicitan que se declare la inexecutable parcial y total de la norma, respectivamente. Consideran que el nuevo sistema de nombramiento y designación de los gerentes o directores de las ESE es regresivo, al eliminar el mérito como el criterio de la provisión del cargo.

La Procuraduría General de la Nación solicita que se declare la exequibilidad de la norma acusada, pues el cambio atiende a criterios de sostenibilidad fiscal y a quejas relacionadas a cómo se llevaron a cabo los concursos pasados. Sin embargo sostiene que el nuevo mecanismo no suprime el criterio de mérito, ya que se deben verificar ciertos requisitos, pero además se trata de un cargo que no está sujeto a la carrera, por tratarse de uno de carácter directivo. Así pues, el Legislador goza de un amplio margen de configuración que la norma respeta, al reconocer la naturaleza del cargo.

3. De acuerdo con las consideraciones precedentes, la Sala debe decidir si:

¿El artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 viola el artículo 125 de la Constitución sobre los principios del mérito y de no regresividad al determinar la provisión de los cargos de director o gerente de las ESE mediante el nombramiento por el Presidente, los gobernadores y alcaldes y no mediante concurso de méritos?

Para este fin, la Sala primero reiterará su jurisprudencia sobre: (i) el alcance del artículo 125 de la Constitución: carrera administrativa, principio de mérito, concurso y sus excepciones y cargos de libre nombramiento y remoción; (ii) el principio de progresividad y no regresividad en la faceta prestacional de los derechos; para finalmente (iii) resolver el problema jurídico planteado.

Alcance del artículo 125 de la Constitución. Reiteración de jurisprudencia.

4. El artículo 125 de la Constitución, que regula la función pública, establece que los empleos en los órganos y entidades son de carrera, con excepción de *“los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”*. En estos términos, la norma establece la carrera como regla general de acceso a la función pública pero, además, sujeta el ingreso y ascenso a los cargos al cumplimiento de los requisitos y condiciones fijados legalmente; y el retiro, en razón a la calificación no satisfactoria en el desempeño laboral, lo cual incluye la violación del régimen disciplinario. Además, dispone explícitamente que *“en ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción Política”*.

El alcance de este artículo ha sido examinado y desarrollado ampliamente en la jurisprudencia constitucional, la cual ha dicho que la carrera administrativa es un eje axial del Estado Social de Derecho y que tal garantía se erige sobre tres elementos determinantes: (i) el mérito; (ii) el concurso de méritos; y (iii) la igualdad de oportunidades para dar plena efectividad a los fines estatales al mismo tiempo que asegura los derechos fundamentales de las personas como la igualdad, el acceso a cargos públicos y la participación. Así pues, de la norma Superior se desprenden cuatro pilares fundamentales que pueden entreverse de su literalidad, estos son: (i) la carrera administrativa como regla general para asegurar el principio del mérito en la función pública; (ii) el concurso de méritos como mecanismo de garantía del mérito; (iii) la potestad de configuración del Legislador en este ámbito; y (iv) la posibilidad de una estructura de la función pública con cargos de libre nombramiento y remoción, elección popular, oficiales y los demás determinados en la ley, como excepciones a la regla general. Dichos elementos se interrelacionan en el desarrollo de la función pública, por lo que deben observarse de forma holística desde los demás preceptos constitucionales aplicables a la materia.

La carrera administrativa como regla general para asegurar el principio del mérito en la función pública

5. La jurisprudencia desde un principio definió la carrera administrativa como regla general en la función pública, pues busca asegurar el principio del mérito. Esta Corporación reconoció tal finalidad en la Sentencia C-479 de 1992 al precisar que el principio del mérito en la función pública se materializa en *“contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública”*. De tal manera, esta forma de acceder al empleo público tiene como objetivo asegurar la eficiencia y eficacia de los fines estatales.

En consecuencia, para asegurar el mérito como presupuesto de la eficiencia y eficacia de los fines estatales, el ingreso a la carrera y el ascenso en sus cargos deben corresponder con los requisitos establecidos en la ley, lo cual exige el cumplimiento del principio de legalidad. En ese orden de ideas, la norma constitucional dispone que el retiro solo procede: (i) por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; (ii) por violación del régimen disciplinario; y (iii) por las demás causales previstas en la Constitución o en la ley. Así pues, el mérito no sólo es una forma de acceso al empleo, sino, además, el criterio privilegiado para mantenerse en el mismo. Por ello, de la carrera administrativa se deriva la estabilidad en el empleo, en relación con los artículos 25, 53 y 209 de la Constitución, sin que esto implique la inamovilidad de los servidores públicos. Así, el artículo 125 de la Constitución no solo establece un límite a la forma como se proveen los cargos públicos, sino además las condiciones intrínsecas de este tipo de nombramientos a través de la carrera administrativa.

6. En la misma línea, la jurisprudencia también ha admitido la facultad del Legislador para definir si las normas del régimen general rijan (sic) las carreras de los regímenes especiales como son: *“la Contraloría General de la República (artículo 268, numeral 10º); la Procuraduría General de la Nación (artículo 279); la Rama Judicial (artículo 256, numeral 1º); la Fiscalía General de la Nación (artículo 253); las Fuerzas Militares (artículo 217); la Policía Nacional (artículo 218)”*, mientras que se expiden las normas aplicables, lo cual materializa la competencia del Legislador para reglamentar la provisión de cargos.

7. Ahora bien, como se estableció en la Sentencia C-645 de 2017, las Sentencias C-588 de 2009, C-553 de 2010, C-249 de 2012 y SU-539 de 2012 sistematizaron en tres los motivos que subyacen la trascendencia de este principio en el actual modelo democrático. Primero, un fundamento *histórico*, que muestra la prevalencia de la escogencia de la carrera en varias modificaciones constitucionales, con el objetivo de eliminar el clientelismo.

Segundo, un criterio *conceptual*, que se refiere a la carrera como un principio que se desarrolla a partir del mérito como criterio central en sus tres fases claramente diferenciables: el ingreso a los cargos, el ascenso a los mismos y el retiro. En armonía con este acercamiento, la Sentencia C-553 de 2010 sostuvo que “[este principio] cumple el doble objetivo de i) servir de estándar y método preferente para el ingreso al servicio público, y ii) conformar una fórmula interpretativa de las reglas que versen sobre el acceso a los cargos del Estado, las cuales deberán comprenderse de manera tal que cumplan con los requisitos y las finalidades de la carrera administrativa, en especial el acceso basado en el mérito de los aspirantes”.

Tercero, la naturaleza *teleológica* de la carrera administrativa, en razón a las finalidades que cumple en la estructura constitucional, específicamente en la garantía de diferentes principios y derechos. La Sentencia C-1079 de 2002 precisó estos objetivos de la siguiente forma:

“(i) El óptimo funcionamiento en el servicio público, de forma tal que el mismo se lleve a cabo bajo condiciones de igualdad, eficiencia, eficacia, imparcialidad y moralidad; siendo condiciones que se alcanzan a través del proceso de selección de los servidores del Estado por concurso de méritos y capacidades (C.P. Preámbulo, arts. 1º, 2º y 209).

(ii) Garantizar el ejercicio del derecho de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, así como la efectividad del principio de igualdad de trato y oportunidad para quienes aspiran a ingresar al servicio estatal, a permanecer en él, e incluso, a ascender en el escalafón (C.P. arts. 13, 25 y 40).

Y, finalmente, (iii) proteger y respetar los derechos subjetivos de los trabajadores al servicio del Estado, originados en el principio de estabilidad en el empleo, en los derechos de ascenso, capacitación profesional, retiro de la carrera y en los demás beneficios derivados de la condición de escalafonados (C.P. arts. 53, 54 y 125)”.

Tales finalidades han sido ampliamente reiteradas por la jurisprudencia.
Concurso de méritos

8. La materialización de los anteriores principios y garantías constitucionales se da mediante el concurso de méritos que, como mecanismo del sistema de carrera, comporta “un proceso técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto permite garantizar que al ejercicio de la función pública accedan los mejores y más capaces funcionarios y empleados, rechazando aquellos factores de valoración que chocan con la esencia misma del Estado social de derecho”.

En ese sentido y como forma de concretar el mérito, el concurso constituye el elemento central sobre el cual se erige el sistema de carrera administrativa, por cuanto tiene la capacidad de evaluar a los aspirantes a ejercer funciones públicas desde sus capacidades, al igual que para los ascensos y el retiro, desde su desempeño, lo cual analiza aspectos como las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de un empleo público. Este mecanismo permite, mediante un procedimiento democrático, abierto, previamente conocido y reglado que los ciudadanos sometan a consideración de las autoridades su propósito de hacer parte de la estructura administrativa, mediante un análisis objetivo de su perfil profesional respecto de las necesidades para el ejercicio de una función, con lo cual se busca impedir tratamientos discriminatorios e injustificados en el acceso al servicio público.

9. Así las cosas, la jurisprudencia ha sido enfática en reiterar la regla constitucional que indica que “cuando existan empleos cuyo sistema de provisión no haya sido determinado por la Constitución o la Ley, deberá acudir al concurso público para el nombramiento de los respectivos funcionarios”. De tal regla se desprende que es una exigencia constitucional que los empleos estatales se provean mediante un concurso con el objetivo de permitir: (i) la participación en la competencia de todas las personas por igual; y (ii) elegir a los mejores candidatos para desempeñar las funciones previstas, en razón a sus méritos, sin discriminación ni consideraciones subjetivas injustificadas. Por lo tanto, el concurso público de méritos es el medio objetivo por el cual el Estado debe, en general, proveer los cargos administrativos.

10. Ahora bien, para que el concurso consiga los mencionados fines y se salvaguarde el ejercicio de los derechos de los aspirantes “mediante la participación igualitaria en los procedimientos legales de selección de los funcionarios del Estado” el concurso exige: (i) la inclusión de requisitos o condiciones compatibles con el mismo; (ii) la concordancia entre lo que se pide y el cargo a ejercer; (iii) el carácter general de la convocatoria; (iv) la fundamentación objetiva de los requisitos solicitados; y (v) la valoración razonable e intrínseca de cada uno de estos. Lo precedente, con el objetivo de salvaguardar el ejercicio igualitario de los derechos de los aspirantes “mediante la participación igualitaria en los procedimientos legales de selección de los funcionarios del Estado”.

En consonancia, una vez se aprueban las etapas del concurso y se publican los resultados, el concursante que obtiene el mejor puntaje y está a la cabeza de la lista de elegibles adquiere el derecho a ser nombrado en el cargo. En este contexto, la lista de elegibles busca garantizar la continuidad del servicio y la eficiencia en la función pública, pero eso no significa que el nominador pueda escoger a cualquiera de la misma, sino que en razón al mérito debe seguir su estricto orden. Al margen de lo anterior, la administración “puede separarse de tal decisión cuando exista una causa suficientemente poderosa, objetiva y explícita que impida honrar el primer lugar de la lista”, como puede suceder posteriormente si se verifica la falta de idoneidad del concursante, por ejemplo por antecedentes penales. No obstante, tal decisión debe responder a motivos objetivos y sólidos y debe estar motivada para con ello garantizar los derechos a la defensa y a la contradicción de la actuación administrativa.

11. De otra parte, la jurisprudencia ha desarrollado y avalado la configuración diferencial del concurso de méritos en cuanto a los requisitos de acceso al empleo para carreras especiales y específicas. Por ejemplo, la Sentencia C-607 de 2017 declaró exequible el establecimiento de requisitos especiales en el concurso de méritos para el acceso a carrera administrativa de docentes en las zonas más afectadas por el conflicto. Tal facultad, es concordante con el margen de configuración del Legislador como, por ejemplo, también lo admitió la Sentencia C-645 de 2017, respecto de la provisión de cargos del INPEC, como carrera específica.

12. Cabe reiterar que si bien el artículo 125 establece la universalidad en la provisión de cargos mediante el sistema de carrera

administrativa, también excluye de esta regla general y, por lo tanto, de la provisión mediante concurso de méritos, los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales, además de los señalados por la ley. Al respecto, el artículo 5° de la Ley 909 de 2004, que regula la carrera administrativa general, indica que tampoco son cargos de carrera y, por tanto, no están sometidos al concurso los cargos de periodo fijo y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

No obstante lo anterior, se debe destacar que la misma Ley 909 de 2004, que promueve los concursos de méritos para el ingreso a los empleos de carrera administrativa, señala en su artículo 2° que los criterios de selección objetiva pueden aplicarse en los procesos de selección de funcionarios destinados a ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, en virtud de la libertad de configuración que tiene el Legislador en materia de regulación de la función pública (artículo 151-23 superior).

La Sentencia C-181 de 2010 estableció que si bien en ejercicio del amplio margen de configuración el Legislador podía someter a concurso cargos de libre nombramiento y remoción, una vez en ese escenario se debían respetar todas sus etapas y resultados, por lo cual debían garantizarse los derechos de quien obtuviera el puntaje más alto. La decisión precisó:

“En otras palabras, si el Legislador decide someter a concurso la provisión de un cargo de libre nombramiento y remoción, debe sujetarse a las reglas propias del concurso fijadas por la ley y la jurisprudencia de esta Corporación. En este sentido, es preciso recordar que la libertad de configuración del legislador no sólo está sometida a las limitaciones expresas que impone la propia Constitución, sino también a las restricciones que se desprenden de los derechos fundamentales y los principios constitucionales”.

Potestad legislativa excepcional a la carrera administrativa

13. Como se advirtió, el artículo 125 establece excepciones a la regla general de la carrera administrativa, pero a su vez, le otorga al Legislador la facultad de establecer otras excepciones, lo cual también es concordante con el artículo 150-23 Superior, que establece que le corresponde al Congreso *“expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas”*. Al respecto, la jurisprudencia ha dicho que: *“el legislador está así facultado constitucionalmente para determinar las excepciones a la carrera administrativa, siempre y cuando no altere la naturaleza de las cosas, es decir, mientras no invierta el orden constitucional que establece como regla general la carrera administrativa, ni afecte tampoco la filosofía que inspira este sistema”*.

En este sentido, se ha determinado que tal atribución exige considerar de manera objetiva cuál es el papel que juegan los distintos cargos dentro de la estructura del Estado y hacer una evaluación del tipo de funciones a ellos asignadas, para así determinar *“cuáles resultan incompatibles con el sistema de carrera y cuáles, por el contrario, interpretado el telos de los preceptos constitucionales, encajan dentro de él”*.

En similar sentido, se ha establecido que el margen de configuración del Legislador respecto de la carrera administrativa también está mediado por límites constitucionales tales como la máxima competencia, la igualdad de oportunidades y la libertad de concurrencia de los administrados al acceso a la función pública.

Cargos de libre nombramiento y remoción

14. Consecuente con lo anterior, bajo los parámetros del artículo 125 de la Constitución., esta Corporación ha dicho que es posible considerar que un cargo es de libre nombramiento y remoción, cuando: (i) tenga fundamento legal, sin contradecir la esencia de la carrera; (ii) exista un principio de razón suficiente que justifique la excepción a la regla general; y, por último, (iii) que *“la función misma, en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total, o implique una decisión política”*.

De esta forma, la Corte ha establecido que quedan excluidas del régimen de libre nombramiento y remoción las funciones esencialmente administrativas, ejecutivas o subalternas, en las que no se ejerce una función de dirección política ni su fundamento es *intuitio personae*, debido al alto nivel de confianza que implica el desarrollo del cargo. De allí que el Legislador al crear o determinar empleos públicos que se ubiquen en tal régimen, deba tener en cuenta este aspecto para no sobrepasar su órbita de competencia configurativa.

En ese marco, la Sentencia C- 161 de 2003 se refirió a los parámetros que deben observarse para determinar cuándo un cargo puede ser catalogado de libre nombramiento y remoción, es decir, excluido de la regla general de la carrera administrativa. La decisión estableció que el examen de constitucionalidad debe partir de un criterio plural de evaluación del contenido de la norma estudiada, que involucre más de un elemento para comprender la clasificación propuesta por el Legislador respecto de un empleo público. En estos términos, indicó que el estudio debe sustentarse en tres criterios fundamentales que deben ser valorados articuladamente:

- i. (i) “el criterio subjetivo de confianza cualificada, que se relaciona con aquellos empleos en los cuales la confianza es necesaria, en cuanto quien desarrolla la labor tiene a su cargo responsabilidades de dirección, manejo, conducción de políticas o directrices institucionales, por cuanto las funciones a realizar demandan un mayor grado de reserva por parte de la persona que las cumple;*
- ii (ii) el criterio objetivo funcional o material, que refiere a que el Legislador, para efectos de fijar una clasificación de empleos, puede hacer una remisión al contenido de las funciones atribuidas expresamente por la Constitución, la ley o el reglamento; en ese sentido, cuando se trata de funciones de dirección, conducción o manejo institucional es viable catalogar el empleo como de libre nombramiento y remoción; y,*
- iii (iii) el criterio orgánico, el cual impone efectuar la respectiva clasificación de los empleos teniendo en cuenta el nivel jerárquico que ocupan dentro de la estructura de la entidad”.*

Estos criterios han sido reiterados en pronunciamientos posteriores sobre la materia, tales como las Sentencias C-588 de 2009, C-553 de 2010, C-284 de 2011 y C-814 de 2014. Adicionalmente, en estas decisiones se afirmó que la competencia para exceptuar, mediante ley, la carrera administrativa, tiene límites *“para evitar que el ordenamiento constitucional resulte alterado por una multiplicación de las excepciones que reduzca a extremos marginales el ámbito de la carrera administrativa, pues esta, en cuanto regla general, está llamada a predominar cuando se trate de la provisión de empleos estatales, de la permanencia en el cargo, de los ascensos y del retiro”*. Lo anterior, pues los cargos públicos de libre nombramiento y remoción están sometidos a reserva de ley, la cual se encuentra restringida desde dos perspectivas: (i) como criterio excepcional y (ii) bajo la regla de razón suficiente.

Conclusión

15. En suma, la carrera administrativa es un principio reconocido en la Constitución de 1991 compuesto por tres elementos esenciales; (i) el mérito, (ii) el concurso de méritos; y (iii) la garantía de igualdad de oportunidades. Tales elementos tienen como objetivo dar plena vigencia a la eficacia y eficiencia de la función pública; y como consecuencia generan derechos, entre los cuales está la estabilidad en el empleo. En esa medida, los mencionados elementos se encuentran interrelacionados con las protecciones consagradas en los artículos 1°, 2°, 13, 40, 53 y 209 de la Constitución. Desde su reconocimiento constitucional la carrera como expresión del mérito impone las siguientes reglas:

- i. (i) Los empleos en los órganos y entidades del Estado son, por regla general, de carrera;
- ii. (ii) Se exceptúan los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley;
- i. (iv) Para el caso en que ni la Constitución ni la Ley hayan fijado el sistema de nombramiento, éste se realizará mediante concurso público;
- ii. (v) El ingreso y el ascenso en los cargos de carrera, se harán previo cumplimiento de los requisitos que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes; y
- iii. (vi) En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrán determinar su nombramiento, ascenso o remoción en un empleo de carrera.

En estos términos, la carrera administrativa, como regla general: (i) permite el reclutamiento, a través de concursos de méritos, de personal óptimo y capacitado para el ejercicio de la función pública, con el fin de brindar transparencia, eficacia y eficiencia en la administración pública (art. 1°, 2° y 209 C.P.); (ii) materializa el derecho a la igualdad de oportunidades de los ciudadanos que aspiran al ejercicio de un cargo público (art. 13 de la Carta) y garantiza el respeto por la disposición constitucional según la cual todos los ciudadanos tienen derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40 *ibídem*); y (iii) proporciona estabilidad laboral a los servidores que cumplen sus funciones con sujeción a la Constitución y a la ley (art. 53 *ibídem*).

El Legislador tiene dos ámbitos de configuración en su labor de reglamentación, de una parte, debe reglamentar la carrera administrativa y sus requisitos, tanto en el régimen general como en los especiales y específicos, lo cual incluye el diseño de los requisitos y límites que en los concursos se refieren: (i) al diseño de etapas; (ii) el tipo de pruebas; (iii) los trámites que implican el concurso; (iv) los requisitos exigidos; (v) y, preferiblemente, la característica de que sea abierto y público. De otra parte, puede precisar las excepciones establecidas en la Constitución, entre otros, mediante la determinación de la elección, el período, las faltas temporales y absolutas y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, así como añadir nuevas excepciones a la regla general de carrera. Sin embargo, en este ejercicio encuentra los siguientes límites:

- i. (i) La imposibilidad de invertir el orden constitucional para que las excepciones se vuelvan la regla general; y
- ii. (ii) El deber de considerar de manera objetiva el papel que juegan los distintos cargos dentro de la estructura del Estado y el tipo de funciones que ejercen, al igual que los principios de máxima competencia, la igualdad de oportunidades y la libertad de concurrencia de los administrados al acceso a la función pública.

Específicamente, en la determinación de los cargos que son de libre nombramiento y remoción se han precisado tres criterios: (i) el fundamento legal; (ii) el principio de razón suficiente; y (iii) el ejercicio de cargos que exijan confianza plena y total, o impliquen una decisión política. Lo anterior excluye los cargos que ejercen funciones administrativas, ejecutivas o subalternas y las que no obedezcan a una función política o de confianza. Para verificar los anteriores criterios, se debe analizar:

- i. (i) El elemento subjetivo o de confianza cualificada;
- ii. (ii) El elemento objetivo funcional o material, calificación de los empleos y funciones;
- iii. (iii) El elemento orgánico, clasificar el nivel jerárquico que ocupa en la estructura de la entidad en cuestión.

El principio de progresividad y no retroceso en la faceta prestacional de los derechos sociales.

16. El principio de progresividad se refiere a la forma en la que el Estado debe hacer efectiva la faceta prestacional de los derechos, lo cual implica que su eficacia y cobertura debe ampliarse gradualmente y de conformidad con la capacidad económica e institucional del Estado. Se resalta que dicho principio se predica de algunos aspectos de tal faceta, pues existen otros que aun cuando tienen un componente prestacional son exigibles de forma inmediata. Estos se refieren, principalmente, a aquellos relacionados con el principio de no discriminación y con el contenido esencial de cada derecho, que suponen mínimos de protección.

El principio de progresividad consta de dos obligaciones: la primera, avanzar y ampliar cada vez más el ámbito de realización del derecho; y, la segunda, no disminuir el nivel de satisfacción alcanzado con anterioridad. Esta imposibilidad de retrotraer las medidas que logran la protección de los derechos es conocida como el mandato de no retroceso, según el cual existe una prohibición *prima facie* de regresión, que tiene un margen cuando éste se puedan justificar.

De esta forma, el mandato de progresividad comporta "(i) la satisfacción inmediata de niveles mínimos de protección; (ii) el deber de observar el principio de no discriminación en todas las medidas o políticas destinadas a ampliar el rango de eficacia de un derecho; (iii) la obligación de adoptar medidas positivas, deliberadas, y en un plazo razonable para lograr una mayor realización de las dimensiones positivas de cada derecho, razón por la cual la progresividad es incompatible, por definición, con la inacción estatal; y (iv), la prohibición de retroceder por el camino iniciado para asegurar la plena vigencia de todos los derechos".

17. Inicialmente, el principio de progresividad y su consecuente prohibición de retroceso se predicaban, por excelencia, de los derechos económicos, sociales y culturales con fundamento en la teoría de las generaciones de los derechos. Este principio se incorpora al ordenamiento a partir de la inclusión de los artículos 2.1 y 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

(PIDESC), 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Protocolo de San Salvador mediante el bloque de constitucionalidad, al igual que de la interpretación sobre el alcance de los derechos reconocidos en el PIDESC la Observación General No. 3. Para dotarlo de contenido, se entiende que algunas de las obligaciones sobre los derechos económicos, sociales y culturales no son exigibles de forma inmediata, pues dependen, en gran medida, de la creación de políticas públicas y de la disposición de recursos. Por ello, de acuerdo con el principio de progresividad, la forma de cumplir sus obligaciones debe ser paso a paso, con la prohibición de retroceder en las garantías alcanzadas con el tiempo.

Al respecto, es relevante traer una definición de este principio expuesto en la Sentencia C-671 de 2002, según la cual:

“(...) el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto (...)”.

18. Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha superado este acercamiento sobre la aplicabilidad exclusiva de este principio a los derechos sociales, económicos y culturales al entender que todos los derechos constitucionales pueden tener una faceta prestacional. En este sentido, se entiende que desde el punto de vista de las obligaciones del Estado predicables de todos los derechos constitucionales de *respetar, proteger y garantizar* tales obligaciones no solo requieren del Estado deberes de abstención, sino también una intervención de carácter prestacional para su debida garantía, es decir, en todos se encuentra una dimensión positiva exigible para el Estado. Por ello, la Corte ha entendido que este principio es aplicable para la faceta prestacional de todos los derechos constitucionales.

En consonancia, la jurisprudencia más reciente ha determinado que el principio de progresividad es separable de la regla de no regresividad y que son categorías jurídicas diferenciables aunque interrelacionadas. Así, ha dicho que entre las mismas existe una relación de género y especie, en la que la regla, es decir, la no regresividad es una manifestación del principio e implica una obligación de no hacer para el Estado, pero sobretodo se desprende del principio de interdicción de la arbitrariedad. Por otro lado, el principio de progresividad supone obligaciones de hacer con miras a garantizar, gradual y sucesivamente la plena efectividad de los derechos, en el contexto de las capacidades económicas e institucionales del Estado.

19. El respeto del principio de progresividad, que conlleva la regla de no regresividad ha sido parámetro de constitucionalidad, al igual que un elemento de análisis al verificar la violación de derechos constitucionales, principalmente alrededor de los derechos a la seguridad social, al medio ambiente, a la vivienda, a la salud y al trabajo. El desarrollo de este principio en conjunto con la regla de no regresividad es diferente respecto de cada derecho. No obstante, la evolución de la jurisprudencia sobre el mismo ha determinado ciertas reglas generales, a saber: (i) las medidas que constituyan un retroceso en la protección de los derechos sociales, económicos y culturales son *prima facie* inconstitucionales; (ii) la libre configuración del Legislador se reduce en materia de estos derechos, en tanto que cuando éste adopte una medida que produzca una disminución en el nivel de protección alcanzado, tiene el deber de justificación conforme al principio de proporcionalidad, aun cuando exista un amplio margen de configuración; (iii) la prohibición de regresividad también es aplicable a la Administración; (iv) en virtud de este principio no es posible avalar la inactividad del Estado en su tarea de implementar acciones para lograr la protección integral de los derechos; y (v) en relación con las facetas prestacionales de los derechos que no son exigibles de forma inmediata, es posible solicitar judicialmente *“(1) la existencia de una política pública, (2) orientada a garantizar el goce efectivo del derecho y (3) que contemple mecanismos de participación de los interesados”.*

En consonancia, se ha reconocido que la regla de no regresividad no es absoluta, pues se entiende que existen situaciones que de conformidad con determinaciones de racionalización de recursos y con el momento histórico de cada Estado admiten el retroceso de la efectividad de algunas garantías, sin que ello suponga necesariamente una arbitrariedad, lo cual se verifica mediante el análisis de razonabilidad y proporcionalidad de la medida.

20. En estos términos, el análisis de una medida en relación con los derechos sociales, económicos y culturales supone tres pasos. Primero, se debe verificar si la medida afecta el ámbito de exigibilidad inmediata del derecho, en los términos establecidos por la Constitución, la jurisprudencia y el bloque de constitucionalidad. Es decir, si la medida escapa el ámbito de las facetas relacionadas, principalmente, con el principio de no discriminación y con el contenido esencial de cada derecho. Segundo, se debe constatar que la medida no disminuya el nivel de satisfacción previamente alcanzado, lo cual se determina al analizar: (i) si se ha recortado o limitado el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho; (ii) si se han aumentado sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al derecho; y (iii) si se han disminuido o desviado sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del mismo. Tercero, en caso de que esto suceda, se debe comprobar si se reúnen ciertas condiciones de razonabilidad que justifiquen la medida, lo cual se hace mediante *test de progresividad y no regresión*.

21. Específicamente, respecto del margen de configuración del Legislador sobre los derechos sociales, económicos y culturales, la jurisprudencia ha precisado que, cuando se adopte una determinación regresiva, respecto de la garantía de su eficacia, la misma se presume inconstitucional, sin embargo caben excepciones por lo cual se debe verificar que *“(i) las medidas no fueron tomadas inopinadamente sino que se basaron en un estudio cuidadoso, y (ii) que el Congreso analizó otras alternativas, pero consideró que no existían otras igualmente eficaces que fueran menos lesivas, en términos de la protección del derecho al trabajo. Y (iii) finalmente debe el juez constitucional verificar que la medida no sea desproporcionada en estricto sentido, esto es, que el retroceso en la protección del derecho al trabajo no aparezca excesivo frente a los logros en términos de fomento del empleo”.*

El anterior acercamiento ha evolucionado para precisar que el *juicio de progresividad y no regresión* en relación con las facetas prestacionales de los derechos supone un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, en el cual se debe verificar que la medida *“(i) persiga una finalidad constitucionalmente imperativa; (ii) que el instrumento utilizado para alcanzar ese fin sea ciertamente idóneo; (iii) que la medida sea necesaria, es decir, que no existan otros medios menos regresivos para alcanzar ese fin; y (iv) que la medida sea proporcional en sentido estricto, sin afectar, no obstante, el núcleo mínimo del derecho en cuestión. Al enfrentarse a una presunción de inconstitucionalidad, la carga de probar estos elementos recae sobre el Estado”.*

22. Cabe precisar que la jurisprudencia, al distinguir entre las categorías jurídicas de principio de progresividad y la regla de no regresividad, ha determinado que también es posible escindirlas en el análisis de constitucionalidad, según el cargo y la medida estudiada. En este sentido, ha dicho que existen eventos en los que no se revisa si una medida es regresiva, como sucede respecto de normas derogadas, subrogadas o modificadas, sino que el cargo limita su acusación respecto del principio de progresividad, por ejemplo, cuando se demanda una medida de fomento o que busca ampliar la efectividad de un derecho, entonces en esos eventos el examen constitucional escapa el test referido y se circunscribe a verificar el respeto al principio de igualdad, que a su vez incluye un análisis de razonabilidad, por oposición a la arbitrariedad.

Principio de progresividad y prohibición de retroceso respecto al derecho al trabajo

23. Los artículos 25 y 53 de la Constitución reconocen el derecho al trabajo no solo desde el punto de vista del acceso al empleo, sino desde las condiciones y los principios mínimos que rigen las relaciones laborales. En este sentido, imponen el límite al Legislador de garantizar: (i) la igualdad de oportunidades para los trabajadores; (ii) la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; (iii) la estabilidad en el empleo; (iv) la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; (v) la facultad para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; (vi) la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; (vii) la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; (viii) la garantía a la seguridad social, a la capacitación, el adiestramiento y al descanso necesario; (ix) la protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

Así mismo, el artículo 6° tanto del protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos como del PIDESC, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, reconocen este derecho y resaltan que *“la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”* hace parte inherente de la dignidad humana, al igual que es esencial para la realización de otros derechos. Igualmente, enfatizan la garantía de no ser privado del trabajo de forma injusta.

24. La Observación General 18 del Comité DESC sobre el Derecho al Trabajo establece cuatro elementos interdependientes del derecho, a saber: (i) la *disponibilidad* como la obligación de *“contar con servicios especializados que tengan por función ayudar y apoyar a los individuos para permitirles identificar el empleo disponible y acceder a él”*; (ii) La *accesibilidad*, como la posibilidad de que el mercado laboral sea accesible a todos, lo cual implica la prohibición de discriminación, la accesibilidad física principalmente para las personas en situación de discapacidad y el derecho a *“procurar, obtener y difundir información sobre los medios para obtener acceso al empleo mediante el establecimiento de redes de información sobre el mercado del trabajo en los planos local, regional, nacional e internacional”*; (iii) La *aceptabilidad y calidad* como el derecho a tener circunstancias justas y favorables en el trabajo como condiciones seguras y la posibilidad de constituir sindicatos, así como el derecho a elegir y aceptar libremente el empleo.

En este ámbito, el Comité también ha señalado la obligación que se desprende para los Estados de *respetar, proteger y garantizar* el derecho al trabajo. Estas tres dimensiones suponen, entre otros: (i) la prohibición de trabajo forzoso, la abstención de denegar o limitar el acceso igualitario al trabajo digno, especialmente a personas de grupos vulnerables (respetar); (ii) aprobar legislación o adoptar medidas que garanticen el igual acceso al trabajo y a la capacitación (proteger); (iii) reconocer el derecho (garantizar); (iv) adoptar una política nacional sobre el mismo (garantizar); (v) aumentar los recursos asignados para la reducción de la tasa de desempleo con especial énfasis en sujetos de especial protección (garantizar); (vi) adoptar medidas apropiadas para la creación de servicios de empleo públicos y privados y luchar contra el desempleo (garantizar); (vii) adoptar medidas para permitir y asistir a las personas que disfruten de su derecho al trabajo y aplicar planes de enseñanza técnica y profesional para facilitar el acceso al empleo; y (viii) emprender programas educativos e informativos para crear conciencia pública sobre el derecho (garantizar).

25. De otra parte, el Comité DESC ha dicho que si bien este derecho tiene una dimensión progresiva, relativa a adoptar medidas para lograr el pleno empleo, existen otras de aplicación inmediata, como la garantía de que el derecho se ejerza sin discriminación y la obligación de adoptar medidas deliberadas concretas para la plena realización del derecho al trabajo. Específicamente, respecto a las medidas regresivas el Comité DESC estableció que la excepción al anterior mandato parte de que si se deben adoptar tales medidas se debe justificar plenamente y demostrar que se ha hecho después de sopesar todas las alternativas pertinentes en consideración a los otros derechos reconocidos en el PIDESC y en el contexto del pleno uso de los máximos recursos disponibles.

26. La Corte Constitucional ha analizado la prohibición de retroceso en el ámbito laboral en diversas oportunidades, principalmente, en relación con disposiciones que regulan tránsitos normativos en materia de seguridad social o modificaciones que establecían cambios en beneficios laborales. Las siguientes sentencias dan cuenta de tal aplicación:

La Sentencia C-671 de 2002 declaró la exequibilidad condicionada del artículo 24 (parcial) del Decreto 1795 de 2000 que reducía el grupo de destinatarios del Sistema de Seguridad Social en salud del cual eran beneficiarios padres de oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública. En sustento de tal determinación consideró que la disposición implicaba *“una discriminación y un retroceso en la protección del derecho a la salud de un grupo de la población: los padres de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares o de la Policía, que hayan ingresado al servicio con anterioridad a la expedición de los decretos 1211 del 8 de junio de 1990 y 096 del 11 de enero de 1989 respectivamente”*.

La Sentencia C-991 de 2004 declaró inconstitucional la limitación temporal contemplada en las Leyes 790 de 2002 y 812 de 2003 a la protección para grupos vulnerables en el contexto de la reestructuración de la administración pública o *“retén social”*, por considerar que la afectación era grave en relación con el goce de derechos subjetivos en el acceso a la salud y al pago de seguridad social ya que *“la continuidad y seguridad de la cancelación de los aportes de la primera que se ve plenamente garantizada con el pago de un salario”*, lo cual tenía implicaciones en el mínimo vital de sujetos de especial protección constitucional por encontrarse en estado de debilidad manifiesta, y con fuero. Por ello, consideró que la medida era desproporcionada en relación con las afectaciones que producía y el beneficio buscado.

La Sentencia C-038 de 2004 determinó que la reducción de diferentes beneficios laborales para el trabajo suplementario, indemnizaciones y las condiciones del contrato de aprendizaje contempladas en la Ley 782 de 2002 no violaban el principio de progresividad y no regresividad de conformidad con un juicio de proporcionalidad. Así, encontró legítima la finalidad de las disposiciones, principalmente, como medidas

para combatir el desempleo al igual que idóneas y justificadas por el Legislador, así como proporcionadas en sentido estricto, al respetar *“los principios mínimos del trabajo establecidos en la Carta y en los tratados de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad”*. Respecto al límite del Legislador en las reformas laborales señaló que éstas *“no sólo (i) no puede(n) desconocer derechos adquiridos sino que además (ii) debe(n) respetar los principios constitucionales del trabajo y (iii) las medidas deben estar justificadas, conforme al principio de proporcionalidad”*.

La Sentencia C-931 de 2004, entre otras cosas, concluyó la constitucionalidad del artículo 2° de la Ley 848 de 2003 que congelaba los salarios de algunos funcionarios públicos aunque protegía el ajuste equivalente del IPC de quienes percibían menos de 2 SMLMV después de un juicio de proporcionalidad.

Más allá, la Sentencia C-372 de 2011 analizó si el artículo 48 de la Ley 1395 de 2010 al aumentar la cuantía para acceder al recurso de casación laboral en un 83% (100 SMLMV), desconocía el derecho al trabajo, al libre acceso a la administración de justicia y constituía en una medida regresiva en materia de mecanismos de protección de los derechos de los trabajadores. La Corte consideró que la creación de mecanismos judiciales para la protección de derechos fundamentales hace parte de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y, en ese caso, del derecho al trabajo, por lo cual era considerado una faceta prestacional del derecho susceptible de aplicación del principio de progresividad y la regla de no regresión. Después de establecer las características y finalidades del recurso extraordinario de casación, concluyó que la norma contenía una medida desproporcionada. Consideró que existían otras medidas menos lesivas para la descongestión de la jurisdicción ordinaria y que, además, el sacrificio de otros derechos era desproporcionado en sentido estricto en relación con el derecho de acceso a la justicia, el cual, a su vez tenía implicaciones en las garantías laborales y de la seguridad social. Así, concluyó que la medida era regresiva ya que restringía el acceso al recurso sin que coetáneamente se diera un aumento en el pago de salarios mínimos a los trabajadores, que tal medida no había sido justificada y no se habían analizado otras menos lesivas. Por lo anterior, declaró inexecutable la disposición.

Finalmente, la Sentencia C-486 de 2016 además de declarar la inconstitucionalidad del artículo 89 de la Ley 1769 de 2015 *“Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2016”*, por violar la unidad de materia, se pronunció respecto a un segundo cargo y estableció que el cambio en el pago de las cesantías del magisterio al implicar una demora adicional para los beneficiarios incurría en una violación al mandato de no retroceso.

27. Del anterior recuento se colige que el mandato de no retroceso en materia laboral específicamente ha tenido en cuenta si la medida versa sobre aquellos contenidos mínimos del derecho al trabajo que son de aplicación inmediata o si la disminución de la garantía versa sobre la efectividad del derecho desde la faceta prestacional que escapa tal ámbito para lo cual es necesario aplicar un juicio de proporcionalidad. De esta manera, los casos precedentes han analizado la prohibición de no regresión desde la perspectiva de la efectividad del derecho (goce subjetivo) y han concluido que la regresión es ilegítima ante: (i) la reducción injustificada de beneficiarios de la seguridad social; o (ii) el establecimiento de límites temporales respecto de una protección de la cual también depende el ejercicio de otros derechos como la salud.

De otra parte, la Corte ha considerado que no se afecta la prohibición de regresión cuando no se afectan mínimos del derecho, no se trata de sujetos de especial protección constitucional y existen razones poderosas que justifican la adopción de la medida, por ejemplo, en el contexto de la reducción del gasto estatal por motivos de sostenibilidad financiera como justificación de la congelación de salarios sin atención al IPC por encima de 2 SMLMV o la reducción de beneficios laborales en el trabajo suplementario, las indemnizaciones o el cambio de condiciones del contrato de aprendizaje. Igualmente, ha considerado que la regla de no retroceso también es aplicable para la dimensión objetiva de los derechos, desde los mecanismos que permiten garantizar su contenido.

Igualmente, es posible establecer que el mandato de no regresividad se encuentra interrelacionado con el principio de confianza legítima, que protege expectativas creadas por el Estado *“en el sentido de que las autoridades no variarán de forma abrupta el rumbo adoptado para la satisfacción de necesidades exigidas por el respeto de los derechos humanos”*, pero que sin embargo, están ligadas a facetas prestacionales de las cuales sí se predica el principio de progresividad y el mandato de no regresividad.

Análisis de los cargos en contra del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016

28. Le corresponde a la Sala determinar si el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 al regular una nueva forma de designación de los gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado mediante su nombramiento por el Presidente, gobernadores o alcaldes y sin concurso de méritos viola: (i) el principio del mérito por depender de criterios subjetivos y favorecimientos políticos; y (ii) el principio de progresividad y no regresividad en materia de derechos sociales, específicamente, del empleo público al adoptar una norma menos eficaz que la anterior respecto al principio del mérito, sin justificación alguna.

El Departamento Administrativo de la Función Pública, el Ministerio de Protección Social y la Federación Colombiana de Municipios sostienen que la norma es constitucional ya que se trata de un cargo de libre nombramiento y remoción con periodo fijo. Además, porque el cambio resulta justificado, ya que la provisión mediante concursos no fue posible y tiene sentido que el cargo sea designado por el responsable de la provisión de los servicios de salud en las entidades territoriales. Las Universidades Externado de Colombia y Rosario solicitan que se declare la inexecutable parcial y total de la norma, respectivamente, por considerarla regresiva, al eliminar el mérito como criterio de provisión del cargo. Para la Procuraduría General de la Nación, la disposición es executable por tratarse de un cargo de libre nombramiento y remoción, además, el cambio es ajustado, toda vez que se fundamenta en criterios de sostenibilidad fiscal y en quejas sobre cómo se llevaron a cabo los concursos, y porque no se suprimió el mérito como criterio de selección.

La Sala para abordar los cuestionamientos, debe establecer cuál es la naturaleza del cargo de gerente o director de Empresas Sociales del Estado y la evolución de su forma de provisión, así como el alcance normativo de la disposición acusada.

La naturaleza del cargo de gerente o director de Empresas Sociales del Estado y la evolución de su forma de provisión

29. La Ley 100 de 1993 en su artículo 194 determinó que las Empresas Sociales del Estado son una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa. La creación de tales empresas responde a una transformación del sistema de prestación del servicio de salud que se dio con la mencionada normativa. Desde un principio, el cargo de

gerente o director de Empresas Sociales del Estado se estableció como una excepción a los cargos de carrera al catalogarlo como un cargo con periodo fijo y de libre nombramiento y remoción. Sin embargo, su forma de provisión y estabilidad ha tenido tres momentos diferenciables que se resumen a continuación.

Primer momento

30. En un primer momento y bajo la vigencia exclusiva de la Ley 100 de 1993, se dispuso que los directores de los hospitales públicos debían ser nombrados por el jefe de la respectiva entidad territorial de una terna presentada por la junta directiva por un periodo mínimo de 3 años, prorrogables y sólo podrían ser removidos por la comisión de faltas disciplinarias graves, de conformidad con el régimen disciplinario del sector oficial.

Subsecuentemente, la Ley 443 de 1998 *"por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones"* en su artículo 5° estableció el cargo de directores o gerentes en el nivel descentralizado nacional y territorial como de libre nombramiento y remoción bajo dos criterios: (i) el de *"dirección, conducción y orientación institucionales, (...) cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices"*; y el del ejercicio de (ii) *"confianza [por tener] asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, (...) al servicio director inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos"*.

31. La Sentencia C- 665 de 2000, entre otros, determinó que el artículo 192, (parcial) de la Ley 100 de 1993, al establecer el nombramiento de los directores de las ESE por el jefe de la entidad territorial, de una terna seleccionada por la Junta Directiva y por un periodo de tres años, así como la causal de retiro, no desconocía ni vulneraba *"principios o textos constitucionales"*. Principalmente sostuvo que la potestad de definir esas características hacía parte del margen de configuración del Legislador. En la decisión también se discutió que estos cargos debían nombrarse directamente por las cabezas de los entes territoriales y debían poder ser removidos sin mayores consideraciones.

El fallo señaló que las Empresas Sociales del Estado tienen una naturaleza diferente a los establecimientos públicos, pues su función primordial, es la atención en salud y no tareas administrativas generales. Por ello, precisó que las disposiciones que los rigen son diferentes y están sujetas al amplio margen de configuración del Legislador que incluye determinar la estructura orgánica y así como el periodo, nombramiento y causales de retiro de sus directores.

El pronunciamiento también señaló que *"(i) el legislador puede crear, modificar u organizar nuevas formas de entidades descentralizadas, como lo son las empresas sociales del Estado; (ii) estas empresas constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada creada por el legislador en virtud de las facultades que le confiere el artículo 150, numeral 7, según el cual corresponde al Congreso determinar la estructura de la Administración Nacional, crear, suprimir y fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos "y otras entidades del orden nacional"; y (iii) la Constitución no ha hecho una enumeración taxativa de las entidades que integran la administración técnicamente descentralizada, y por tanto las denominaciones, las características de los diferentes tipos de personas jurídicas públicas de ese orden así como la creación de la tipología misma corresponden al legislador"*.

Segundo momento

32. 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"* derogó casi en su integridad la Ley 443 de 1998. No obstante, mantuvo su misma clasificación y fundamento para los cargos de director o gerente de entidades nacionales o territoriales descentralizadas, es decir, como cargos de libre nombramiento y remoción. Al margen de lo anterior, el artículo 2° de esta misma normativa dispone expresamente que los criterios del mérito se pueden *"ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción"*.

Posteriormente, el artículo 28 de Ley 1122 de 2007 cambió la forma de proveer estos cargos. Así, el Legislador en ejercicio de su amplio margen de configuración y a pesar de haber dispuesto el cargo como de libre nombramiento y remoción: (i) sometió su designación a concurso; (ii) contempló que de los resultados del mismo la Junta Directiva podía seleccionar una terna para que el nominador escogiera el gerente o director; (iii) extendió transitoriamente su periodo hasta una fecha posterior a la inicialmente contemplada; así como (iv) su periodo a cuatro años; (v) limitó la posibilidad de prórroga del periodo a uno más y (vi) guardó silencio acerca de las causales de retiro del cargo. Tal normativa fue reglamentada por el Decreto 800 de 2008 y la Resolución 165 de 2008 del Departamento Administrativo de la Función Pública. Así, con la igualación del periodo de los gerentes o directores al de sus nominadores se buscaba afrontar deficiencias como *"duplicidad de funciones, falta de control de la oferta de servicios de salud, y dificultades con las IPS regionales"*.

Más allá, el cambio de sistema buscaba la profesionalización del cargo, separar la selección de consideraciones políticas, garantizar el principio de igualdad de oportunidades y no permitir que la dirección de estas entidades pudiera darse indefinidamente, para evitar corrupción administrativa.

34. Este Tribunal ha revisado la constitucionalidad de diferentes apartes de la anterior provisión en tres oportunidades. La Sentencia C-957 de 2007 consideró que el primer inciso del párrafo transitorio del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, que extendía los periodos de los gerentes de las ESE en el nivel territorial cuyo periodo culminaba en diciembre de 2006, en general, no violaba la separación de poderes, la autonomía territorial y los derechos a la igualdad y a acceder a cargos públicos, ni desplazaba la facultad nominadora hacia el Congreso de la República. Sin embargo, declaró la inconstitucionalidad de la expresión *"el 31 de diciembre de 2006"*. La providencia sostuvo que la regulación de la función pública y del Sistema General de Seguridad Social hacían parte de la cláusula general de competencia del Legislador, la cual se debía ejercer de conformidad con el interés general y los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Así, precisó que una de las manifestaciones de tal potestad es la posibilidad de crear formas excepcionales para el acceso a la función pública, lo cual hacía permisible el cambio de los periodos de algunos funcionarios siempre que el periodo estuviera vigente para el momento en que la medida entrara a regir y fuera provisional.

Igualmente, determinó que en materia de nombramientos de gerentes o directores de ESE *"(i) corresponde a la nación la regulación integral del sistema de seguridad social en salud, así como la determinación de los organismos encargados de la prestación del servicio y las"*

condiciones para acceder a su dirección; (iii) sin embargo, el nombramiento de los funcionarios directivos corresponde a las autoridades territoriales". Después de analizar los cambios que generaría la medida, encontró que esa determinación se fundaba en la continuidad del servicio y en la viabilidad financiera del sistema. Sin embargo, sí consideró inconstitucional la prolongación del cargo de forma retroactiva, es decir, para aquellos eventos en los cuales ya hubiera vencido el periodo y no se hubiera elegido un nuevo gerente o se hubiera prorrogado el periodo.

35. La Sentencia C-181 de 2010 volvió a analizar el artículo 28 (parcial) que contemplaba los cambios reseñados, pero esta vez respecto de apartes del primer inciso que establecían la selección de una terna por parte de la Junta Directiva después del concurso, por un cargo de violación del artículo 125. La Corte determinó la exequibilidad condicionada de la expresión, "en el entendido de que la terna a la que se refiere deberá ser conformada por los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el respectivo concurso de méritos; de que el nominador de cada empresa social del estado deberá designar en el cargo de gerente a quien haya alcanzado el más alto puntaje; y de que el resto de la terna operará como un listado de elegibles, de modo que cuando no sea posible designar al candidato que obtuvo la mejor calificación, el nominador deberá nombrar al segundo y, en su defecto, al tercero".

La decisión señaló que el cargo era de libre nombramiento y remoción, sin embargo, que el Legislador había determinado un sistema dual de designación, entre el concurso y el nombramiento. Así mismo, precisó que si bien éste tenía la potestad de someter a concurso cargos de libre nombramiento y remoción no podía desconocer los parámetros del mismo, pues con ello se violaba el principio del mérito, y así el artículo 125 de la Constitución. De la anterior decisión se desprende la regla de que el amplio margen de configuración del Legislador en la delimitación de los cargos de la función pública y del Sistema General de Salud le permite establecer la provisión de un cargo de libre nombramiento y remoción mediante concurso de méritos, pero una vez adoptada tal determinación debe respetar el mérito "mediante el favorecimiento del concursante que obtenga el mejor puntaje en las respectivas evaluaciones". Con fundamento en tal regla declaró la constitucionalidad condicionada de la disposición.

36. Por otro lado, la Sentencia C-777 de 2010 analizó si la expresión "o previo concurso de méritos" contenida en el inciso segundo del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 por el hecho de prohibir la reelección indefinida de los Gerentes de las ESE cuando mediaba un concurso público de méritos vulneraba el derecho fundamental de acceder a un cargo público en condiciones de igualdad. Concluyó la constitucionalidad de la expresión, toda vez que tal fórmula se encontraba dentro del amplio margen de configuración del Legislador que, por un lado, permitía al buen gestor volver a asumir el cargo y, por otro, contemplaba la posibilidad de que otras personas pudieran acceder a cargos públicos mediante concurso abierto. Además, sostuvo que existía la posibilidad de que la reelección indefinida se prestara para corrupción administrativa, sin que existiera evidencia que demostrara que tal práctica garantizaba determinados índices de eficiencia, eficacia y moralidad pública.

La sentencia reiteró que el amplio margen de configuración del Legislador en la organización de las Empresas Sociales del Estado le permite establecer lo atinente a la elección, período, faltas temporales y absolutas, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, para los gerentes o directores de las ESE e igualmente que el Legislador podía fijar criterios objetivos en el proceso de selección de funcionarios destinados a ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, pero debía sujetarse a los mismos y a la Constitución.

37. Posteriormente, la Ley 1438 de 2011 "Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones", en su artículo 72 determinó que la evaluación insatisfactoria del plan de gestión es causal de retiro del servicio del Director o Gerente "para lo cual se deberá adelantar el proceso que establezca la presente ley". Adicionalmente, precisó que ante la vacancia del cargo durante los siguientes 60 días calendario se debía iniciar un concurso público para su elección de la cual la Junta Directiva debía conformar una terna con los mejores calificados y el nominador debía seleccionar quien tuviera el mejor puntaje.

38. En conclusión, bajo el régimen de las Leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011 se tiene que el cargo de gerente o director de las Empresas Sociales del Estado conservó su naturaleza de cargo de libre nombramiento y remoción con periodo fijo, sin embargo, con un carácter *sui generis*, en la medida en que su designación dependía de un concurso de méritos que debía respetarse y que generaba derechos adquiridos para aquellos que ocuparan la primera posición en la lista de elegibles. Adicionalmente, la remoción del cargo no estaba sujeta a la amplitud de la libre remoción, sino respondía a causales específicas como la evaluación insatisfactoria, además de las disciplinarias generales y con fundamento en un proceso.

Tercer momento y alcance del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016

39. El artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 "Por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones" cambió el referido sistema de la siguiente forma:

- i. (i) Los gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por el Presidente de la República, los gobernadores o alcaldes dentro de los tres meses siguientes a su posesión, previa verificación del cumplimiento de los requisitos del cargo, establecidos por las normas correspondientes y evaluación de las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública;
- ii. (ii) Tienen un periodo institucional de cuatro años que termina tres meses después del inicio del periodo institucional del Presidente y los jefes de las entidades territoriales;
- iii. (iii) Su retiro del cargo está sujeto a la evaluación insatisfactoria del plan de gestión, en los términos de la Ley 1438 de 2011 y las normas reglamentarias, por destitución o por orden judicial.

Así mismo, la norma previó un régimen de transición que permite:

- i. (i) A los gerentes o directores que hayan sido nombrados o reelegidos en el cargo mediante concurso de mérito terminar su periodo;
- ii. (ii) Culminar cualquier concurso de mérito que haya comenzado, es decir, que se encuentre en la etapa de convocatoria o cualquiera

subsiguiente, el cual deberá culminar con el nombramiento del integrante de la terna que haya obtenido el primer lugar; y

iii. (iii) Nombrar en los nuevos términos al gerente o director en caso de que el anterior concurso se haya declarado desierto o cuando no se esté en el evento de un concurso iniciado, es decir, ante vacantes absolutas.

De conformidad con lo anterior, la Sala constata que en el régimen vigente: (i) se suprimieron el concurso de méritos y la actuación de la Junta Directiva de la entidad para la conformación de una terna; (ii) se mantuvieron el periodo institucional de cuatro años y las causales de remoción con fundamento en la evaluación del programa de gestión; y (iii) se reintrodujo explícitamente la causal de remoción del cargo con fundamento en las faltas disciplinarias, además de añadir la orden judicial como motivo adicional. Igualmente, se determinó un régimen de transición que respeta: (a) los periodos de quienes ejercen el cargo para la vigencia de la norma; y (b) los concursos que ya hayan iniciado. Finalmente, se determina que ante el evento de un concurso desierto o ante cualquier otra situación, el nombramiento es el que se dispone de forma general en la norma, es decir, por el Presidente, gobernadores o alcaldes.

La designación de los gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado por el Presidente de la República, gobernadores o alcaldes no viola el principio del mérito establecido en el artículo 125 de la Constitución por tratarse de un cargo que exceptúa la regla general

40. Para analizar el primer cargo se debe aclarar que la demanda en este aspecto no se dirige en contra de todo el artículo 20, sino que se limita a los apartes que designan la nueva forma de nombramiento de los gerentes o directores de las ESE, es decir, el primer inciso hasta la palabra "artículo", la última frase del segundo inciso del párrafo transitorio, al igual que su tercer inciso.

Como se ha advertido ampliamente, el artículo 125 de la Constitución establece la carrera administrativa como la regla general. Sin embargo, tal disposición también reconoce que existen otros métodos de selección para ejercer la función pública, como excepciones. En consecuencia, la carrera es uno de los métodos de selección para los empleos públicos, pero no es el único. La misma norma establece, entre otros, el libre nombramiento y remoción como una de las formas posibles de ejercer cargos en la función pública, como excepción a la carrera administrativa.

En este contexto, se ha reconocido que entre las facultades que la Constitución consagra de forma explícita para el Congreso de la República, se encuentra la de regular el ejercicio de la función pública, de acuerdo con el interés general y los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Otras manifestaciones de esta potestad, se encuentran en la posibilidad de crear formas excepcionales para el acceso a la función pública, y en la determinación de sujetar el ejercicio de la misma, a las condiciones legalmente establecidas. Específicamente, se ha dicho que dentro de estas facultades se encuentra la de regular el sistema de seguridad social en salud, la cual incluye la creación, modificación u organización de nuevas formas de entidades descentralizadas, como lo son las Empresas Sociales del Estado. Igualmente que, dentro de tal potestad, puede implementar el sistema de selección que considere apropiado para la provisión de los empleos del Estado.

41. En consecuencia, el Legislador cuenta con una amplia potestad para determinar que ciertos cargos sean de libre nombramiento y remoción y exceptuarlos de la carrera administrativa y así determinar su nombramiento por los jefes de las respectivas entidades territoriales o, en el orden nacional, por el Presidente de la República. Del amplio recuento normativo y jurisprudencial acerca del cargo de director o gerente de las Empresas Sociales del Estado, se tiene que desde su creación se determinó que este cargo tenía dos características principales: (i) la naturaleza de libre nombramiento y remoción; y (ii) el periodo fijo. Esas dos características cumplen con dos de los criterios que escapan a la carrera administrativa, uno constitucional y el segundo de orden legal, en la medida en que la Ley 909 de 2004 establece, en su artículo 5°, que los cargos de periodo fijo no son de carrera. En este sentido, desde la Ley 100 de 1993 hasta la disposición que ahora se revisa se ha mantenido la misma naturaleza, sin que se hubiesen dado cambios en ese aspecto, lo cual se verifica en el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016.

Al margen de lo anterior, se ha reconocido que el cargo de director o gerente de las ESE es *sui generis*. Lo precedente por dos motivos, primero, porque como cargo de libre nombramiento y remoción no ha ostentado ni lo hace ahora, todas las características de ese tipo de designación, toda vez que su remoción no opera como una facultad discrecional del nominador, sino que está sujeta a una estabilidad limitada, en relación con el periodo fijo y, en el régimen anterior a la posibilidad de una sola reelección. En el actual, se reviven las evaluaciones de desempeño y consideraciones disciplinarias como causales explícitas de remoción, para que las mismas procedan con fundamento en un debido proceso. Segundo, porque en el pasado su acceso estuvo mediado por el concurso de méritos bajo la regla de que era posible para el Legislador determinar que un cargo de la naturaleza mencionada se dotara mediante concurso de méritos, pero que en ese escenario debían respetarse todas las prerrogativas de tal mecanismo.

42. Ahora bien, la determinación de este cargo como uno de los exceptuados de la carrera administrativa es completamente legítima. Lo anterior, puesto que el cómo se ha expuesto ampliamente artículo 125 de la Carta Superior no exige que todos los cargos de la función pública sean de carrera, sino que entiende que la estructura orgánica del Estado admite funcionarios y empleados públicos que no sigan esa regla. En este sentido, el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, al establecer en su inciso primero que su nombramiento se hará por el Presidente de la República, gobernadores y alcaldes como la regla general y residual en el periodo de transición (párrafo transitorio, incisos segundo y tercero), regula una expresión del artículo 125 de la Constitución, lo cual se encuentra dentro del amplio margen de configuración del Legislador.

43. En efecto, el cargo cumple con los criterios establecidos por la jurisprudencia para definirse como de libre nombramiento y remoción, pues tiene: (i) fundamento legal; (ii) responde al principio de razón suficiente; y (iii) su ejercicio exige confianza plena y total, e implica decisiones políticas y, por lo tanto, al cumplir con los criterios objetivos, subjetivo y orgánico, no desborda los límites impuestos por el principio de la carrera administrativa como regla general que admite excepciones. En primer lugar, tiene fundamento legal, toda vez que el cargo que reglamenta el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 en su forma genérica fue determinado por el artículo 5° de la Ley 909 de 2004 como de libre nombramiento y remoción además de que el artículo 20 de la Ley 1797 también es de orden legal. La norma de la Ley 909 de 2004 señala que se exceptúan de la carrera administrativa los cargos de "dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices", dentro de los cuales sitúa a los directores o gerentes de la administración descentralizada.

Igualmente, delimita como exceptuados los “empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos”. De esta forma, dos disposiciones legales permiten la excepción a la carrera administrativa. Por ello, cumple con el criterio objetivo ya que cuando se trata de funciones directivas, de conducción o manejo institucional es posible catalogar el cargo como de libre nombramiento y remoción.

En *segundo lugar*, cumple con el criterio orgánico, al considerar el nivel jerárquico que ocupa dentro de la estructura de la entidad, es decir, tiene en consideración que se trata de la cabeza de la entidad, es decir, no se trata de cualquier empleado público dentro de la misma, sino del cargo que reviste las funciones de su dirección. En *tercer lugar*, cumple con el criterio subjetivo, por tratarse de un cargo que requiere de confianza, al manejar y conducir políticas públicas y en especial la prestación del servicio de salud, que es de las responsabilidades más sensibles que tiene el Ejecutivo. Finalmente, no se trata de un cargo en el que se ejercen funciones administrativas, ejecutivas o subalternas como se precisará a continuación.

En cuanto a los dos últimos criterios reseñados cabe destacar que el Decreto 1876 de 1994, que reglamenta los artículos 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993, regula las Empresas Sociales del Estado y señala que los gerentes o directores son empleados públicos de periodo fijo. La misma normativa también establece que las ESE son “una categoría especial de entidad pública, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas o reorganizadas por ley o por las asambleas o concejos”. Específicamente, respecto a su estructura en el nivel directivo indica que las ESE están conformadas por una Junta Directiva y un gerente o director, quien tiene a su cargo “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, sin perjuicio de las demás funciones de dirección que exija el normal desenvolvimiento de la entidad”.

En concordancia, el Decreto 139 de 1996 en su artículo 4° señala las siguientes funciones para el cargo:

- “1. Detectar la presencia de todas aquellas situaciones que sean factor de riesgo epidemiológico, y adoptar las medidas conducentes a aminorar sus efectos.
2. Identificar el diagnóstico de la situación de salud del área de influencia de la entidad, interpretar sus resultados y definir los planes, programas, proyectos y estrategias de atención.
3. Desarrollar planes, programas y proyectos de salud conforme a la realidad socioeconómica y cultural de la región.
4. Participar en el diseño, elaboración y ejecución del plan local de salud, de los proyectos especiales y de los programas de prevención de la enfermedad y promoción de la salud y adecuar el trabajo institucional a dichas orientaciones.
5. Planear, organizar y evaluar las actividades de la entidad y velar por la aplicación de las normas y reglamentos que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud.
6. Promover la adaptación, adopción de las normas técnicas y modelos orientados a mejorar la calidad y eficiencia en la prestación de los servicios de salud y velar por la validez y científica y técnica de los procedimientos utilizados en el diagnóstico y tratamiento.
7. Velar por la utilización eficiente de los recursos humanos, técnicos y financieros de la entidad y por el cumplimiento de las metas y programas aprobados por la Junta Directiva.
8. Presentar para aprobación de la Junta Directiva del plan trianual, los programas anuales de desarrollo de la entidad y el presupuesto prospectivo, de acuerdo con la Ley Orgánica de Presupuesto y las normas reglamentarias.
9. Adaptar la entidad a las nuevas condiciones empresariales establecidas en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud, garantizando tanto la eficiencia social como económico de la entidad, así como la competitividad de la institución.
10. Organizar el sistema contable y de costos de los servicios y propender por la eficiencia utilización del recurso financiero.
11. Garantizar el establecimiento del sistema de acreditación hospitalaria, de auditoría en salud y control interno que propicien la garantía de la calidad en la prestación del servicio.
12. Establecer el sistema de referencia y contrarreferencia de pacientes y contribuir a la organización de la red de servicios en el nivel local.
13. Diseñar y poner en marcha un sistema de información en salud, según las normas técnicas que expida el Ministerio de Salud, y adoptar los procedimientos para la programación, ejecución, evaluación, control y seguimiento físico y financiero de los programas.
14. Fomentar el trabajo interdisciplinario y la coordinación intra e intersectorial.
15. Desarrollar objetivos, estrategias y actividades conducentes a mejorar las condiciones laborales, el clima organizacional, la salud ocupacional y el nivel de capacitación y entrenamiento, y en especial ejecutar un proceso de educación continua para todos los funcionarios de la entidad.
16. Presentar a la Junta Directiva el proyecto de planta de personal y las reformas necesarias para su adecuado funcionamiento y someterlos a la aprobación de la autoridad competente.
17. Nombrar y remover los funcionarios bajo su dependencia de acuerdo con las normas de administración de personal que rigen para las diferentes categorías de empleo, en Sistema General de Seguridad Social en Salud.
18. Diseñar modelos y metodologías para estimular y garantizar la participación ciudadana y propender por la eficiencia de las actividades extramurales en las acciones tendientes a lograr metas de salud y el mejoramiento de la calidad de vida de la población.
19. Diseñar mecanismos de fácil acceso a la comunidad, que permitan evaluar la satisfacción de los usuarios, atender las quejas y sugerencias y diseñar en consecuencia, políticas y correctivos orientados al mejoramiento continuo del servicio.
20. Representar legalmente a la entidad judicial y extrajudicialmente y ser ordenador del gasto.
21. Firmar las convenciones colectivas con los trabajadores oficiales de acuerdo con la disponibilidad presupuestal.
22. Contratar con las Empresas Promotoras de Salud públicas o privadas la realización de las actividades del Plan Obligatorio de Salud, que esté en capacidad de ofrecer.
23. Las demás que establezcan la Ley y los reglamentos y las Juntas Directivas de las Entidades”.

De otra parte, la Ley 1438 de 2011 actualizó la conformación de la Junta Directiva contemplada en las normativas referidas y estableció que la misma está integrada por:

“70.1 El jefe de la administración departamental, distrital o municipal o su delegado, quien la presidirá.

70.2 El director de salud de la entidad territorial departamental, distrital o municipal o su delegado.

70.3 Un representante de los usuarios, designado por las alianzas o asociaciones de usuarios legalmente establecidas, mediante convocatoria realizada por parte de la dirección departamental, distrital o municipal de salud.

70.4 Dos (2) representantes profesionales de los empleados públicos de la institución, uno administrativo y uno asistencial, elegidos por voto secreto. En el evento de no existir en la ESE profesionales en el área administrativa, la Junta Directiva podrá integrarse con un servidor de dicha área con formación de técnico o tecnólogo”.

En tales términos, es evidente que desde el principio las funciones delimitadas para los gerentes o directores de las ESE corresponden a aquellas para los cargos de libre nombramiento y remoción a partir de la perspectiva de los criterios orgánico y subjetivo, toda vez que: (i) están asociadas al diseño y responsabilidad política de la ejecución de la política pública en salud dentro de la entidad territorial de su competencia; pero además, (ii) la presidencia de la Junta Directiva en el orden territorial está a cargo de los gobernadores o alcaldes, lo cual tiene todo el sentido por ser aquellos los últimos responsables de la prestación del servicio de salud. A tal Junta, como órgano de superior dirección y administración, le corresponde “ejercer la orientación de la actividad que le es propia al respectivo ente” y, por ello, de los gerentes o directores, por lo que la relación entre estos y los jefes de las entidades territoriales es de confianza para implementar las políticas planteadas por estos últimos.

De esta manera, la designación del gerente o director de las Empresas Sociales del Estado en los términos del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 responde a un cargo de libre nombramiento y remoción lo cual está permitido por el artículo 125 de la Constitución, como una excepción a la carrera administrativa.

44. En este punto cabe resaltar que no les asiste razón a los demandantes ni a algunos de los intervinientes que sostienen que esta forma de designación elimina el mérito y somete el nombramiento del cargo a consideraciones meramente subjetivas, además de violar la prohibición de filiación política, por permitir tal nombramiento por alguien elegido popularmente.

Las excepciones a la carrera administrativa del artículo 125 y las legales no implican que esas formas de elección o designación en empleos públicos no expresen el mérito o se contrapongan al mismo. En primer lugar, pues el establecimiento de formas diferentes al concurso de méritos no significa que los cargos estén privados de requisitos y que sea posible nombrar a cualquier persona sin que exista una correlación entre su perfil profesional, experiencia y el cargo que deben ejercer. En este aspecto, al igual que le corresponde al Legislador regular las etapas y requisitos de los concursos de méritos también le asiste la misma potestad a ese o su delegado para determinar los requisitos para los cargos. Esa determinación configura los contornos objetivos del mérito en tal nivel. Por ejemplo, se puede establecer que para acceder a un cargo de libre nombramiento y remoción se requieran cinco años de experiencia y una maestría, como también se puede exigir una edad específica o diferentes títulos universitarios o inclusive experiencia profesional particular, como la previa dirección de entidades o instituciones. Esos requisitos fijan un aspecto objetivo, a pesar de que admite otros criterios que, sin lugar a dudas están relacionados con determinaciones subjetivas del nominador, que responden a la confianza, y a la coordinación y coincidencia ideológica en la gestión pública con la cual se debe ejercer el cargo, lo que repercute en la continuidad del servicio y su buena prestación.

El artículo 20 acusado establece en su primer inciso que el nombramiento del director o gerente de las Empresas Sociales del Estado está sujeto a dos condiciones: (i) la previa verificación de los requisitos establecidos para el cargo; y (ii) la evaluación de las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública. Al respecto, el Decreto 1427 de 2016 que reglamenta el artículo 20 que se estudia determina el sistema de evaluación de los aspirantes a los cargos. La normativa dispone que: (i) el Presidente, gobernadores o alcaldes deberán evaluar las competencias señaladas por el Departamento Administrativo de la Función Pública mediante pruebas escritas y dejar constancia de tal ejercicio; (ii) delega la evaluación de los aspirantes a ocupar los cargos en el orden nacional al Departamento Administrativo de la Función Pública; y (iii) permite el apoyo de la anterior entidad para la evaluación de los aspirantes en los sectores departamental, distrital y municipal sin costo alguno.

En consecuencia, la norma parcialmente acusada refiere un criterio objetivo para la provisión del cargo que se delimita mediante la referencia a reglas objetivas, previas y técnicas. Indudablemente, lo anterior no quiere decir que el nombramiento esté desprovisto de criterios subjetivos, sin embargo, tal determinación, en razón a la naturaleza del cargo y a los criterios verificados *ut supra* es constitucionalmente admisible.

45. De otra parte, también se debe tener en cuenta que el nombramiento de un funcionario con infracción de las normas en que debería fundarse, de forma irregular o con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió puede controlarse mediante el medio de nulidad y restablecimiento del derecho contemplado en el CPACA. En este sentido, el acceso al cargo en cualquiera de las condiciones que habilitan la interposición de tal medio de control son situaciones en las cuales, en concreto, se desconocería por completo el mérito, el ejercicio de la función pública bajo los principios del artículo 209 de la Constitución, además del principio de legalidad. No obstante, se debe precisar que la filiación política como uno de los criterios para designar un cargo de los excluidos de la carrera administrativa no es una prohibición constitucional y tal característica, en sí misma no hace que una persona que ejerce un cargo no tenga el mérito para hacerlo. Luego, dentro del margen del criterio subjetivo de la designación de un nominador no está vedado que se tenga como uno, mas no el único, de los criterios la filiación política.

46. En conclusión, los apartes del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 acusados que establecen la designación de los directores o gerentes de las ESE como una expresión de un cargo de libre nombramiento y remoción no violan el artículo 125 de la Constitución ni el principio del mérito toda vez que esa misma disposición permite formas diferentes a la carrera administrativa y del concurso de méritos como formas de acceso a empleos públicos. Por lo anterior, se concluye que el cargo no prospera.

La designación de los gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado por el Presidente de la República, gobernadores o alcaldes no viola el mandato de no regresividad respecto de la provisión de empleos públicos

47. Para analizar el cargo planteado sobre si la nueva forma de designación de los gerentes y directores de las Empresas Sociales del Estado contemplada en el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, al cambiar de sistema de provisión de concurso de méritos a nombramiento

por el Presidente y los jefes de las entidades territoriales, viola el principio de progresividad y la regla de no regresividad en relación con la efectividad del mérito (art. 125 C.P.) y los derechos sociales como el empleo público, lo primero que se debe estudiar es si tal principio se aplica a la norma demandada.

48. El demandante señala que el concurso de méritos dota de imparcialidad a la función pública, impide el clientelismo y la sustrae de los vaivenes partidistas al tiempo que garantiza derechos fundamentales, promueve la igualdad y proscribire los tratos injustificados. En consecuencia, plantea que la medida acusada deroga todas las condiciones objetivas de selección. Por ello, entiende que el principio de mérito pierde efectividad con esta forma de nombramiento. De otra parte, la Universidad Externado de Colombia argumenta que el concurso es garantía de un servicio eficiente y de calidad para los administrados, así como de acceso al cargo en igualdad de condiciones y, por lo tanto, se trata de una norma regresiva en relación con el mérito, al politizar las entidades prestadoras de salud. En la misma línea, la Universidad del Rosario sostiene que este nuevo método afecta los principios básicos del empleo público, por la inclusión de criterios políticos en la designación de los gerentes y directores de las ESE.

Desde la anterior perspectiva, se tienen dos argumentos centrales bajo el mismo cargo: primero, que la variación normativa ampliamente mencionada viola el principio del mérito y le resta efectividad, al eliminar la sujeción a criterios objetivos e imponer formas subjetivas y politizadas de selección, por lo cual se trata de una medida regresiva, que está proscribida. Segundo, que existe una disminución de la garantía de los derechos sociales y, específicamente, del empleo público, lo cual se circunscribe a la efectividad de derechos subjetivos en relación con el derecho al trabajo en el ámbito público.

49. Para la Sala, el cargo propuesto no prospera toda vez que el principio de progresividad no es aplicable a este asunto desde ninguna de las perspectivas alegadas, pues: (i) el primer alegato se sustenta en la evaluación de la efectividad del principio de mérito y la Corte solo puede estudiar la validez de las normas, luego ese entendimiento de la aplicabilidad del principio de progresividad no es procedente. Es claro que el control constitucional es un análisis de validez de las normas de inferior jerarquía respecto de las disposiciones que integran el bloque de constitucionalidad y la Carta Superior, así bajo ninguna circunstancia puede entenderse como un mecanismo para evaluar la eficacia de la ley. (ii) El segundo alegato desconoce que la norma acusada otorga una competencia pero no regula un derecho social (el acceso al cargo público por el mérito) ni, por lo tanto, la faceta prestacional del derecho al trabajo. Veámos.

50. Como se ha dicho ampliamente, el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, principalmente, establece la forma de designación de los gerentes o directores de las ESE de acuerdo con el nivel nacional, territorial o municipal, bajo la condición de cumplir unos requisitos y por un periodo fijo. En tal sentido, la norma determina una competencia para el Presidente, los gobernadores y alcaldes como un modo de designación permitido en la función pública por una norma constitucional. Así, la habilitación de una competencia, es decir, la determinación de lo que un funcionario puede hacer en el ejercicio de sus funciones, no es equivalente a la regulación de derechos ni, por lo tanto de la faceta prestacional del derecho al trabajo.

Respecto al primer argumento del cargo, se tienen dos posibles lecturas. La primera, se refiere a una acusación que desborda la competencia de esta Corte por versar sobre la efectividad del principio de mérito. Lo anterior, ya que aunque aparentemente enjuicia la norma acusada, en realidad, busca que se analice el mérito en general, como política pública, para verificar la incidencia de la norma respecto de su eficacia. De esta forma, la única manera de evaluar tal cuestionamiento es desde el impacto en conjunto de la provisión de todos los cargos de la función pública respecto de la carrera administrativa. Una medida aislada no puede dar cuenta de sí, en general, el Estado ha adoptado decisiones que lleven a maximizar o minimizar el principio del mérito en el acceso y ascenso al empleo público. Por ejemplo, en términos cuantitativos cuántos concursos ha realizado para proveer cargos de carrera que llevaban años provistos mediante la figura de la provisionalidad o cuantos empleos eran de libre nombramiento y remoción y no pasaron a ser de carrera o cuantos nuevos empleos hay con personas que accedieron al mismo por concursos públicos.

Esa perspectiva no es admisible en esta sede, pues obligaría a que se estudie si el mérito, como garantía institucional, ha empeorado en relación con Sociales del Estado gerente de las Empresas Sociales del Estado no viola el principio de progresividad y el mandato de no regresividad en relación con los derechos sociales, específicamente respecto al empleo público, toda vez que tal principio no le es aplicable a la norma estudiada, pues la misma no determina derechos y, por lo tanto, tampoco regula una faceta prestacional de los derechos sociales. Por lo anterior, se declarará la exequibilidad de la disposición (D-11797).

61. Finalmente, la Corte no considera procedente adoptar la petición de la Procuraduría General de la Nación de exhortar al Congreso de la República para que *“haciendo un examen de la realidad concerniente a la Gerencia o Dirección de las Empresas Sociales del estado legisle lo atinente a su designación”*, toda vez que tal facultad se encuentra dentro del amplio margen de su configuración.

I. VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos ordenada por la Sala Plena de la Corte Constitucional en el Auto 305 del 21 de junio de 2017.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, por los cargos analizados.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE E INSÉRTESE EN LA GACETA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE EL EXPEDIENTE.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Presidente
CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado
DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado
ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada
CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada
Con impedimento
JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado
ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado
MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

Fecha y hora de creación: 2019-09-30 12:08:50