REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

SENTENCIA C-100 DE 2025

Referencia: Expediente D-16.144

Asunto: acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 14 (total), y, 7, 9 y 18 (parcial) de la Ley 2291 de 2023, “Por medio de la cual se transforma la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Cancerología de Empresa Social del Estado, se define su objeto, funciones, estructura y régimen legal”.

Tema: creación de un régimen laboral especial para los servidores públicos del Instituto Nacional de Cancerología.

Magistrada ponente: Cristina Pardo Schlesinger

Bogotá, D. C., veinte (20) de marzo de dos mil veinticinco (2025)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales, en especial de la prevista por el artículo 241.4 de la Constitución Política, profiere la siguiente

SENTENCIA

Síntesis de la decisión

La Corte encontró que los artículos demandados son inconstitucionales porque en la exposición de motivos y en las intervenciones presentadas a favor de la constitucionalidad de la norma no se acreditaron los estándares constitucionales para exceptuar de la carrera administrativa los empleos públicos de la planta de personal del Instituto Nacional de Cancerología (INC).

En efecto, (i) no se estructuró una razón suficiente; (ii) no se analizó con suficiente singularidad el rol de los empleos y las funciones que realizan, sino que se expusieron consideraciones generales para toda la planta de personal; (iii) no se justificó por qué un sistema específico de carrera no era idóneo para responder a las particularidades del INC, como podría ser el sistema específico para el personal de ciencia y tecnología ya previsto en la Ley 909 de 2004, con relación al grupo de empleos dedicados a esta naturaleza de funciones. Adicionalmente, la Sala Plena constató que el régimen laboral especial propuesto en la Ley 2291 de 2023 es regresivo para los empleados actualmente inscritos en la carrera administrativa, porque es menos garantista en cuanto a la estabilidad en el empleo, pues se pierden las garantías de derecho de opción, indemnización y certeza en las causales de retiro; y, además, minimiza la protección del derecho al descanso.

I. ANTECEDENTES

1. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, la ciudadana Sixta Zúñiga Lindao, comisionada y presidenta de la Comisión Nacional del Servicio Civil, por intermedio de apoderado judicial, demandó los artículos 14 (total) 7, 9 y 18 (parciales) de la Ley 2291 de 2023, "Por medio de la cual se transforma la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Cancerología Empresa Social del Estado, se define su objeto, funciones, estructura y régimen legal".

2. La Sala Plena de la Corporación, en sesión del 21 de agosto de 2024, previo sorteo de rigor, remitió el asunto al despacho de la magistrada ponente para impartir el trámite correspondiente .

3. Mediante auto del 6 de septiembre de 2024, la magistrada sustanciadora admitió la demanda y dispuso:

"SEGUNDO. FIJAR en lista las normas acusadas, por el término de diez (10) días, con el fin de otorgar la oportunidad a todos los ciudadanos de impugnarla o defenderla.

TERCERO. COMUNICAR el presente proceso al Congreso de la República, Ministerio del Trabajo, Ministerio de Salud y Protección Social y Departamento Administrativo de la Función Pública, para que en el término establecido en el artículo 11 del Decreto 2067 de 1991, expresen lo que estimen conveniente. Para el efecto, pueden acceder al texto íntegro de la demanda en el siguiente enlace: https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=87685

CUARTO. INVITAR a la Defensoría del Pueblo, Dejusticia, Federación Médica Colombiana, Asociación Nacional de Profesionales de la Salud, Centro de Investigaciones para el Desarrollo de la Universidad Nacional de Colombia, Agremiación Sindical del Sector Salud, Instituto de Estudios Políticos de la Universidad Nacional de Colombia, el Instituto Pensar e Instituto de Bioética de la Universidad Javeriana, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Rosario, Nacional, Antioquia, Valle y Javeriana, Asociación de Empleados Públicos del Instituto Nacional de Cancerología (Asepinc) y Asociación de Exalumnos del Instituto Nacional de Cancerología para que, en caso de considerarlo pertinente, presenten un concepto sobre los aspectos que consideren relevantes en el proceso de constitucionalidad de la referencia, dentro del término de fijación en lista. Para el efecto, pueden acceder al texto íntegro de la demanda en el siguiente enlace: https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=87685

QUINTO. DAR TRASLADO de la presente demanda al señor Procurador General de la Nación

para que rinda el concepto de su cargo en los términos que le concede la ley (art. 7o. Decreto 2067 de 1991)".

4. Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Sala Plena de la Corte Constitucional decide la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

5. El texto de la norma demandada está resaltado, en negrilla y subrayado, dentro de la siguiente cita:

"LEY 2291 DE 2023

Diario Oficial No. 52.311 (17 de febrero de 2023)

Por medio de la cual se transforma la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Cancerología Empresa Social del Estado, se define su objeto, funciones, estructura y régimen legal

(…)

CAPÍTULO II

Estructura orgánica, dirección y administración

(…)

Artículo 7º. Funciones del Consejo Directivo. Son funciones del Consejo Directivo, las siguientes:

(…)

k) Fijar los criterios y condiciones generales de carácter salarial y prestacional de los trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología para la celebración de los contratos laborales y el reconocimiento por productividad para el personal que desarrolle actividades de investigación, salud pública, asistencial en salud y docencia, en el marco de lo señalado por el artículo 71 de la Constitución Política y lo dispuesto por la presente ley atendiendo criterios de competencia en el mercado laboral y con estricta sujeción al presupuesto del instituto.

l) Establecer el procedimiento de mérito para la contratación de los Trabajadores del Régimen Especial del Instituto Nacional de Cancerología.

m) Definir las disposiciones internas para reconocer los estímulos por desempeño de los Trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología.

(…)

Artículo 9º. Funciones del Director General. El Director General del Instituto Nacional de

Cancerología cumplirá además de las funciones establecidas en el artículo 78 de la Ley 489 de 1998, las siguientes:

(…)

13. Adoptar los Manuales de Procesos y Procedimientos y los de funciones y competencias laborales de los trabajadores del Instituto.

14. Nominar, vincular, administrar, ejercer la facultad disciplinaria y remover al personal, de conformidad con las normas legales vigentes, y establecer las políticas y orientaciones para atender el cumplimiento de sus funciones, de acuerdo con las necesidades del servicio.

(…)

CAPÍTULO IV

Régimen Jurídico y Administrativo

(…)

Artículo 14. Régimen Laboral. Para todos los efectos legales, los servidores públicos con funciones de dirección, conducción, orientación y asesoría institucional cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices o los de confianza que estén al servicio del Director General del Instituto Nacional de Cancerología se clasifican como empleados públicos de libre nombramiento y remoción, designados por el Director General y su régimen legal será el establecido por la Ley 909 de 2004 y las normas pertinentes y complementarias.

Los demás servidores públicos del Instituto Nacional de Cancerología serán de régimen especial quienes tendrán el carácter de Trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología y estarán sometidos al régimen laboral propio establecido en la presente ley; para todos los efectos se denominarán “Trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología”.

Son normas especiales del régimen laboral de los servidores del Instituto Nacional de Cancerología, las siguientes:

a) Los Trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología serán servidores públicos de régimen especial vinculados mediante contratos de trabajo suscritos por el Director General, se regirán por lo dispuesto en la presente ley, garantizando lo pactado en el contrato de trabajo y en el reglamento interno. La vinculación se realizará previa verificación del cumplimiento de los requisitos de formación académica y experiencia previstos para cada denominación del cargo y la evaluación de las competencias y el procedimiento de mérito que establezca el Consejo Directivo de la Institución. El Instituto Nacional de Cancerología tendrá la obligación de suscribir el contrato de trabajo en dos (2) ejemplares de los cuales deberá entregar uno al trabajador debidamente suscrito por su representante legal.

b) El Instituto Nacional de Cancerología, previa verificación del cumplimiento de los requisitos de formación académica y experiencia previstos para cada cargo, vinculará a los Trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología que desarrollen actividades o funciones de la entidad de acuerdo con las necesidades institucionales.
c) El Gobierno nacional, en el decreto que defina la planta de personal del Instituto Nacional de Cancerología, señalará el número de trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología.
d) En materia de la jornada laboral, los Trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología se regirán por el Decreto Ley 1042 de 1978 o por las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan; el Consejo Directivo señalará la manera como se dará cumplimiento a la jornada laboral en donde se tendrá en cuenta la naturaleza del cargo o actividad, la intensidad horaria y su cumplimiento por áreas frente a los modelos por productividad que se establezcan para las áreas misionales del Instituto.
e) La remuneración de los empleados públicos de libre nombramiento y remoción del Instituto Nacional de Cancerología será fijada por el Gobierno nacional; la de los Trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología la fijará el Consejo Directivo del Instituto, para lo cual tendrá en cuenta los parámetros que para tal efecto fije el Gobierno nacional, los criterios de competencia en el mercado laboral y se sujetará, en todo caso, al presupuesto de la entidad y a los criterios de viabilidad y sostenibilidad institucional.
f) Para los trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología que desarrollen actividades de Investigación, tecnología e Innovación y de carácter asistencial el Consejo Directivo podrá fijar un sistema de asignación fija y variable por productividad.
g) En lo relacionado con la administración del personal, a los trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología les serán aplicables en lo pertinente las disposiciones del Decreto Ley 2400 de 1968 y las demás normas que lo reglamenten, modifiquen o sustituyan.
h) El retiro para los empleados públicos del Instituto se dará por las causales legales señaladas por la Ley 909 de 2004; para la categoría de Trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología lo serán por las mismas causas, por la terminación de la obra o labor o el cumplimiento del término pactado o por razones disciplinarias, y en caso de supresión del cargo se indemnizarán aplicando lo dispuesto por la Ley 909 de 2004 o en las normas que la modifiquen o sustituyan.
i) El retiro del servicio de los Trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología (INC) se producirá, por justa causa debidamente comprobada o por vinculación a la nómina de pensionados por vejez o invalidez.

j) Los servidores públicos del Instituto Nacional de Cancerología cualquiera sea su denominación estarán sometidos al régimen disciplinario único fijado por la Ley 1952 de 2019 y las normas que la modifiquen o complementen.
k) Los Trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología que desarrollen actividades de investigación, tecnología e innovación y de carácter asistencial se les aplicarán las excepciones consagradas por el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 y la Ley 269 de 1996.
l) Todo trabajador en el INC tiene derecho a una remuneración oportuna por su trabajo en cumplimiento de su contrato laboral.
Parágrafo 1°. Para los cargos adicionales a la planta de personal vigente que requiera el Instituto Nacional de Cancerología, se dará prioridad para su contratación a quienes al momento de la entrada en vigencia de la presente ley presten sus servicios a la entidad. Lo anterior, previo al estudio técnico que corresponda en el marco del procedimiento de mérito que establezca.
Parágrafo 2. Quienes al momento de expedirse la presente ley vienen desarrollando actividades mediante contrato de prestación de servicios tendrán prioridad para ser contratados una vez verificados el cumplimiento de los requisitos académicos y de experiencia y de acuerdo con el estudio técnico que así lo determine, en el marco del procedimiento de mérito que establezca.
Parágrafo 3°. El Instituto Nacional de Cancerología respetará los derechos adquiridos por los trabajadores en materia salarial y prestacional; derivados de la ley, los acuerdos laborales o la convención colectiva trabajo, en todo caso no podrá haber desmejoramiento de las condiciones laborales.
Parágrafo 4°. A los trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología se les aplicará las previsiones que en materia de negociación colectiva aplica a los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, para lo cual deberá observarse lo dispuesto por el artículo 9° de la Ley 4ª de 1992 y demás normas pertinentes.
(…)
CAPÍTULO V
Disposiciones finales
Artículo 18. Transitorio. Una vez entre en vigencia la presente ley, el Gobierno nacional deberá adoptar la estructura interna y la planta de personal para el Instituto Nacional de Cancerología la cual debe responder a las especificidades de la nueva naturaleza jurídica dada en la presente ley.

Los actuales servidores del Instituto Nacional de Cancerología – ESE continuarán ejerciendo sus competencias y funciones asignadas, hasta que se implemente la estructura interna y la planta de personal del Instituto aprobada por el Gobierno nacional, con ocasión del cambio de naturaleza y régimen jurídico establecido en la presente ley.

Los empleados públicos con derechos de carrera administrativa o provisionalidad que se encuentren vinculados al Instituto Nacional de Cancerología – ESE al momento de implementarse la estructura y la planta de personal, quedarán automáticamente incorporados como Trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología con contrato a término indefinido y sin solución de continuidad, sin que en ningún momento se desmejoren sus condiciones laborales. Para el efecto se celebrarán los respectivos contratos de trabajo para dar cumplimiento a la presente ley o los [que] en el en el futuro acuerden; caso en el cual no habrá lugar a indemnización alguna para quienes ostenten derechos de carrera.

Los empleados de carrera administrativa incorporados bajo el nuevo régimen laboral como Trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología gozarán de estabilidad laboral reforzada mientras permanezcan en el cargo.

Los trabajadores que tengan la calidad de trabajadores oficiales al momento de implementarse la estructura y la planta de personal conservarán dicho régimen hasta que permanezcan en el cargo, sin solución de continuidad y sin que en ningún momento se desmejoren sus condiciones laborales y sus derechos convencionales reconocidos al momento de la expedición de la presente ley.

Para, todos los efectos legales, el tiempo de servicio de los empleados vinculados mediante relación legal y reglamentaria, que sean incorporados automáticamente a la nueva planta de personal en los términos señalados y su relación sea ajustada al nuevo régimen, se computará para todos los efectos legales el tiempo servido en la entidad, sin solución de continuidad.

Todos los contratos de prestación de servicios a cargo del Instituto Nacional de Cancerología – ESE que a la entrada en vigencia de la presente ley se encuentren en ejecución continuarán vigentes hasta su terminación.

III. DEMANDA

6. La demandante propuso cinco cargos. El contenido de cada uno de ellos se expone a continuación:

Primer cargo

7. “Los artículos 14 (total), 18 (parcial) y demás expresiones concordantes contenidas en las

normas señaladas de la Ley 2291 de 2023, al eliminar, sin razón suficiente, el régimen de carrera administrativa del Instituto Nacional de Cancerología (INC) vulneran los artículos 1, 2, 13, 25, 40.7, 53, 55, 125, 130, 150 y 209 de la Constitución Política” . Para sustentar este cargo se presentaron los siguientes argumentos:

7.1. El mérito como regla general y preferente de acceso al empleo público. El artículo 125 de la Constitución Política consagra, directamente, los principales atributos de la carrera administrativa: esta es la regla general y preferente de acceso y permanencia en la burocracia estatal, pues dispone que “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera”; sólo exceptúan de esta regla los cargos de elección popular, libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, y, para los casos en los que la ley o la constitución no hayan determinado el sistema de nombramiento “este se realizará mediante concurso público”.

7.2. La naturaleza general y preferente de la carrera administrativa ha sido reiterada por la Corte Constitucional, la cual ha indicado que este sistema técnico de administración del personal garantiza la eficiencia y calidad de la administración pública, igualdad de oportunidades de ingreso al servicio público, con base en mérito y calidades de los aspirantes, y el cumplimiento efectivo de los fines del Estado .

7.3. En la jurisprudencia se ha establecido que la carrera administrativa es un principio constitucional, “definitorio en la concepción del Estado Social y Democrático de Derecho” , lo cual implica “que hay una relación intrínseca entre la carrera administrativa y el cumplimiento de los fines esenciales de la administración pública” . Por tanto, el régimen de carrera administrativa protege la dignidad humana y la prevalencia del interés general (Art. 1), se cumplen los fines del Estado (Art. 2), se garantiza la igualdad de trato (Art. 13), el derecho al trabajo (Art. 25) y la posibilidad de acceder a cargos públicos (Art. 40.7), se aseguran garantías laborales mínimas (Art. 53) y se promueve la moralidad, eficiencia e imparcialidad de la función administrativa (Art. 209) .

7.4. Eliminación de garantías de los actuales empleados de carrera del INC. El INC fue transformado en una empresa social del Estado con el Decreto-Ley 1287 de 1994, por lo que venía rigiéndose por la Ley 10 de 1990, la cual enlista los cargos de libre nombramiento y regula que “todos los demás empleos son de carrera”. Esto es congruente con el Art. 195 de la Ley 100, que determina que las personas vinculadas a la empresa social de salud “tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales”. De modo que el INC ha adelantado “múltiples concursos” y cuenta con empleados de carrera administrativa; sin

embargo, el Art. 14 crea un régimen especial basado en la contratación privada para vincular a la mayoría de sus servidores, sin asimilarlos a los trabajadores oficiales. Con este régimen especial se crean dos especies de empleados: (i) empleados públicos de libre nombramiento y remoción y (ii) los trabajadores del INC.

7.5. Del artículo 18 se "desprende la clara intención de que los empleados públicos con derechos de carrera pasen a convertirse en trabajadores vinculados al INC a través de un contrato de trabajo" . En la ponencia para primer debate en cámara se señalaba: "los empleados públicos con derechos de carrera o en provisionalidad (…) quedarán automáticamente incorporados como trabajadores del INC, sin solución de continuidad, sin que en ningún momento se desmejoren sus condiciones y su estabilidad laboral, se les respetarán los derechos derivados de la misma. Sin embargo, los empleados contemplados en este literal tendrán la potestad de determinar si se retiran de la misma y se acogen al nuevo régimen". Este texto fue eliminado en plenaria de cámara. Luego, en primer debate del Senado, se agregó: "no habrá lugar a indemnización alguna para quienes ostenten derechos de carrera".

7.6. Con el nuevo régimen creado por la norma demandada se eliminan varias garantías:

 El derecho de opción previsto en el Art. 44 de la Ley 909 de 2004, el cual permite a los servidores ser incorporados a un cargo igual de la nueva planta de personal o ser indemnizados.

 El derecho a no exigir requisitos distintos a los acreditados al momento de la inscripción o actualización en el Registro Público de Carrera Administrativa, cuando se incorpore a un empleado de carrera en la nueva planta de personal (Art. 45 de la Ley 909 de 2004).

 Las causales de retiro previstas en la norma demandada remiten a la Ley 909 de 2004, pero las amplía al incluir: (i) terminación de la obra o labor, (ii) cumplimiento del término pactado o (iii) por razones disciplinarias. Además, para los trabajadores del INC también procede el retiro por "justa causa comprobada" y "por vinculación de pensionados por vejez o invalidez". Ahora, al eliminarse el régimen de carrera, se descarta para los trabajadores que actualmente están en carrera la causal prevista en literal b) del Art. 41 de la Ley 909 de 2004: declaratoria de insubsistencia.

 No determina un procedimiento de calificación del desempeño laboral para el grupo denominado Trabajadores del INC. Sólo establece un procedimiento de mérito, regulado por el Consejo Directivo, de modo que no podrán acceder a la comisión por evaluación sobresaliente (Art. 26 de la Ley 909 de 2004).

7.7. Capacidad limitada del legislador para regular las excepciones al régimen de carrera administrativa. La Corte Constitucional ha dicho que deben existir motivos fundados y para ello debe considerar el papel que juegan los cargos dentro de la estructura del Estado y evaluar el tipo de funciones, con el fin de deducir cuáles resultan incompatibles con el sistema de carrera . Por su parte, el Legislador indicó tres fundamentos: (i) permitir remuneraciones fijas o variables en función de la productividad científica; (ii) contar con un sistema que reconozca la especialidad de las funciones en términos de "alta formación" y la "experiencia" y que incentive la investigación; y, (iii) convertir la oferta salarial del INC tanto o más atractiva que la del sector privado.

7.8. Estos objetivos no son consistentes con el régimen especial diseñado porque no está dirigida "específicamente a quienes desempeñan labores de investigación", pues si fuese así, dicho régimen no sería aplicable a las personas que se ocupan de atención al usuario y PQRS, gestión jurídica, de talento humano y financiera, y personal médico sin funciones de investigación.

7.9. Además, el Legislador no explica por qué las finalidades de personal con "alta formación" y "experiencia" no pueden ser vinculadas a través del régimen de carrera administrativa, cuando justamente estos son sus fines. Además, en el Decreto Ley 1567 de 1998 se prevén estímulos e incentivos pecuniarios y no pecuniarios, según las especificidades de cada entidad. Sobre la competitividad de los salarios, no se justificó por qué no era suficiente modificar el sistema salarial ya existente. Ahora, el argumento de modernizar el instituto no es una razón suficiente para eliminar el sistema de carrera.

7.10. Se vulnera el derecho a la igualdad por el "tratamiento injustificadamente igualitario" que el Legislador otorga a personas de carrera y personas en provisionalidad, pues el Art. 18 se establece la vinculación automática de estos dos grupos de empleados como Trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología, pese a que son "situaciones materialmente distintas" .

7.11. Finalmente, es necesario precisar que el alcance de este cargo es respecto de los artículos 14 y 18 de la norma acusada, pues si bien en el título del cargo el demandante se refirió a las "demás expresiones concordantes", en el marco del estudio de admisibilidad de la demanda, esto es, en el auto admisorio, el análisis se circunscribió a los artículos 14 y 18 de la ley.

Segundo cargo

8. "Los artículos 14 y 18 transitorio parciales, al eliminar el régimen de carrera administrativa del INC, sustrajeron la competencia de origen constitucional para la administración y

vigilancia de la carrera en cabeza de la Comisión Nacional del Servicio Civil, vulnerando el artículo 130 de la Constitución Política". El cargo se fundamentó en los siguientes argumentos:

8.1. La Corte Constitucional ha reiterado que "las funciones asignadas a la Comisión para administrar y vigilar las carreras `se constituye en un imperativo constitucional el carácter indivisible, en el sentido que tales atribuciones no pueden compartirse con otros órganos ni ser separadas o disgregadas a instancia del legislador`" . Bajo esta consideración, se ha declarado la inconstitucionalidad de "normas que, por ejemplo, condicionaban la decisión de la CNSC a un orden de prevalencia establecido por el Legislador (C-518 de 2016), así como situaciones en las que se conferían competencias a las superintendencias para definir la institución para suscribir contratos para llevar a cabo los procesos de selección (C-471 de 2013), o cuando la ley determinó que el director de la DIAN, a su discreción, determinara con quién se llevaría a cabo el curso de formación (C-471 de 2013)" .

8.2. De manera similar, en la Sentencia C-645 de 2017, la Corte señaló que el INPEC "concurre como participante para planear la convocatoria, pero la competencia relacionada con asegurar la implementación y velar por el adecuado funcionamiento de la realización del concurso, así como su administración y vigilancia recae exclusivamente sobre la Comisión Nacional del Servicio Civil".

8.3. Sobre este punto, en el trámite legislativo se suprimió el siguiente texto del Art. 18: "Para el cumplimiento de lo previsto en el presente parágrafo, el Instituto Nacional de Cancerología deberá contar con el concepto previo favorable de la Comisión Nacional del Servicio Civil y del Departamento Administrativo de la Función Pública para su aplicación" . Por tanto, las normas demandadas violan el Art. 130 Superior.

Tercer Cargo

9. "El inciso primero del artículo 14, al crear, de manera indeterminada y genérica, cargos de libre nombramiento y remoción, ha exceptuado irregular e injustificadamente el régimen de carrera administrativa, vulnerando los artículos 1, 2, 13, 25, 40.7, 53, 125 y 209 de la Constitución Política". Los fundamentos de este cargo son los siguientes:

9.1. Procedencia excepcional de los cargos de libre nombramiento y remoción frente al régimen general y preferente de carrera administrativa. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el Legislador debe tener en cuenta tres elementos para la creación de cargos de libre nombramiento y remoción: "(i) que exista expresa disposición legal; (ii) razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa;

(iii) que la medida en su desarrollo esencial corresponda a una de las siguientes categorías: (1) cargos que tengan funciones directivas, de manejo, conducción u orientación política o institucional; o (2) empleos que requieran un grado de confianza mayor al que se le predica de la función pública ordinaria".

9.2. En la sentencia C-292 de 2001, la Corte declaró inexequible el artículo 6 del Decreto 271 de 2000, que se refería a empleos que "posteriormente sean creados y señalados en la nomenclatura con una denominación distinta a las antes mencionadas, pero que pertenezcan al ámbito de Dirección o Conducción Institucional o Manejo y Confianza" , con fundamento en que "no se especifican los cargos que se someten al régimen de libre nombramiento y remoción, sino que se hace una vaga referencia a empleos que serán creados posteriormente" .

9.3. La norma demandada no establece cómo estará conformada la planta de personal del INC y tampoco determina la naturaleza de las funciones de los distintos cargos y empleos.

Cuarto Cargo

10. "El parágrafo 4º del artículo 14 de la Ley 2291 de 2023 vulnera los artículos 13 y 55 de la Constitución Política, al establecer un tratamiento diferenciado e injustificado en relación con el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores del INC". El cargo se fundamentó en las siguientes consideraciones:

10.1. El régimen especial creado por la Ley 2291 de 2023 "genera una discriminación respecto de otros servidores públicos vinculados con contrato de trabajo en el Estado, en especial, los trabajadores oficiales, en lo que tiene que ver con la posibilidad de negociar colectivamente. Mientras que a los trabajadores oficiales se les permite negociar colectivamente de forma plena, esto es, presentar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas, a los trabajadores del INC se les asimila en este punto al régimen de empleados públicos, que no gozan de esos derechos" .

10.2. Además, "(c)rea una situación en la que se trata a los trabajadores del INC de forma dispar, por un lado, frente a los trabajadores oficiales de los regímenes generales, en cuanto no se les permite la negociación colectiva plena; por otro lado, frente a los empleados públicos, porque no tienen la garantía de estabilidad de aquellos" . Esta diferenciación carece de justificación constitucional.

Quinto Cargo

11. "El literal l) del artículo 7, el inciso segundo (parcial) y los parágrafos 1 y 2 del artículo 14 vulneran los artículos 150 y 125 de la Constitución Política, por cuanto han deferido en el

Gobierno Nacional una competencia sometida a la reserva del Legislador” . El cargo se fundamentó en los siguientes argumentos:

11.1. El artículo 150.23 de la Constitución establece que corresponde al Congreso de la República “expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos. Por su parte, el Art. 125 Constitucional señala que el Congreso deberá regular los requisitos y condiciones para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes para ingresar y ascender en el régimen de carrera administrativa .

11.2. En cuanto a la remuneración, en la norma demandada, el Legislador “dio pautas excesivamente generales y delegó al Gobierno Nacional y al Consejo Directivo del INC su reglamentación, sobre todo en relación con el pretendido sistema con componente variable de productividad, que ni siquiera se estableció con certeza” . Además de que “no se estableció un mínimo para distinguir y definir la remuneración fija de la variable ni para establecer cómo se definiría la productividad para efectos de asignar esa remuneración” . Finalmente, tampoco se definió el proceso de mérito, pues lo dejó como una función del Consejo Directivo del INC y no fijó parámetros mínimos para desarrollarlo.

IV. INTERVENCIONES

12. Dentro del término de fijación en lista , se recibieron cinco (5) intervenciones. A continuación, se presenta una tabla con una breve síntesis de cada una de ellas -el resumen completo se encuentra en el Anexo 1 de esta providencia-.

Tabla No. 1. Breve síntesis de las intervenciones

Exequibilidad

Ministerio de Salud y Protección Social 1. El Legislador está facultado para exceptuar la carrera administrativa cuando hay razón suficiente, la cual se configura por la especificidad de las funciones que desarrolla el INC, el perfil profesional supra especializado que requiere y la falta de remuneración competitiva. Estas necesidades particulares diferencian al INC de otras instituciones de salud. Sin el régimen laboral especial adoptado por el legislador se dificulta el cumplimiento de las funciones del INC.

2. No se desconocen las competencias de la CNSC porque la estructura administrativa del INC está prevista para que el Consejo Directivo adopte decisiones y es lógico que el procedimiento de mérito esté avalado por dicho Consejo.

3. El Departamento Administrativo de la Función Pública emitió un concepto técnico favorable para el régimen laboral especial en el INC.

4. La ley puede establecer excepciones al derecho a la negociación colectiva y, además, los

servicios de salud son un servicio público esencial que no puede suspenderse.
5. El INC requiere un régimen excepcional a la carrera administrativa, de modo que el proceso de ingreso esté regulado por concursos de méritos fijados por la entidad.
Ministerio del Trabajo Tras referir varias sentencias sobre el régimen de carrera administrativa y su excepción para cumplir fines especializados de la entidad, señaló que, aunque el artículo 7º demandado permite la fijación de criterios salariales y prestacionales fuera de la carrera administrativa, se sigue respetando el principio del mérito. El director general debe contar con la facultad de gestionar eficientemente el personal del INC, por la complejidad y especialización de la entidad, la cual es una facultad que se alinea con la jurisprudencia constitucional. Los artículos transitorios de la ley aseguran el respeto por los derechos adquiridos y evita el desmejoramiento de las condiciones laborales.
Instituto Nacional de Cancerología 1. No es posible mantener el régimen laboral de la ESE para el INC, porque el INC presta otras funciones, diferentes a los servicios de salud. Entonces, hay una razón suficiente para excluir la carrera administrativa: (i) bajos salarios de personal especializado: baja competitividad, tercerización laboral, imposibilidad de recibir doble asignación del tesoro público, (ii) falta de estímulos a la productividad, (iii) falta de estímulos y baja remuneración de investigadores, (iii) dificultades para el desarrollo de la función investigativa, (iv) dificultades para el trabajo en red, (v) jornada laboral rígida y no competitiva, entre otros. Adicionalmente, el Legislador es competente para reestructurar entidades y definir la forma como sus servidores se vinculan a ella, como ha ocurrido con otras entidades en las que se ha definido un régimen laboral privado. El régimen laboral especial respeta el sistema de mérito y las exigencias para ingresar al INC permite la competencia entre iguales.
2. El segundo cargo no es cierto, pues el acceso, permanencia y retiro del empleo de los servidores públicos no debe ser administrado ni vigilado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, debido a que en el nuevo régimen se excluyó la carrera administrativa y no se diseñó una carrera especial.
3. El tercer cargo no es apto, pues debido a que la definición legal de los cargos de libre nombramiento y remoción en el INC es constitucional, porque existen razones suficientes para excluir la carrera administrativa, el cargo planteado quedaría sin soporte argumentativo para resolverlo. Además, dado que en la ley no se define la nomenclatura particular de los cargos de libre nombramiento y remoción, pues ello corresponde al gobierno nacional, el problema de inconstitucionalidad no surge de la norma acusada sino de la posible aplicación

indebida de ella.

4. La creación de la categoría “Trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología” no desconoce el derecho a la negociación colectiva porque no son equiparables a los trabajadores oficiales y la diferencia de trato está justificada. Además, la Corte Constitucional ha concluido que los ámbitos de protección de la negociación colectiva de los empleados públicos pueden ser distintos respecto de los aplicables a los trabajadores oficiales, pese a que todos son servidores públicos.

5. El cargo no es apto porque la reserva de ley para definir las funciones del empleo público o determinar las calidades de los aspirantes a cargos de carrera no tiene que ver con la categoría de trabajadores del instituto, ni con la regla de prioridad en la vinculación de los trabajadores actualmente vinculados con contrato de prestación de servicios. El reproche formulado no surge de las normas acusadas, pues ni en la conceptualización del nuevo tipo de servidor público del instituto ni en la definición de prioridades de contratación deben establecerse los requisitos para ejercer las funciones ni para determinar los méritos. Además, la obligación del artículo 125 superior se refiere a los cargos de carrera, mas no a las otras categorías del empleo público, luego la regla superior que se pretende preservar no se aplica al contenido normativo acusado.

Inexequibilidad

Sofía Fernández Sierra – Estudiante de la Universidad Sergio Arboleda Las normas acusadas vulneran el principio de estabilidad laboral y carrera administrativa, que asegura la transparencia y eficiencia en el funcionamiento del Estado. El régimen contractual ofrecido a los empleados de carrera no asegura las mismas garantías que el sistema de carrera, pues no se asegura la protección de sus derechos a largo plazo, ni que los contratos no sean terminados por razones asociadas a la productividad o supresión del cargo. La nueva ley no ofrece a los trabajadores la opción de permanecer en el sistema de carrera. En la ley no hay una justificación sólida para eliminar el sistema de carrera en el INC. La seguridad en el empleo queda sujeta a decisiones administrativas, lo que puede precarizar las condiciones laborales y afectar la prestación del servicio público. También se vulnera el principio de igualdad de oportunidades para ingresar al empleo público. La remuneración no puede estar condicionada a la productividad porque precariza las condiciones laborales. El régimen laboral especial contradice normas internacionales de la OIT, como el Convenio 158 de la OIT, que regula la terminación del empleo y establece que los despidos deben estar justificados por una causa objetiva.

Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional-Facultad de Derecho de la Universidad Libre 1. La jurisprudencia constitucional ha reconocido la importancia del mérito y la carrera como sistema técnico de administración de servidores del Estado, y su relación con la transparencia en el mismo. El margen regulatorio del legislador respecto de los sistemas específicos de carrera de origen legal debe responder a criterios razonables y racionales y, además, debe consultar el principio de razón suficiente. Con la norma demandada es claro que se violó el régimen de carrera administrativa, porque se delegó en el Consejo Directivo la adopción del sistema de mérito. La norma acusada también vulnera derechos laborales, pues elimina garantías como el derecho a comisión, el derecho de opción y, además, amplía las causales de despido.

2. De los artículos demandados no se puede concluir la exclusión de la Comisión Nacional del Servicio Civil para administrar y vigilar las carreras de los servidores públicos, pues la CNSC puede realizar convenios interadministrativos con entidades más especializadas, como puede ser el INC, y trabajar en conjunto, como ocurrió con el INPEC en la C-645 de 2017.

3. La norma demandada no creó una nueva categoría para los cargos de libre nombramiento y remoción; sin embargo, el Legislador no estableció de forma clara y pertinente cuáles serían dichos cargos, y según la jurisprudencia constitucional no basta con precisar su naturaleza, sino que se debe establecer su labor exacta y precisa.

4. Los trabajadores del INC sí pueden efectuar negociaciones colectivas, pero es reprochable que en la exposición de motivos no se justificó que su regulación será la de los empleados públicos. Por tanto, si habría un trato diferenciado entre los trabajadores del INC y los trabajadores oficiales de la misma entidad.

5. Los requisitos de competencia, experiencia y calidades deben ser fijadas por el Legislador, sin que ello signifique que no se puede delegar en el ejecutivo la reglamentación de algunos aspectos. El Legislador entregó su competencia en cuanto a la regulación de la función pública a una instancia reglamentaria que constitucionalmente no tiene dicha función, poniendo en riesgo el sistema de división de poderes.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

13. La representante del Ministerio Público solicitó a la Corte Constitucional declarar la exequibilidad de las disposiciones demandadas.

14. Luego de referirse a los artículos 125 y 130 constitucionales, señaló que la jurisprudencia constitucional ha señalado que existen varias carreras administrativas, unas administradas por la CNS y otras no; y, además, que el legislador puede establecer regímenes especiales de

carrera, los cuales deben responder a un principio de razón suficiente.

15. En seguida, indicó que la validez de los regímenes especiales se verifica con el análisis de la justificación de la finalidad perseguida, para lo cual puede acudirse a un test de razonabilidad, que desarrolla con los siguientes planteamientos:

16. Finalidad legítima: se pretende la eficiencia del instituto, facilitando la vinculación de personal, porque con la regulación anterior era imposible atraer al personal supra especializado o de investigaciones, necesarios para enfrente la complejidad del cáncer.

17. Medios adecuados: los regímenes especiales permiten responder a la singularidad y especialidad de las funciones de algunas instituciones del Estado, por medio de la flexibilización de las reglas de ingreso.

18. Medios necesarios: para optimizar la contratación del talento humano, porque el objeto misional de la entidad incluye servicios oncológicos y de investigación, no se puede asimilar a un instituto de ciencia y tecnología, ya que no podría prestar servicios de salud; y tampoco a un establecimiento público, porque le restaría capacidad de acción. Tampoco puede catalogarse como una empresa de economía mixta o industrial y comercial del Estado.

19. Adicionalmente, las normas no son desproporcionadas, porque son conciliables con mandatos constitucionales:

20. Primero, no se anula el principio de mérito, porque el mismo tiene un ámbito más amplio que la carrera (C-503 de 2020) y la ley acusada exige que el personal sea contratado con fundamento en criterios asociados al mérito.

21. Segundo, el modelo especial de vinculación no desconoce la competencia de la CNSC, porque según el Art. 130 constitucional sus atribuciones no aplican para los sistemas que tengan carácter especial.

22. Tercero, la definición de los cargos de libre nombramiento y remoción es razonable porque refiere a aquellos de confianza, dirección y conducción que implica la adopción de políticas y directrices.

23. Cuarto, la aplicación de las reglas de negociación colectiva de los empleados públicos a los trabajadores del INC no es arbitraria porque las mismas han sido declaradas exequibles por la Corte Constitucional (C-1234 de 2005) y las restricciones que derivan de dicha equiparación se justifican en que el INC presta un servicio público esencial de salud.

24. Quinto, la competencia reguladora otorgada por los artículos 7º y 14 de la ley acusada en cuanto a la vinculación de personal no tiene que ser desarrollada por la ley, según los artículos 122 y 125 constitucionales.

25. Finalmente, señaló que comparte la posición de los intervinientes que defienden la exequibilidad de las normas acusadas, debido a la naturaleza sui generis del INC, lo cual justifica medidas legislativas especiales. En consecuencia, solicitó que se declare la exequibilidad de las normas demandadas.

VI. CONSIDERACIONES

Competencia

26. La Corte Constitucional es competente para conocer de la demanda de la referencia, en virtud de lo dispuesto por el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución Política.

Cuestión previa. Aptitud de la demanda. Reiteración jurisprudencial.

27. La Corte Constitucional ha establecido que las demandas de constitucionalidad requieren tres elementos fundamentales: "(1) debe referir con precisión el objeto demandado, (2) el concepto de la violación y (3) la razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto" (art. 2, Decreto 2067 de 1991). En particular, el segundo de estos elementos debe cumplir tres condiciones mínimas: (i) "el señalamiento de las normas constitucionales que consideren infringidas (art. 2, num.2, Decreto 2067 de 1991); (ii) "la exposición del contenido normativo de las disposiciones constitucionales que riñe con las normas demandadas" , y, (iii) exponer las razones por las cuales las disposiciones normativas demandadas violan la Constitución, las cuales deberán ser, al menos, "claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes" .

28. En cuanto al requisito de claridad, esta Corporación indicó que refiere a la existencia de un hilo conductor en la argumentación, que permita al lector la comprensión del contenido en su demanda. Por su parte, la condición de certeza exige al actor presentar cargos contra una proposición jurídica real de la norma acusada, de modo que no puede ser una simple deducción del demandante. La exigencia de especificidad hace alusión a que el demandante debe formular, al menos, un cargo constitucional concreto y directamente relacionado con las disposiciones que se acusan, pues exponer motivos vagos o indeterminados impediría un juicio de constitucionalidad. En cuanto a la pertinencia, la Corte ha establecido que la misma se relaciona con la existencia de reproches basados en la confrontación del contenido de una norma superior con aquel de la disposición demandada, por lo cual no puede tratarse de argumentos de orden legal o doctrinario, o de puntos de vista subjetivos del accionante. Con respecto a la suficiencia, ésta guarda relación con la exposición de los elementos de juicio necesarios para llevar a cabo un juicio de constitucionalidad y con el empleo de argumentos que despierten una duda mínima sobre la constitucionalidad de la disposición atacada,

logrando así que la demanda tenga un alcance persuasivo.

29. La apoderada del INC indicó que algunos cargos no cumplirían con alguna de estas condiciones:

30. En cuanto al segundo cargo, expuso que carecía de certeza porque el artículo 130 constitucional no es aplicable al sistema de selección del INC, dado que la relación laboral de la mayoría de sus servidores no se rige por el derecho público sino por el privado, lo cual significa que no es predicable la administración y vigilancia de una carrera administrativa o especial que otorgue competencia a la Comisión Nacional del Servicio Civil. Sobre este punto refirió la Sentencia C-288 de 2014, en la que se concluyó que por tratarse de cargos temporales que no son de carrera administrativa, no resulta aplicable el artículo 130 constitucional y no se estudió el cargo por falta de certeza.

31. Sin embargo, esta Sala observa que en la sentencia C-288 de 2014, la Corte analizó una situación muy distinta a la actual. En aquella ocasión, el demandante aseguraba que los empleos públicos temporales son de carrera administrativa y, por tanto, debían ser administrados por la CNSC y no por el nominador; pero en dicha providencia se concluyó que eso no era cierto, porque los cargos temporales no son de carrera administrativa,

"[s]ino que constituyen una modalidad autónoma de empleo público. Por otro lado, tampoco es cierto que la Comisión Nacional del Servicio Civil no tenga ninguna competencia en relación con los empleos temporales, pues en virtud del numeral 3º del artículo 21 de la Ley 909 de 2004, el ingreso a éstos se hace por regla general con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, por lo cual dicha Comisión tendrá una intervención en el proceso del ingreso a los empleos temporales en relación con las listas de elegibles y solamente si estas no se pueden utilizar podrá aplicarse el procedimiento especial de evaluación de las capacidades y competencias".

32. En contraste, el caso actual no refiere a cargos temporales, que son una categoría opuesta a aquellos que son permanentes, como sí lo son los empleos públicos del INC. Además, y no menos importante, la categoría de empleo que crea la ley acusada fue objeto de reproche en la demanda que ahora ocupa a la Corte. De manera que no es posible aceptar, en este momento del análisis constitucional, que el cargo no es cierto porque la CNSC no tendría competencia respecto de los empleos del INC, cuando la constitucionalidad de la creación de la nueva categoría de empleo para el INC es, precisamente, uno de los debates centrales de este caso. Sólo cuando se defina cuál es el alcance del régimen laboral especial creado para el INC para determinar si el mismo correspondería o no a un régimen

específico de carrera de origen legal, será posible establecer la competencia o no de la CNSC.
33. Finalmente, la Corte observa que la demandante señaló como normas demandadas los numerales 13 y 14 del Artículo 9 de la misma ley; pero no incluyó estas disposiciones como acusadas en el encabezado del cargo segundo (el cual se refiere a la violación del artículo130 superior), aunque hizo una mención de los mismos en las consideraciones que presentó sobre este cargo. Sin embargo, no expuso razones sobre por qué las mismas serían inconstitucionales frente al mencionado artículo 130, de modo que el cargo no es apto respecto de los numerales 13 y 14 del Art. 9 de la Ley 2291 de 2023.
34. Respecto al tercer cargo , el INC señaló que, si el nuevo régimen laboral del INC es constitucional porque existen razones suficientes para excluir la carrera administrativa, "el cargo planteado quedaría sin soporte argumentativo para resolverlo". Para la Sala, no es posible cuestionar la aptitud de un cargo con base en una conclusión que deriva de uno de los asuntos que son objeto del debate constitucional. Nuevamente, la Sala recuerda que la constitucionalidad del régimen especial de empleo público creado para el INC es la discusión del primer cargo de la demanda, de modo que no es posible estudiar la aptitud de uno de los cargos a partir de la suposición de que dicho régimen se ajusta a la Constitución.
35. De otro lado, el INC también indicó que el quinto cargo es impertinente porque en la ley no se define la nomenclatura particular de los cargos de libre nombramiento y remoción, pues ello corresponde al gobierno nacional, "[e]l problema de inconstitucionalidad planteado en la demanda no surge de la norma acusada sino de la posible aplicación indebida de ella".
36. En contraste con esta interpretación, la Sala encuentra que el cargo sí es pertinente porque se fundamentó en que la norma no fija cuáles serán los cargos de libre nombramiento y remoción, cuando, según el demandante, debió hacerlo, teniendo en cuenta que, en la sentencia C-292 de 2001, la Corte declaró inexequible el artículo 6º del Decreto 271 de 2000, que se refería a empleos que "posteriormente sean creados y señalados en la nomenclatura con una denominación distinta a las antes mencionadas, pero que pertenezcan al ámbito de Dirección o Conducción Institucional o Manejo y Confianza".
37. En efecto, en dicha sentencia se argumentó que por el hecho de que "[l]a norma haga uso de los términos referenciales de dirección, conducción institucional, manejo o confianza, no significa que con ello ya se respete la regla general de la carrera diplomática y consular pues en lugar de definir de manera clara, inequívoca y precisa los cargos de libre nombramiento y remoción se hace una referencia abstracta que contradice la necesidad de precisar, por su particular naturaleza, los cargos que se sustraen del régimen general de

carrera”. De modo que sí es un cargo con la aptitud necesaria para suscitar el estudio constitucional por parte de esta Corporación.

38. Respecto del quinto cargo , el INC afirmó que carece de especificidad y suficiencia porque la “la regla superior que se pretende preservar no se aplica al contenido normativo acusado”, si se tiene en cuenta que la ley crea una nueva categoría del empleo público y el artículo 125 superior se refiere a cargos de carrera. Para la Sala, esta apreciación sólo sería acertada si se parte de la premisa de que los cargos públicos del INC corresponden, invariablemente, a una categoría especial que es admisible constitucionalmente; pero, dicha premisa aún es objeto de debate, pues es justamente la discusión que se propone en el primer cargo de la demanda.

39. Adicionalmente, sobre este mismo cargo, se señaló que no es claro si el debate es sobre el desconocimiento de la reserva de ley para fijar requisitos de acceso o respecto de la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. Al respecto, se encuentra que, de acuerdo con la demanda, y tal como se expuso en el auto de admisión, el quinto cargo se refirió a dos asuntos: el primero, la reserva legal para fijar los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes; y, segundo, la generalidad con la que el Legislador delegó en el Gobierno nacional y el Consejo directivo la fijación del salario con base en el componente variable de productividad. De modo que sí es claro que el debate propuesto en este cargo gira en torno a esos dos cuestionamientos.

40. Por las consideraciones expuestas, la Sala Plena concluye que los cargos segundo, tercero y quinto sí son aptos. Por tanto, pasará a resolver de fondo.

Problema jurídico y metodología de la decisión

41. A la Sala Plena de la Corte Constitucional le corresponde estudiar, en primer lugar, si el régimen laboral especial creado por el Legislador para el INC, en la Ley 2291 de 2023, se ajusta a los estándares constitucionales que rigen el principio de la carrera administrativa.

42. Para dar respuesta al anterior problema jurídico, la Sala seguirá el siguiente orden metodológico: (i) reiterará la jurisprudencia constitucional sobre la carrera administrativa como principio constitucional y pilar fundamental del Estado Social de Derecho; y, (ii) la carrera administrativa como regla general de vinculación. En esta sección se abordarán los criterios constitucionales que permiten evaluar cuándo es admisible exceptuar este régimen general. Luego, se analizará la norma demandada a la luz de los estándares jurisprudenciales, con el fin de definir la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones acusadas.

La tradición constitucional del modelo meritocrático para el acceso a cargos públicos y el derecho fundamental al desempeño de funciones públicas

43. La tradición constitucional en Colombia. Desde el siglo XIX, el principio meritocrático ha estado presente en las constituciones, pues “[S]e creía entonces que los privilegios que se concedían, ya fuera por linaje o predestinación para ocupar los cargos de rey, magistrado, legislador o juez, eran contrarios a los derechos de naturaleza (Constitución de la República de Tunja, 1811)” . En dicho texto se consignó:

“Ningún hombre, ninguna corporación, o asociación de hombres tiene algún titulo para obtener ventajas particulares o exclusivos privilegios distintos de los que goza la comunidad, sino es aquel que se derive de la consideración que le den sus virtudes, sus talentos y los servicios que haga, o haya hecho al público. Y no siendo este título por su naturaleza hereditario intransmisible a los hijos, descendientes o consanguíneos, la idea de un hombre que nazca rey, magistrado, legislador o juez, es absurda y contraria a la naturaleza” .

44. Asimismo, en la Constitución de Cundinamarca de 1812 se reguló dentro del capítulo De los derechos del hombre y sus deberes: “todos los ciudadanos tienen derecho para obtener los empleos públicos y entre ellos no se debe conocer otra preferencia que la que dan el talento, las virtudes y el mérito” .

45. La tradición constitucional en América. La Constitución de Costa Rica (1949) menciona el servicio civil y define la regla general del nombramiento de los servidores públicos “a base de idoneidad “comprobada” y que las excepciones a esta regla sólo podrán ser determinadas por la misma Constitución . En Chile (1980) se establece que una Ley Orgánica Constitucional garantizará la carrera funcionarial y asegurará la igualdad de oportunidades de ingreso. En Brasil (1988) establece el principio de igual acceso a las funciones públicas y la condición de cargo siempre que se haya superado, de manera previa, un concurso público de pruebas. En Perú (1993) se incluye la carrera administrativa. En Argentina (1994) se establece que “no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza” .

46. La tradición constitucional en Europa. Uno de los antecedentes más relevantes que instaló el modelo meritocrático es la Constitución de Weimar (1919). Allí se buscaba que dicho modelo asegurara el derecho igualitario de todos los ciudadanos a acceder a la función pública. El Art. 128 de dicha Constitución estableció: “todos los ciudadanos son admisibles, sin distinción, a los cargos públicos según su capacidad y aptitudes y con arreglo a las leyes”. Luego, en la Constitución de Bonn (1949) el modelo se amplió para añadir: (i) los criterios de

idoneidad, capacidad y rendimiento profesional; (ii) la prohibición de la discriminación en la admisión al cargo público, por razones de confesión religiosa o ideología; (iii) la regla general del funcionariado público y su carácter permanente; y, (iv) los principios tradicionales del régimen de carrera . Del mismo modo, en el escenario europeo pueden encontrarse disposiciones expresas sobre el principio meritocrático en las Constituciones de Italia (1947), Portugal (1976), España (1978) y Francia (1958) .

47. El derecho fundamental de acceso igualitario a cargos públicos. Como acaba de verse, el acceso a los cargos públicos sin injerencias de clase, raza, posición social u otros criterios atados a los privilegios, es esencial para asegurar el principio meritocrático. Dicha garantía significa entonces el derecho del que son titulares todos los ciudadanos para desempeñarse en la función pública. Este derecho se encuentra garantizado en Colombia con el Art. 40.7 de la Constitución: "Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede (…) 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos". Cómo se señalará más adelante, este derecho se materializa a través de la realización de concursos públicos.

La carrera administrativa como principio constitucional y pilar fundamental del Estado Social de Derecho. Reiteración de jurisprudencia

48. Dentro de la organización del Estado fijada en la Constitución (Título V), se estableció un capítulo para la función pública y allí, en el artículo 125, se dispuso: "Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera".

49. En la jurisprudencia constitucional se ha precisado que la carrera administrativa es "un principio constitucional y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológico-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional". Por tanto, su "desconocimiento podría acarrear la sustitución de la constitución".

50. En efecto, con la consagración del principio de carrera administrativa, el constituyente apuntó a solidificar el Estado Social y Democrático de Derecho en dos sentidos: (i) en el relacionamiento de los ciudadanos con el aparato burocrático del Estado y (ii) en el cumplimiento de los deberes encargados al Estado por parte de los ciudadanos.

51. En el primer sentido, porque el acceso al aparato estatal ya no es un privilegio que dependa de circunstancias de clase o posición social, pues con la carrera administrativa se realiza el principio de igualdad entre los ciudadanos que aspiran a acceder al ejercicio de un cargo o función pública. "Desde la perspectiva de la persona que es vinculada, ella, al

hacerse partícipe de un concurso público, sabrá que su nombramiento no está atado a consideraciones políticas o subjetivas, sino exclusivamente a las capacidades intelectuales y de experiencia que demuestre en el proceso. Con esto se garantiza la transparencia en la selección” .

52. En el segundo sentido, la carrera administrativa permite el reclutamiento de un personal óptimo y capacitado para desarrollar la función pública , con “verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos”, con lo cual es posible la realización de los principios de transparencia, eficiencia y eficacia en el Estado. Así mismo, se logra la dotación de una planta de personal que preste sus servicios de acuerdo con los requerimientos del interés general , pues en el marco de la carrera administrativa, propia del Estado moderno, “se deja de servir a la corona para hacerlo en función del Estado”.

53. Estos objetivos corresponden a “finalidades superiores” en el orden constitucional, de ahí que la carrera administrativa “se constituye en cimiento principal de la estructura del Estado”. El principio de carrera es tan esencial para el ordenamiento jurídico colombiano, que las reglas fundamentales que la rigen “han sido establecidas por la Constitución directamente y respecto de ellas no se ha plasmado distinción alguna”.

54. De otro lado, el principio de la carrera administrativa está asociado al principio de mérito, el cual también “es un principio fundamental del Estado Social de Derecho” , de ahí que el mérito “debe garantizarse en otros mecanismos de vinculación de servidores públicos, como, por ejemplo, en el de los empleados de libre nombramiento y remoción”.

55. Estos principios constitucionales se logran materializar a través de los concursos públicos de méritos. “El concurso público se constituye en un instrumento adecuado para que, bajo parámetros objetivos, no discriminatorios, transparentes y claros, se garantice la selección de las personas mejor cualificadas integralmente” . Por ello “el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso a los mismos se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades”.

56. En este sentido, el legislador cuenta con un margen de configuración normativa para clasificar los concursos, señalar sus trámites y estatuir los requisitos exigibles en cada uno de ellos . Los concursos públicos y abiertos garantizan la máxima competencia para el ingreso al servicio de los más capaces e idóneos, la libre concurrencia, la igualdad de trato y de oportunidades, y el derecho fundamental de acceder a la función pública, lo cual redunda, por consiguiente, en el logro de la eficiencia y la eficacia en el servicio administrativo .

La carrera administrativa como regla general de vinculación al empleo público. Reiteración

de jurisprudencia

57. Teniendo en cuenta que la carrera administrativa es un principio constitucional y por ello un bastión del Estado Colombiano, este sistema es la regla general de vinculación al empleo público. "La cobertura de la regla general sobre carrera se extiende de tal manera que cuando existan empleos cuyo sistema de provisión no haya sido determinado por la Constitución o la Ley, deberá acudirse al concurso público para el nombramiento de los respectivos funcionarios" .

58. De acuerdo con el artículo 125 constitucional, son admisibles excepciones a la carrera administrativa. En esta norma se establece que "se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley". Es decir, "la norma constitucional está indicando que pueden excluirse, además de los ya exceptuados expresamente por la propia Constitución, aquellos empleos que el legislador determine".

59. En efecto, el legislador tiene la facultad de crear los denominados sistemas específicos de carrera. Esta competencia del legislador es limitada y debe asegurar que la carrera administrativa se conserve como un principio constitucional, garantizando que dicho sistema sea la regla general de vinculación. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, es necesario "[i]nterpretar restrictivamente las disposiciones que permiten excluir ciertos cargos de dicho régimen general" , para evitar así que, en contra de la Constitución, "la carrera sea la excepción y los demás mecanismos de provisión de cargos la regla general" .

60. Por tanto, "la competencia para excepcionar, mediante ley, la carrera administrativa, ha sido objeto de una amplia jurisprudencia en la cual, reiteradamente, la Corte ha reivindicado el carácter de regla general que le corresponde a la carrera y ha llamado la atención acerca de la necesaria limitación del legislador al fijar los cargos exceptuados, 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 los empleos estatales, de la permanencia en el cargo, de los ascensos y del retiro" .

61. En este sentido, la Corte ha destacado que el Legislador está facultado para diseñar un sistema específico de carrera cuando se trata de ciertas categorías de servidores públicos, teniendo en cuenta :

"La complejidad del aparato del Estado en el mundo contemporáneo, caracterizado por la globalización y la internacionalización de la economía, por la necesidad de alianzas

estratégicas entre países de una misma región para alcanzar y mantener niveles de competitividad aceptables, que eviten su aislamiento y exclusión, y por una dinámica en el ámbito de lo científico y tecnológico que exige un recurso humano de especiales características, han generado la necesidad, cada vez más sentida, de un aparato burocrático conformado por personas de las más altas calidades y competencias profesionales, que acceda al servicio de la administración pública por sus méritos y competencias y al que se le garantice la estabilidad que requieren los diversos procesos que el Estado adelanta, con miras a desarrollar sus proyectos y programas y a alcanzar sus fines y objetivos".

62. En consecuencia, "no se trata entonces de exceptuar a esas entidades del régimen de carrera, sino de diseñar un sistema especial para cada una de ellas, dada su singularidad y especificidad; los regímenes especiales o sistemas específicos como los denominó el legislador en la norma impugnada, son carreras administrativas reguladas por normas propias, que atienden, de una parte la singularidad y especificidad de las funciones que a cada una de ellas corresponde y de otra los principios generales que orientan la carrera administrativa general que rige la materia" .

63. Por tanto, "no existe impedimento de orden constitucional para que el Congreso, en ejercicio de la cláusula general de competencia legislativa que el Constituyente radicó en esa Corporación, pueda crear sistemas especiales de carrera de contenido particular, que a su vez hagan parte del sistema de carrera administrativa general" . (Negrilla fuera del texto).

64. En este sentido, en la jurisprudencia constitucional se ha explicado que existen tres categorías o tipos de carrera administrativa : (i) el Sistema General de Carrera, regulado en la Ley 909 de 2004, "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y se dictan otras disposiciones"; (ii) los sistemas especiales de carrera de origen constitucional, sujetos a una regulación diferente por parte del legislador, con observancia de los principios constitucionales; y, (iii) los sistemas específicos de carrera de origen legal: "aquellos que pesar de no tener referente normativo directo en la Carta Política, se conciben como una manifestación de la potestad del Legislador de someter el ejercicio de ciertas funciones institucionales a un régimen propio, cuando las particularidades de una entidad justifican la adopción de un estatuto singular, por supuesto dentro de los mandatos generales que la Constitución traza en el ámbito de la función pública" . El artículo 4º de la Ley 909 de 2004 consagra los sistemas específicos de carrera administrativa .

Límites constitucionales para la creación de regímenes específicos de carrera administrativa. Reiteración de jurisprudencia

65. La jurisprudencia constitucional ha reconocido la potestad del legislador para crear regímenes específicos de carrera administrativa, pero esta competencia es excepcional: “el diseño constitucional de ingreso, permanencia y retiro del empleo público parte de la regla general de inclusión de los cargos en el sistema de carrera administrativa y la posibilidad, en todo caso excepcional y reglada, de conformación de sistemas especiales de carrera” .

66. Por tanto, el ejercicio de esta facultad está sometido a límites y controles definidos, entre los cuales se encuentran:

66.1. El reconocimiento dentro del régimen específico de los principios generales de la carrera administrativa.

66.2. La necesidad de que el legislador consulte la singularidad y especificidad de las funciones que cumplen las distintas entidades estatales, con base en criterios técnicos, operativos y funcionales destinados a optimizar el cumplimiento de las actividades del organismo.

66.3. La satisfacción de un principio de razón suficiente para la configuración del sistema específico de carrera.

66.4. La administración y vigilancia de estos sistemas específicos de carrera, sin excepción alguna y con carácter obligatorio, por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Límites constitucionales para exceptuar cargos públicos del régimen de carrera administrativa

67. “Desde luego, la propia Constitución ha reconocido algunas excepciones a la carrera administrativa y también ha facultado a la ley para que las establezca, al señalar, en su artículo 125, que se exceptúan de la carrera los cargos “de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”; pero, esa determinación encargada al legislador, con todo y tener respaldo constitucional, se encuentra “sujeta a precisos límites”, pues la atribución “es per se limitada” y “para que el legislador pueda optar por un sistema de vinculación distinto al de carrera administrativa, deberá tener razones constitucionales suficientes para ello, en los términos del artículo 125 y demás normas que sean aplicables según la Entidad de que se trate” .

68. En este sentido, “la jurisprudencia constitucional ha reconocido la potestad que tiene el legislador para establecer cuáles cargos del aparato burocrático estatal tendrán esta categoría, sin embargo ha sometido el ejercicio de esa competencia al cumplimiento de estrictos requisitos, para lo cual pueden destacarse tres aspectos: i) que exista expresa disposición legal; ii) razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones

a la carrera administrativa; iii) que la medida en su desarrollo esencial corresponda a una de las siguientes categorías: (1) cargos que tengan funciones directivas, de manejo, conducción u orientación política o institucional; o (2) empleos que requieran un grado de confianza mayor al que se predica de la función pública ordinaria” .

69. En consecuencia, “la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción” . Por tanto, la jurisprudencia ha identificado los criterios que deben aplicarse para valorar si la excepción a la carrera administrativa creada por el Legislador se ajusta a la Constitución:

69.1. Interpretación restrictiva. Como se mencionó previamente, al ser la carrera administrativa un principio constitucional que determina dicho sistema como regla general, lo que corresponde es “[i]nterpretar restrictivamente las disposiciones que permiten excluir ciertos cargos de dicho régimen general” .

69.2. Razón suficiente. En efecto, “debe haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada” .

69.3. Valoración objetiva del papel que juegan los distintos cargos y evaluación de las funciones. De conformidad con la jurisprudencia constitucional, “para que la función del legislador tenga cabal desarrollo con estricto apego a la normativa fundamental, es necesario que, al expedirse la ley, se considere de manera objetiva cuál es el papel que juegan los distintos cargos dentro de la estructura del Estado y que se evalúe el tipo de funciones a ellos asignadas, con el fin de deducir cuáles resultan incompatibles con el sistema de carrera y cuáles, por el contrario, interpretando el telos de los preceptos constitucionales, encajan dentro de él” .

70. Así las cosas, cuando se excluya del régimen de carrera administrativa un cargo y falte un principio de razón suficiente que justifique la exclusión, “prima la regla general, establecida por la Constitución, esto es, la carrera administrativa” . Esto es así porque “la instancia legislativa no ejerce una capacidad omnímoda, pues el ejercicio de la facultad que le ha sido conferida se encuentra limitado por las situaciones que la Carta ha tenido en cuenta para la fijación del régimen de carrera y por los criterios jurisprudenciales desarrollados por esta Corporación”.

71. Siempre que se exceptúen empleos de la aplicación de la carrera administrativa, “sin tener en cuenta la vigencia de la regla general, el principio de razón suficiente y la naturaleza de la función asignada” , se impone la inconstitucionalidad que, en varias

oportunidades, la Corte ha declarado, por ejemplo, tras verificar que el legislador encuadra cargos que debían pertenecer al régimen de carrera, dentro de la categoría de los de libre nombramiento y remoción .

Análisis y solución del primer cargo

72. El cargo. La demandante señaló que los artículos 14 (total), 18 (parcial) y demás expresiones concordantes contenidas en las normas señaladas de la Ley 2291 de 2023, vulneran los artículos 1, 2, 13, 25, 40.7, 53, 55, 125, 130, 150 y 209 de la Constitución Política, al eliminar, sin razón suficiente, el régimen de carrera administrativa del Instituto Nacional de Cancerología (INC).

73. Metodología para el análisis del cargo. En primer lugar, se expondrán las funciones que ejecuta el INC. Luego, se presentará el objeto de la Ley 2291 de 2023 y el contenido del régimen laboral especial adoptado por dicha norma. Después, se explicará por qué el Legislador tiene un margen restringido para exceptuar la planta de personal del INC de la carrera administrativa. En cuarto lugar, se analizará si se cumplen los estándares constitucionales para admitir la excepción de cargos públicos de la carrera administrativa. Luego, se estudiará si el régimen laboral especial propuesto para el INC es regresivo respecto del de carrera administrativa. Finalmente, se presentarán consideraciones sobre las sentencias citadas como precedente en la intervención del INC.

1. Funciones del Instituto Nacional de Cancerología

74. Este instituto ha venido solidificando el desarrollo de actividades que van más allá de la atención clínica de pacientes que sufren esta enfermedad. Actualmente, el Instituto se ocupa de cinco frentes funcionales:

Tabla No. 3. Funciones a cargo del INC

Prestación de servicios especializados en el sector salud

Investigación

Asesoría en la política pública de cáncer

Docencia

Coordinación y vigilancia

75. Prestación de servicios especializados en el sector salud. De acuerdo con el artículo 42 de la Ley 715 de 2001, “corresponde a la Nación la dirección del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en el territorio nacional”. Para ello, dicha ley le asigna a la Nación varias competencias, dentro de las cuales se encuentra:

“ARTÍCULO 42. COMPETENCIAS EN SALUD POR PARTE DE LA NACIÓN.

(…)
42.16. Prestar los servicios especializados a través de las instituciones adscritas: Instituto Nacional de Cancerología, el Centro Dermatológico Federico Lleras Acosta y los Sanatorios de Contratación y Agua de Dios (…) La Nación definirá los mecanismos y la organización de la red cancerológica nacional y podrá concurrir en su financiación".
76. Además de la prestación de servicios de salud, hay otras funciones a cargo del INC, como estandarizar las conductas diagnósticas y terapéuticas .
77. Funciones de investigación. De acuerdo con uno de los documentos que hace parte de la Colección "Misión Internacional de Sabios" , si bien la investigación ha sido uno de los pilares de la educación superior, en Colombia algunas IPS se han acogido a los lineamientos del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación, para ser reconocidos como actores del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (SNCTI). En este sentido, son reconocidos como Institutos Públicos de Investigación. En Colombia, hay "veintiún institutos reconocidos como centros de investigación, pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder Público del nivel nacional y del sector descentralizados por servicios".
78. En este grupo de 21 institutos pueden encontrarse empresas sociales del Estado, establecimientos públicos, corporaciones mixtas o indirectas constituidas como entidades sin ánimo de lucro o instituciones científicas propiamente dichas. De estos 21 institutos, dos son empresas sociales del Estado:
"Son ESE del orden nacional que forman parte del SNCTI el Instituto Nacional de Cancerología y el Centro Dermatológico Federico Lleras Acosta, ambas entidades adscritas al Ministerio de Salud y Protección Social. Hay que advertir que dichas entidades que son del orden nacional no solo cumplen funciones asistenciales, sino que hacen docencia e investigación, como centros de investigación reconocidos por el Ministerio de Ciencia, tecnología e Innovación, y son asesoras del Ministerio de Salud y Protección Social para la fijación de las políticas públicas en salud en cada una de sus áreas".
79. En efecto, las funciones de investigación del INC se encuentran en el Artículo 2 del Decreto 5017 de 2009, "Por el cual se aprueba la modificación de la estructura del Instituto Nacional de Cancerología – Empresa Social del Estado": "Desarrollar los planes, programas, proyectos y actividades de investigación, docencia, salud pública y manejo integral en enfermedades neoplásicas y relacionadas".
80. En el mismo sentido, en la Ley 2291 de 2023 están las funciones de articular, desarrollar y ejecutar las actividades de investigación, desarrollo e innovación (Numeral 12, Art. 4º);

formular y elaborar los programas de investigaciones básicas aplicadas, clínicas, epidemiológicas, experimentales y en salud pública, de desarrollo básico y de innovación, nacional e internacional para el control del cáncer". (Numeral 14, Art. 4º); Fomentar e incentivar innovaciones de productos y procesos para el control integral del cáncer en Colombia, atendiendo las normas supranacionales y nacionales en materia de Protección de la propiedad intelectual (Numeral 17, Art. 4º).

81. Función de asesor para la política pública en cáncer. De acuerdo con el Artículo 2 del Decreto 5017 de 2009, se le asignan a esta entidad las siguientes funciones:

"1. Ser organismo asesor en el ámbito nacional e internacional en materia de investigación, docencia, vigilancia, prevención, atención y control de las enfermedades neoplásicas y relacionadas, en el marco de las políticas establecidas por el Ministerio de la Protección Social.

2. Asesorar y apoyar al Ministerio de la Protección Social y demás entidades relacionadas en la determinación, formulación, ejecución, control y evaluación de las políticas, planes, programas y proyectos nacionales relacionados con la investigación, vigilancia, docencia, prevención, diagnóstico precoz, atención, tratamiento y control de enfermedades neoplásicas y relacionadas, de conformidad con las estrategias y políticas que fije el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

(…)

4. Asesorar y asistir al Ministerio de la Protección Social en la formulación y ejecución del Plan Nacional para el Control del Cáncer, consultando a las instancias científicas, técnicas y financieras respectivas, así como los lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo.

(…)

10. Asesorar al Ministerio de la Protección Social, para la coordinación que este deba efectuar con las entidades públicas y privadas, nacionales e internacionales, para el desarrollo de programas de investigación, docencia y atención y armonizadas con la política de lucha contra las enfermedades neoplásicas y relacionadas.

11. Asesorar al Ministerio de la Protección Social en las actividades de enlace y coordinación del Gobierno Nacional con otros países, gobiernos y entidades internacionales que investigan, forman y presten ayuda o asistencia técnica para el tratamiento de enfermedades neoplásicas y relacionadas".

82. Además, en el mismo decreto se le encargaron funciones asociadas a la política pública del cáncer: (i) el diseño, implementación y consolidación del Sistema Nacional de información

en Cáncer; (ii) Diseñar, impulsar y consolidar la ejecución de programas de prevención y detección precoz de enfermedades neoplásicas y relacionadas; (iii) Promover y motivar la participación de las asociaciones de usuarios y otras organizaciones sociales en los asuntos relacionados con la organización, gestión y control de los programas destinados a la prevención, tratamiento, investigación y lucha contra las enfermedades neoplásicas y relacionadas.

83. En el mismo sentido, en la Ley 2291 de 2023 se le encargan funciones de asesoría en materia de política pública .

84. Funciones de coordinación: (i) Vigilar y controlar, en coordinación con los demás organismos competentes, los servicios oncológicos de carácter asistencial y preventivo en el territorio nacional; (ii) Impulsar y coordinar la Red Cancerológica Nacional y el Sistema Nacional de Servicios Oncológicos, con la participación y aporte de los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud, tanto públicos como privados, que atenderán prioritariamente a la población pobre no asegurada que padece cáncer y con cargo a la financiación que para tal efecto establezcan el Ministerio de la Protección Social y las entidades territoriales; y, (iii) Coordinar y dirigir las actividades de control de calidad dentro de las acciones de detección temprana de enfermedades neoplásicas y relacionadas que el Ministerio de la Protección Social determine.

85. En el mismo sentido, en la Ley 2291 de 2023 se le encargan funciones de coordinación y vigilancia .

86. Funciones asociadas a la docencia. De acuerdo con el Artículo 2 del Decreto 5017 de 2009, en este campo le corresponden las siguientes funciones:

3. Asesorar y apoyar al Ministerio de la Protección Social, a las Secretarías Departamentales y Distritales de Salud y a las entidades del Sistema Nacional de Educación, en la formulación, ejecución, control y evaluación de las políticas, planes, programas y proyectos relacionados con la formación académica de profesionales, tecnólogos, técnicos, y auxiliares en campos relacionados con la prevención, el diagnostico1 tratamiento y rehabilitación de las enfermedades neoplásicas y relacionadas.

87. En el mismo sentido, en la Ley 2291 de 2023 se le encargan funciones de coordinación y vigilancia .

2. La Ley 2291 de 2023: objeto y régimen laboral especial

88. Objeto de la Ley 2291 de 2023. A partir de1969, el INC fue catalogado como un establecimiento público adscrito al entonces Ministerio de Salud Pública . Luego, con la

expedición de la Ley 100 de 1993, el INC fue transformado en una Empresa Social del Estado, a través del Decreto 1287 de 1994 . Y ahora, con el Art. 1º de la Ley 2291 de 2023, se transforma la naturaleza jurídica del INC, para que deje ser una Empresa Social del Estado y pase a convertirse en una “entidad pública de naturaleza especial”.

89. En cuanto a la ubicación del INC dentro de la estructura orgánica del Estado, la Ley 2291 establece que dicha entidad de naturaleza especial pertenece al sector descentralizado de la rama ejecutiva del orden nacional y está adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social. En términos de estructura funcional, se señala que integra el Sistema General del Seguridad Social en Salud y el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.

90. Régimen Laboral Especial regulado en la Ley 2291 de 2023. En este tema, el INC venía rigiéndose por las normas que regulan el régimen laboral de las ESE. En efecto, de acuerdo con el Art. 14 del Decreto 1456 de 1969, en el cual se definió la naturaleza jurídica del INC como ESE, se dispuso que: “en materia de clasificación de empleos, el INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA-EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, aplicará lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 10 de 1990”.

91. El Art. 26 de Ley 10 de 1990, “Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud”, establece que hay dos alternativas posibles para categorizar los empleos en las ESE: de libre nombramiento o remoción, o, empleos de carrera. El texto de dicho artículo es el siguiente:

“CAPÍTULO IV

ESTATUTO DE PERSONAL

ARTÍCULO 26. Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera”.

92. Por su parte, los dos primeros incisos del Art. 14 de la Ley 2291 de 2023 modifican la clasificación que acaba de exponerse y crea la expresión: “Trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología”, para referirse a todos los servidores públicos de dicha entidad que no sean de libre nombramiento y remoción. Además, les atribuye un régimen laboral especial. En la siguiente tabla se sintetiza la clasificación de los empleos según la Ley 2291 de 2023:

Tabla No. 5. Clasificación de los servidores públicos del INC en la Ley 2291 de 2023.

Servidores públicos del INC

Denominación Empleados públicos de libre nombramiento y remoción

Trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología

Régimen legal

Ley 909 de 2004 y las normas pertinentes y complementarias

Régimen especial

93. El régimen laboral especial previsto para el segundo grupo de servidores públicos, esto es, los “Trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología” (en adelante TINC), está compuesto por diversas normas especiales que se encuentran en distintos artículos de la ley. En la siguiente tabla se presentan esas normas especiales, indicando el tema, el artículo y su contenido:

Tabla No. 6. Normas especiales del régimen laboral especial para los TINC

Definición de la planta de personal y número de trabajadores El Gobierno nacional, en el decreto que defina la planta de personal del Instituto Nacional de Cancerología, señalará el número de trabajadores del INC (Literal c, Art. 14)

Una vez entre en vigencia la presente ley, el Gobierno Nacional deberá adoptar la estructura interna y la planta de personal para el INC, la cual debe responder a las especificidades de la nueva naturaleza jurídica (Art. 18 Transitorio, inciso 1º).

Forma de vinculación

Contratos de trabajo suscritos por el director general, regidos por lo dispuesto en la misma Ley 2291 de 2023 (Literal a, Art. 14)

Exigencias para la vinculación La vinculación se realiza previa verificación del cumplimiento de los requisitos de formación académica y experiencia previstos para cada denominación del cargo, la evaluación de las competencias y el procedimiento de mérito que establezca el Consejo Directivo de la Institución (Literal a, Art. 14)

Dependencia competente para establecer procedimiento de mérito

Una de las funciones del Consejo Directivo es establecer el procedimiento de mérito para la contratación de los Trabajadores de Régimen Especial del Instituto Nacional de Cancerología. (Literal l, Art. 7º).

Priorización para contratar

Para los cargos adicionales a la planta de personal vigente que requiera el INC, se dará prioridad para su contratación a quienes al momento de la entrada en vigencia de la presente ley presten sus servicios a la entidad, previo al estudio técnico que corresponda en el marco del procedimiento de mérito que se establezca (Parágrafo 1º, Art. 14)

Quienes al momento de expedirse la presente ley vienen desarrollando actividades mediante

contrato de prestación de servicios tendrán prioridad para ser contratados una vez verificado el cumplimiento de requisitos, de acuerdo con el estudio técnico que así lo determine, en el marco del procedimiento de mérito (Parágrafo 25, Art. 14)

Vinculación según las necesidades institucionales

Previa verificación de los requisitos de formación académica y experiencia previstos para cada cargo, el INC vinculará a los TINC que desarrollen actividades o funciones de la entidad de acuerdo con las necesidades institucionales. (Literal b, Art. 14)

Nominación y vinculación

Una de las funciones del director general es la de nominar y vincular al personal, de conformidad con las normas legales vigentes (Numeral 14, Art. 9º).

Incorporación automática Los empleados públicos con derechos de carrera administrativa o provisionalidad que se encuentren vinculados al INC – ESE al momento de implementarse la estructura y la planta de personal, quedarán automáticamente incorporados como TINC con contrato a término indefinido y sin solución de continuidad, sin que en ningún momento se desmejoren sus condiciones laborales. Para el efecto, se celebrarán los respectivos contratos de trabajo, en cuyo caso no habrá lugar a indemnización (Art. 18 Transitorio, inciso 3)

Estabilidad laboral reforzada para empleados de carrera

Los empleados de carrera administrativa incorporados bajo el nuevo régimen laboral como TINC, gozarán de estabilidad laboral reforzada mientras permanezcan en el cargo.

Manuales de funciones Una de las funciones del director general es adoptar los manuales de funciones y competencias laborales de los trabajadores del instituto (Numeral 13, Art. 9º).

Jornada laboral

Los TINC se rigen por el Decreto Ley 1042 de 1978 o por las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan.

El Consejo Directivo señalará la manera como se dará cumplimiento a la jornada laboral en donde se tendrá en cuenta la naturaleza del cargo o actividad, la intensidad horaria y su cumplimiento por áreas frente a los modelos por productividad que se establezcan para las áreas misionales del Instituto.

Remuneración

Para empleados públicos de libre nombramiento y remoción: será fijada por el gobierno nacional (Literal e, Art. 14).

Para TINC: la fijará el Consejo Directivo del Instituto, para lo cual tendrá en cuenta los parámetros que para el efecto fije el Gobierno Nacional, los criterios de competencia en el

mercado laboral y se sujetará, en todo caso, al presupuesto de la entidad y a los criterios de viabilidad y sostenibilidad institucional (Literal e, Art. 14)

Una de las funciones del Consejo Directivo es: “Fijar los criterios y condiciones generales de carácter salarial y prestacional de los trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología para la celebración de los contratos laborales” (Literal k, Art. 7º).

Todo trabajador del INC tiene derecho a una remuneración oportuna por su trabajo en cumplimiento de su contrato laboral (Literal l, Art. 14)

Asignación fija y variable por productividad

Para los TINC que desarrollan actividades de investigación, tecnología e innovación y de carácter asistencial, el Consejo Directivo podrá fijar un sistema de asignación fija y variable por productividad. (Literal f, Art. 14)

Una de las funciones del Consejo Directivo es fijar los criterios y condiciones generales para el reconocimiento por productividad para el personal que desarrolle actividades de investigación, salud pública, asistencial en salud y docencia, en el marco de lo señalado por el artículo 71 de la Constitución Política y lo dispuesto por la presente ley, atendiendo criterios de competencia en el mercado laboral y con estricta sujeción al presupuesto del instituto”. (Literal k, Art. 7º)

Estímulos por desempeño

Una de las funciones del Consejo Directivo es “definir las disposiciones internas para reconocer los estímulos por desempeño de los TINC” (Literal m, Art. 7º)

Administración de personal

A los TINC se les aplica, en lo pertinente, las disposiciones del Decreto Ley 2400 de 1968 y las demás normas que lo reglamenten, modifiquen o sustituyan (Literal g, Art. 14)

Una de las funciones del director general del INC es administrar el personal, de conformidad con las normas legales vigentes y establecer las políticas y orientaciones para atender al cumplimiento de sus funciones, de acuerdo con las necesidades del servicio (Numeral 14, Art. 9)

Régimen Disciplinario Los servidores públicos del INC, cualquiera sea su denominación, estarán sometidos al régimen disciplinario único fijado por la Ley 1952 de 2019.

Una de las funciones del director general es ejercer la facultad disciplinaria (Numeral 14, Art. 9º)

Excepciones para el desempeño simultáneo de empleos públicos

Los TINC que desarrollen actividades de investigación, tecnología e innovación y de carácter asistencial se les aplicarán las excepciones del Art. 19 de la Ley 4ª de 1992 y la Ley 269 de 1996 .

Derechos adquiridos

El INC respetará los derechos adquiridos por los trabajadores en material salarial y prestacional, derivados de la ley, los acuerdos laborales o la convención colectiva de trabajo, en todo caso no podrá haber desmejoramiento de las condiciones laborales (Parágrafo 3º, Art. 14).

Negociación colectiva A los TINC se les aplicará las previsiones que en materia de negociación colectiva aplica a los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, según el Art. 9º de la Ley 4ª de 1992.

Causales

de retiro 1. Para los empleados públicos de libre nombramiento y remoción: por las causales señaladas por la Ley 909 de 2004 (literal h, Art. 14)

2. Para los TINC:

– Por las mismas causas de la Ley 909 de 2004, por la terminación de la obra o labor o el cumplimiento del término pactado o por razones disciplinarias, y en caso de supresión del cargo se indemnizarán aplicando los dispuesto por la Ley 909 de 2004 o en las normas que la modifiquen o sustituyan (literal h, Art. 14).

– Por justa causa debidamente comprobada o por vinculación a la nómina de pensionados por vejez o invalidez (Literal, i, Art. 14).

Remoción del personal Una de las funciones del director general es remover al personal de conformidad con las normas vigentes (Numeral 14, Art. 9º)

3. La competencia del Legislador es restringida para adoptar un régimen laboral basado en contratos de trabajo en el INC

94. La competencia del Legislador en materia de carrera administrativa tiene márgenes disímiles según el alcance de la regulación que establezca en la ley: a medida que el Congreso va distanciándose de la concepción ordinaria de la carrera administrativa (o carrera administrativa general), su margen de configuración se va limitando. Esto es así porque, como se expuso en la parte motiva de esta providencia: (i) la carrera administrativa es un principio y bastión fundamental del Estado de Derecho, (ii) si se descarta la carrera administrativa se elimina el concurso público y abierto de méritos, con lo cual (iii) se restringe el derecho fundamental de los ciudadanos a acceder a los cargos públicos en

condiciones de igualdad.

95. En este sentido, el Legislador tiene un margen amplio para regular la carrera administrativa ordinaria; luego, para crear sistemas específicos de carrera, tiene un margen de configuración limitado a la existencia de una razón suficiente; y, finalmente, para apartarse de la carrera administrativa y exceptuar cargos del régimen de carrera administrativa, su competencia es restringida y muy limitada.

96. En la siguiente imagen se ilustra estos tres márgenes de competencia del Legislador:

Imagen No.1. Márgenes de competencia del Legislador en carrera administrativa

97. Amplio margen para regular la carrera administrativa ordinaria. La competencia del Legislador, que deriva del Art. 125 constitucional, inciso tercero, es la de fijar los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes:

"El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos calidades de los aspirantes".

98. Entonces, en dicho artículo se fijó la regla general de la carrera administrativa para los empleos en los órganos y entidades del Estado y se dejó en cabeza del Legislador la competencia de definir los requisitos y condiciones que deben acreditar los aspirantes. Para el ejercicio de esta competencia, el Legislador cuenta un amplio margen de configuración:

"La Corte ha reconocido que el Legislador cuenta con un amplio margen de configuración para diseñar las etapas, pruebas y trámites del concurso y estatuir los requisitos exigibles en cada uno de ellos".

99. Entonces, el amplio margen de configuración legislativa cobija la regulación de todo lo relacionado al concurso público para la carrera administrativa común o general.

100. Margen limitado para crear, excepcionalmente, regímenes específicos de carrera de origen legal. En la jurisprudencia se ha establecido que el Congreso puede crear regímenes específicos, a partir de una potestad excepcional y reglada, cuando exista una razón suficiente: "la función de diseñar y regular la carrera administrativa que le corresponde al Legislador, ha de incluir un componente de flexibilidad que garantice su adecuación a las disímiles y cambiantes circunstancias de la función pública", de ahí que el Congreso pueda "regular las diversas `carreras administrativas` que exige la complejidad misma de la función del Estado" y, en consecuencia, crear sistemas específicos de carrera" .

101. En ese sentido, "para dar cumplimiento al mandato del artículo 125 de la Carta Política, deberá optar en primera instancia por el régimen de carrera ordinaria y sólo podrá establecer

regímenes de libre nombramiento y remoción o regímenes especiales que flexibilicen las garantías de carrera, cuando para ello exista una razón suficiente ”. Esta facultad del Legislador no significa “exceptuar a esas entidades del régimen de carrera, sino de diseñar un sistema especial para cada una de ellas, dada su singularidad y especificidad; los regímenes especiales o sistemas específicos como los denominó el legislador en la norma impugnada, son carreras administrativas reguladas por normas propias, que atienden, de una parte la singularidad y especificidad de las funciones que a cada una de ellas corresponde y de otra los principios generales que orientan la carrera administrativa general que rige la materia” .

102. En ejercicio de esta facultad, el Legislador ya ha tenido la oportunidad de establecer regímenes de carrera de origen legal. Así se observa en el Art. 4º de la Ley 909 de 2004, en la que se establecieron varios sistemas de carrera para entidades en particular y, además, para grupos de funcionarios en particular:

“ARTÍCULO 4º. SISTEMAS ESPECÍFICOS DE CARRERA.

1. Se entiende por sistemas específicos de carrera administrativa aquellos que en razón de la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan la función pública.

2. Se consideran sistemas específicos de carrera administrativa los siguientes:

(…)

– El que regula el personal científico y tecnológico de las entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.”

103. Margen restringido para exceptuar cargos públicos de la carrera administrativa. Esta competencia es muy limitada porque si la carrera administrativa es principio y bastión fundamental del Estado de Derecho, las excepciones a la misma no se pueden multiplicar, pues ello puede causar que se “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 los empleos estatales, de la permanencia en el cargo, de los ascensos y del retiro” . (Negrilla fuera del texto)

104. Como se mencionó previamente, al ser la carrera administrativa un principio constitucional que determina dicho sistema como regla general, lo que corresponde es

“[i]nterpretar restrictivamente las disposiciones que permiten excluir ciertos cargos de dicho régimen general” .

105. En ese sentido, la Corte comienza por precisar que la Ley 2291 de 2023 no creó un régimen específico de carrera, sino un régimen laboral especial basado en la celebración de contratos de trabajo privados. Esta precisión es necesaria porque, como acaba de exponerse, el estándar para valorar la competencia del Legislador es mucho más restringido cuando se trata de excepciones al régimen de carrera, que cuando se evalúa la constitucionalidad de un régimen específico de carrera de origen legal. Este último es considerado por la jurisprudencia como una regulación excepcional ; de modo que cuando el Congreso se aparta completamente de la carrera administrativa, para crear un régimen laboral de derecho privado en una entidad pública, se trata de una excepción totalmente opuesta a la carrera administrativa y que va mucho más lejos de la potestad excepcional que implica la creación de un sistema específico de carrera.

106. En consecuencia, el estándar constitucional para determinar la constitucionalidad de la excepción debe incluir, además de las reglas señaladas en el numeral 67 y siguientes de esta providencia, que el Legislador justifique con exhaustividad, detalle y suficiente evidencia fáctica, por qué un sistema específico de carrera no podría responder a las particularidades de la entidad. Sólo de este modo puede asegurarse la carrera administrativa como principio constitucional y el concurso público de méritos como regla general de vinculación al empleo público.

4. Análisis de cumplimiento de los estándares constitucionales para exceptuar los cargos públicos del INC de la carrera administrativa

4.1. Razón suficiente

107. La jurisprudencia ha señalado que “debe haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada” . Al respecto, las razones expuestas para justificar la excepción a la regla de carrera administrativa no cumplen con el estándar constitucional de suficiencia, tal como se expone a continuación:

108. Primero. Los planteamientos centrales de la exposición de motivos son generales y no justifican con suficiencia la excepción al régimen de carrera. En la exposición de motivos se señaló un contexto general del cáncer, en el cual se señalaron las siguientes cifras: en 2020 se presentaron, aproximadamente, 19 millones de casos nuevos de cáncer, 10 millones de fallecidos con una tasa de mortalidad de 100 por cada 100.000 habitantes, el incremento de

la mortalidad en países en desarrollo, la proyección de que para 2030 habrá más de 20 millones de nuevos casos en todo el mundo.

109. También se dijo que “Frente a esta realidad, el INC ha jugado un papel protagónico y retador en la respuesta social frente al cáncer en Colombia (…) Teniendo en consideración que en Colombia y para 2030 habrá un crecimiento del 30% en el número de casos nuevos se considera necesario fortalecer el INC como una estrategia del Estado”. En este contexto, el Legislador señala que:

“Frente a las competencias que debe asumir el INC en la actualidad, se han identificado diversos problemas de orden institucional y normativo que impiden cumplir con eficiencia, eficacia, efectividad y oportunidad la misión, visión y los mandatos asignados por algunas normas reglamentarias al instituto” .

110. En cuanto al régimen laboral, en la exposición de motivos se señaló:

“Uno de los principales problemas es la baja competitividad de los salarios ofrecidos en el mercado laboral al cuerpo médico, personal especializado y el de los investigadores, lo que se manifiesta en deficiencia en la actitud de servicio, pérdida de valor por esquemas de tercerización, dificultades de relacionamiento con la academia y la sociedad que desincentiva el trabajo en red. La ausencia de equidad en la remuneración salarial para muchos cargos asistenciales y aún administrativos y pérdida de médicos con curva de aprendizaje elevada (20-30 años), sin una alternativa legal que resuelva actualmente las posibilidades de adherir a los profesionales afecta su prospecto internacional. Dificultades en la diversificación de nuevas líneas de trabajo y servicios, muchas de ellas encadenadas a las dinámicas de investigación” .

(…)

“[p]or la naturaleza de las labores de investigación, docencia y de alta especialidad, exige que el sistema de remuneración sea altamente competitivo e incentive y reconozca la investigación y la consecución de recursos; de no ser así conduce a que resulta prácticamente imposible atraer al personal asistencial supra-especializado o de investigaciones que se vea a atraído por reconocimientos académicos y salariales mucho más altos ofertados por el sector privado en un mercado de competencia y de incentivos que no resulta atractivo frente a las remuneraciones del empleo público. Los institutos de mejores resultados como EEUU, se basan en generar incentivos para los servidores basados en la producción científica y la productividad, e incluso con sistemas especiales de contratación externa o un régimen equivalente” .

111. Para la Sala, las afirmaciones presentadas en la exposición de motivos son generales y no dan cuenta de cifras o datos que permitan una aproximación concreta a la problemática que se pretende mostrar. En efecto, la toma de decisiones públicas exige, no sólo la identificación de un problema, sino la elaboración de diagnósticos rigurosos, que ofrezcan información completa de dicha problemática. Sólo así es posible cumplir con el estándar de razón suficiente. En contraste, lo señalado en la exposición de motivos sólo presenta enunciados abstractos, sin descripciones y datos que les den contenido.

112. Segunda. No se demostró con suficiencia la baja competitividad de los salarios. En la exposición de motivos se señaló que es una problemática la baja competitividad de los salarios ofrecidos porque las labores de investigación, docencia y alta especialización, los cuales exigen un sistema de remuneración altamente competitivo. Esta es una afirmación general que no aborda los montos salariales, los incentivos económicos, las primas técnicas, bonificaciones, primas de antigüedad, entre otras variables asociadas a la remuneración por el desempeño de un empleo público .

113. Sobre este punto, la Sala destaca que en la intervención del INC se presentó una tabla comparativa por cargos, entre la asignación del INC y “otros”. Allí se muestra que, a partir de la nomenclatura de los empleos del INC, sólo tres de ellos tendrían un salario más alto respecto del promedio de asignación mensual en “otros”. Sin embargo, esta información no es suficiente por las siguientes razones:

113.1. En el “Estudio descriptivo de salarios de cargos administrativos y asistenciales” de 2021, que fue uno de los documentos referidos en la intervención del INC como fuente de información de dicha tabla , no se encontró tal información, sino que se presentan otros datos que son el resultado del cruce de una serie de variables que complejizan la comparación de salarios entre instituciones públicas y privadas. Por tanto, según la combinación de variables, la remuneración puede ser más alta en el sector público.

113.2. En efecto, en dicho estudio se cruza el nivel de complejidad de la IPS, tipo de contrato, ciudad, entre otras variables; y, según como se combinen, puede ser que en el sector público el salario sea mayor. Por ejemplo, en el estudio se señala: “las instituciones pertenecientes al sector público presentan la mejor remuneración por prestación de servicios” .

113.3. En este sentido, la Sala encuentra que, ni en la exposición de motivos ni en la intervención del INC, se explicó por qué la modalidad contractual de prestación de servicios es insuficiente para vincular el personal altamente especializado que requiere y bajo las condiciones de remuneración competitivas que demanda. En efecto, aunque no se mencionó

cuántas personas están vinculadas al instituto por medio de un contrato de prestación de servicios, sin duda es una modalidad usada por esa entidad, pues en el Parágrafo 2º del Art. 14 de la Ley 2291 de 2023 se regula:

"[Q]uienes al momento de expedirse la presente ley vienen desarrollando actividades mediante contrato de prestación de servicios tendrán prioridad para ser contratados".

113.4. En efecto, el numeral 6º del Art. 195 de la Ley 100 de 1993 dispone respecto del régimen jurídico de las empresas sociales del Estado que: "en materia contractual se regirá por el derecho privado". De ahí que, consultada la página del instituto, son más de treinta (30) los contratos suscritos por dicha entidad, durante el año 2024, para contratar servicios tercerizados de personal. Dentro los servicios contratados, algunos se encuentran dentro del campo especializado del INC : "contratar el servicio médico especializado de oncología clínica", "contratar el servicio médico especializado de oncología clínica" y "prestación del servicio especializado de cirugía de cabeza y cuello para atención de pacientes oncológicos".

113.5. Además, tampoco se expuso qué porcentaje del total de personal del INC está vinculado a través de la planta pública de empleos y qué porcentaje lo está a través de otras modalidades contractuales. Esta fundamentación era imprescindible porque en el mismo estudio descriptivo de salarios se señala que "la mayor parte del personal es contratado por prestación de servicios en las instituciones pertenecientes al sector público y por planta en las del sector privado".

113.6. A esto se suma que, según el mismo estudio, "la mayor parte del personal es contratado por prestación de servicios en la ciudad de Bogotá". Además, también se concluyó que "la mayor parte del personal es contratado por prestación de servicios en las instituciones de complejidad alta y media". El INC es una institución que ofrece servicios de complejidad alta. De modo que una razón suficiente para excluir el régimen de carrera debía agotar la argumentación sobre estos puntos, para luego poder concluir la imperiosa necesidad de adoptar un régimen distinto.

114. Tercero. Contradicción sobre la retención de personal calificado. En la intervención del INC se señaló: "la rigidez del tiempo de trabajo de los empleados públicos y la existencia de inhabilidades e incompatibilidades propias del servicio público impide que los trabajadores del instituto puedan obtener recursos en el sector privado" . Esta afirmación es contradictoria con el fin de retener al personal más calificado para el INC. En efecto, si el personal calificado también se desempeñará en el sector privado, no se le estaría reteniendo para el sector público. Adicionalmente, el hecho de que el trabajador, además de laborar para el INC, se

desempeñe en instituciones del sector privado, genera contradicciones respecto a la jornada máxima laboral y el derecho al descanso del que es titular cualquier trabajador (Esto se desarrollará más adelante).

115. Cuarto. No se refirió y no se explicó la insuficiencia del Sistema de Estímulos para empleados del Estado. En la exposición de motivos no se aludió y, en consecuencia, no se explicó, por qué el Plan de Incentivos Institucional no es suficiente, pues estos son rubros adicionales al salario que recompensan la productividad de los funcionarios. Este plan de incentivos se enmarca en el Sistema de Estímulos para los Empleados del Estado, regulado en el Decreto 1567 de 1998:

"ARTÍCULO 13. SISTEMA DE ESTÍMULOS PARA LOS EMPLEADOS DEL ESTADO. Establécese el sistema de estímulos, el cual estará conformado por el conjunto interrelacionado y coherente de políticas, planes, entidades, disposiciones legales y programas de bienestar e incentivos que interactúan con el propósito de elevar los niveles de eficiencia, satisfacción, desarrollo y bienestar de los empleados del Estado en el desempeño de su labor y de contribuir al cumplimiento efectivo de los resultados institucionales".

116. Quinto. La jornada laboral en el sector público no es inflexible. En la intervención del INC se argumentó que la jornada laboral prevista para el empleo público no responde a las jornadas que deben asumir los médicos especialistas en dicho instituto. Sin embargo, esta postura desconoce que en el sector público son plenamente admisibles las jornadas especiales, distintas a las jornadas ordinarias, justamente por las particularidades que caracterizan ciertos cargos.

117. Por ejemplo, con ocasión del análisis de la jornada laboral del cuerpo de bomberos, el Consejo de Estado señaló que "[i]mplican una disponibilidad permanente por lo que es razonable que dicho personal no esté sujeto a una jornada ordinaria de trabajo, sino a una jornada especial" . En este sentido, la ruta legal acertada, según el mismo Consejo de Estado, para regular dicha jornada laboral especial es que "el jefe del respectivo organismo, mediante la expedición del respectivo acto administrativo que determine la necesidad, oportunidad y conveniencia de aplicar dicha excepción, con la consecuente remuneración salarial para los empleos que se ven cometidos a dicha jornada máxima legal excepcional, atendiendo los parámetros establecidos por el Decreto 1042 de 1978".

118. Adicionalmente, la compensación con periodos de descanso es otra alternativa: el Consejo de Estado también ha explicado que "en el Decreto Ley 1042 de 1978 se concibieron los diferentes emolumentos que dimanan del trabajo realizado en exceso de la jornada

máxima de trabajo fijada en la ley. Así, el artículo 35 ejusdem, al concebir las jornadas mixtas de trabajos -esto es, aquellas que se realizan en horas en las que convergen el día y la noche-, estableció que el trabajo nocturno debe ser remunerado con un recargo del treinta y cinco por ciento (35%), pero con la posibilidad de compensarlo con periodos de descanso. Se aclara que esta prerrogativa no proviene de labores que exceden la jornada de trabajo, sino por el simple hecho de desplegar actividades nocturnas" .

119. Sexto. Sobre las dificultades para el desarrollo de actividades de investigación. En la exposición de motivos se señaló que existen "[d]ificultades en la diversificación de nuevas líneas de trabajo y servicios, muchas de ellas encadenadas a las dinámicas de investigación" . Más allá de esta afirmación, no señaló cuáles son esas dificultades ni en qué consisten, para agotar un análisis que puntualice cómo el sistema general de carrera obstaculiza el desarrollo de la investigación.

120. Sin embargo, la Sala recuerda que el INC es uno de los institutos que conforma el SNCTI y, en ese sentido, advierte que en el Art. 4º de la Ley 909 de 2004 se estableció:

"ARTÍCULO 4º. SISTEMAS ESPECÍFICOS DE CARRERA.

3. Se entiende por sistemas específicos de carrera administrativa aquellos que en razón de la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan la función pública.

4. Se consideran sistemas específicos de carrera administrativa los siguientes:

(…)

– El que regula el personal científico y tecnológico de las entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación."

121. En el mismo sentido, la Misión Internacional de Sabios señaló en 2019, luego de referir la norma que acaba de citarse:

"La circunstancia de que se hubiera previsto una norma supletoria hace que, en la práctica, ante la ausencia de una regulación del sistema específico de ciencia y tecnología para quienes realicen esas actividades, se esté aplicando un régimen general que entraña serias desventajas para potenciar el trabajo científico y tecnológico de estos servidores.

(…)

Queda claro que al menos desde el año 2004 ha estado pendiente elaborar una propuesta de

un sistema específico de carrera administrativa para el personal científico y tecnológico del SNCTI; en particular para el que labora en las instituciones cuya naturaleza es de CTI, como el Instituto Geológico Colombiano, el Instituto Colombiano Agropecuario y el personal asociado a ciencia y tecnología en el Invima y el Instituto Nacional de Salud; o el de las ESE nacionales que siendo entidades descentralizadas prestadoras de servicios de salud del orden nacional han sido reconocidas como centros de Investigación, como el Instituto Nacional de cancerología y el Centro Dermatológico Federico Lleras Acosta, y por ende formas parte del SNCTI".

122. Por tanto, la Sala encuentra que el Legislador no ofreció ninguna razón que permitiera justificar y comprender por qué no propuso un régimen específico de carrera para el personal científico y tecnológico del INC, teniendo en cuenta que es uno de los que está previsto en el Art. 4º de la Ley 909 de 2004. En este punto se precisa que, en caso de que se hubiese propuesto dicho sistema específico de carrera para el personal dedicado a la investigación dentro del INC, el mismo no podría aplicarse para toda la planta del INC, sino sólo para aquellos que, justamente, desarrollen funciones investigativas.

123. Séptimo. Sobre la tercerización. En la intervención del INC se señaló que 45% del personal está tercerizado, "[e]n tanto que se contratan trabajadores en misión y por necesidades específicas" , lo cual expone a la entidad a litigios futuros. Para la Sala, este argumento no justifica exceptuar la carrera administrativa, por dos razones: la primera, porque si el problema que enfrenta la entidad es la falta de cargos de planta, lo que la lleva a tercerizar al 45% de su personal, el objetivo debería ser ampliar dicha planta, no cambiar el régimen de carrera. Y, segundo, porque como se señaló en la misma intervención, sí existen funciones y oficios intermitentes y de alta especialidad multidisciplinaria, lo cual se complica por la rigidez del empleo público, dicha "rigidez" podría solucionarse a través del uso de los contratos de prestación de servicios y, a partir de esa alternativa legal disponible, contar con el personal sanitario que es muy experto en el área de su especialidad; siempre teniendo en cuenta que bajo dicha modalidad contractual, las personas no están sujetas a subordinación, sino a la prestación específica de un servicio altamente especializado.

124. Octavo. Sobre la comparación con otros países. En la exposición de motivos se señaló:

"Los institutos de mejores resultados como en EEUU, se basan en generar incentivos para los servidores basados en la producción científica y la productividad, e incluso con sistemas especiales de contratación externa o un régimen equivalente" .

125. Más allá de esta afirmación, no se ofrecieron más detalles que ilustraran cuáles son esos

sistemas de incentivos e identificara sus diferencias y/o similitudes con el sistema general de carrera. Tampoco se describieron en qué consisten y cuáles son las características de los sistemas especiales de contratación externa .

126. Noveno. Sobre la naturaleza sui generis del INC. En la exposición de motivos y en algunas intervenciones durante el trámite legislativo de la ley parcialmente demandada que ahora se estudia, se insistió en la naturaleza sui generis del INC. En efecto, en la exposición de motivos se señaló:

"El INC es un ente único, del orden nacional, cuyo régimen jurídico no se armoniza con esa cualidad. Ello en virtud a que la figura de empresa social del Estado aplica con exclusividad para prestar servicios de salud, que no es el caso del INC. La problemática y complejidad de los temas del cáncer, y la ubicación casi que exclusiva del INC en adscripción directa al Ministerio de Salud y Protección Social, conjuntamente con la experiencia comparada internacional y su diversidad de funciones, la hace una entidad única y sui generis. El INC tiene una cadena de valor propia de su naturaleza polifacética, bien fundamentada históricamente y en sus particulares encargos de intervención pública, que reafirman su condición de organismo único en el marco de la Administración Pública" .

127. Sin embargo, al respecto surgen varias dudas, a partir de las cuales no se satisface el estándar de razón suficiente. En Colombia existen los denominados institutos públicos de investigación, que hacen parte del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (SNCTI). De todo ellos, dos son Empresas Sociales del Estado: el INC y el Centro Dermatológico Federico Lleras. En efecto, según la Comisión Internacional de Sabios:

"[l]as ESE nacionales que siendo entidades descentralizadas prestadoras de servicios de salud del orden nacional han sido reconocidas como centros de Investigación, como el Instituto Nacional de cancerología y el Centro Dermatológico Federico Lleras Acosta, y por ende forman parte del SNCTI".

128. De modo que ambos institutos son especializados en sus áreas, son ESE de carácter nacional y entidades descentralizadas y, adicionalmente, las dos cumplen roles de investigación, docencia y asesoría en política pública en cada una de sus especialidades. El INC cuenta con un presupuesto, para la vigencia 2024, de quinientos sesenta y cuatro mil seis millones de pesos m/cte ($564.006.865.358) . El Centro Dermatológico, con un presupuesto para la misma vigencia, de veintiséis mil cincuenta y tres millones de pesos m/cte ($26.053.348.563) .

129. En ninguna sección de la exposición de motivos se alude al centro dermatológico, pese

a que el Legislador invocó lo dicho por la Comisión Internacional de Sabios para justificar la creación del régimen de carrera especial, solamente, en el INC.

130. Entonces, ¿por qué se considera que el INC es la única ESE que se ocupa, exclusivamente, de la prestación de servicios de salud, si existe en Colombia el Centro Dermatológico Federico Lleras?; ¿por qué se considera que el INC es el único con particulares encargos de intervención pública si existe, al menos, otra ESE que comparte con el INC el desarrollo de actividades investigativas con incidencia en la formulación, diseño y evaluación de políticas públicas? Este es, el Centro Dermatológico Federico Lleras, pues como lo expuso la Misión Internacional de Sabios, también cumple funciones de asesor del Ministerio de Salud en cuanto a políticas públicas asociadas a temas de su especialidad.

131. Finalmente, sobre este punto surge otro interrogante: el INC no es el único instituto científico con "naturaleza polifacética", pues del conjunto de 21 institutos que hacen parte del SNCTI, varios desarrollan funciones paralelas de investigación, docencia y coordinación, así como asesoramiento en políticas públicas: El Instituto Nacional de Salud (INS), por ejemplo, aunque no es una ESE que preste servicios de salud, sino un Instituto Científico y Técnico adscrito al Ministerio de Salud, desarrolla funciones de distinta naturaleza, es decir, es una entidad de naturaleza polifacética: realiza investigaciones epidemiológicas y biomédicas; crea y articula una red de centros de investigación en materia de salud pública; ejerce funciones de observatorio nacional de salud; participa y presta asesoría en la formulación de normas científico-técnicas y procedimientos técnicos en salud; en coordinación con el Ministerio de Salud, participa en el diseño y ejecución de programas y actividades para prevenir, reducir o atender los efectos sobre la salud causados por los desastres naturales, coordina sistemas de información en salud pública, entre muchas otras . Además, también desarrolla actividades de formación de personal sanitario . En consecuencia, el argumento de la naturaleza única o sui generis del INC en la administración pública no constituye una razón suficiente para la creación legal de un régimen de carrera específico.

4.2. Valoración objetiva del papel que juegan los distintos cargos y evaluación de las funciones de cada uno de los cargos

132. De conformidad con la jurisprudencia constitucional, "para que la función del legislador tenga cabal desarrollo con estricto apego a la normativa fundamental, es necesario que, al expedirse la ley, se considere de manera objetiva cuál es el papel que juegan los distintos cargos dentro de la estructura del Estado y que se evalúe el tipo de funciones a ellos

asignadas, con el fin de deducir cuáles resultan incompatibles con el sistema de carrera y cuáles, por el contrario, interpretando el telos de los preceptos constitucionales, encajan dentro de él” . (Negrilla fuera del texto)

133. Sobre este punto, la Sala destaca que la problemática planteada sobre la baja competitividad de salarios se refirió respecto del personal especializado e hiper especializado, pero no se hizo una valoración específica de las funciones de todos los cargos, como se exige en el estándar constitucional. Esto era necesario porque la planta global del INC, para mayo del año 2020, estaba conformada por 709 de cargos ; pero, de ese total no es claro cuáles realizan funciones especializadas y de alta especialidad.

134. Una mirada general de dicha planta global, y sin contar con el análisis de las funciones que exige la jurisprudencia para los cargos, puede observarse que, de 709 cargos, 377 corresponden a: auxiliar administrativo, técnico operativo, auxiliar de servicios generales, ayudante general, enfermero auxiliar y técnico operativo, quienes, en principio, no desarrollan funciones especializadas. De estos 377 cargos, 236 corresponden al de enfermero auxiliar. Entonces, estas cifras muestran que 377 cargos, es decir, el 53% de la planta global no desarrollaría actividades especializadas. Además, de este 53%, casi el 63% son enfermeros auxiliares, quienes, definitivamente, no desarrollan actividades especializadas. Entonces, sin que se haya suministrado información sobre las funciones de los cargos, surge la pregunta: ¿por qué es necesario exceptuar toda la planta del régimen general de carrera si, aproximadamente, el 53% no desarrolla funciones especializadas?

135. De modo que, para exceptuar el régimen de carrera de toda la planta de personal de INC, se debieron analizar las funciones de la totalidad de los cargos que la conforman, para luego demostrar cuáles de ellos eran compatibles con el sistema de carrera y cuáles no.

136. Adicionalmente, como lo expuso la demandante, no se justificó por qué dicho régimen especial es aplicable a las personas que se ocupan de atención al usuario y PQRS, gestión jurídica, de talento humano y financiera, si ellos no cumplen funciones especializadas o de investigación. Esta aplicación abstracta y generalizada del régimen es resultado, justamente, de la falta de una valoración objetiva del papel que juegan los distintos cargos de la planta de personal y la ausencia de la evaluación de las funciones de todos los cargos.

137. En efecto, como lo señaló el Ministerio de Salud en su intervención: “los límites de la potestad de configuración legislativa están soportados en las razones suficientes para la exclusión del régimen de carrera y en la justificación objetiva respecto de los distintos cargos en la estructura del Estado y las funciones asignadas, de los cuáles habrá de determinar,

cuáles resultan incompatibles con el sistema de carrera” (negrilla fuera del texto). De modo que este análisis debe ser singular por cargos y no general para toda la planta de personal.

138. Sobre los cargos de libre nombramiento y remoción. Con relación a estos cargos, la misma Constitución Política, en su Art. 125, los considera una excepción a la carrera administrativa. Por tanto, al estar revestidos de esa naturaleza excepcional, deben ajustarse a los estándares constitucionales a los que se han venido aludiendo. En este caso, la Sala advierte que los mismos no están satisfechos porque no se especificaron qué cargos de la planta estarían dentro de esa categoría y, en consecuencia, respecto de los mismos no se presentó una razón suficiente y un análisis de su rol y funciones dentro de la entidad.

139. En efecto, en el primer inciso del Art. 14 sólo se señala que “los servidores públicos con funciones de dirección, conducción, orientación y asesoría institucional cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices o los de confianza que estén al servicio del director general del Instituto Nacional de Cancerología se clasifican como empleados públicos de libre nombramiento y remoción”. En consecuencia, no se individualizan ni se identifican cuáles son esos cargos.

140. En este sentido, esta Corporación ya se ha pronunciado para señalar la inexequibilidad de normas que sólo hacen una vaga referencia a cargos a los que se les atribuye la naturaleza de libre nombramiento y remoción . En dicha oportunidad se expuso:

“En este punto la Corte debe manifestar que el literal demandado se enmarca en un contexto en el que se determinan las excepciones a una regla general pues de lo que se trata es de excluir cargos de la carrera diplomática y consular mediante la determinación de los cargos de libre nombramiento y remoción. Si ello es así, no debe perderse de vista que por tratarse de excepciones a una regla general, los cargos deben ser creados de manera específica pues sólo de esa manera es posible establecer una conexión entre la naturaleza de las funciones a ejercer y su índole de cargo de libre nombramiento y remoción y, en consecuencia, inferir que se trata de un cargo que bien puede ser excluido del régimen de carrera.

De esta manera, como en el literal k del artículo 6 no se especifican los cargos que se someten al régimen de libre nombramiento y remoción, sino que se hace una vaga referencia a empleos que serán creados posteriormente, es claro que se está configurando una excepción imprecisa y abstracta que no se aviene con la especificidad de toda excepción. De ese modo, nada se opone a que esa laxitud se aproveche luego para que cargos que hoy hacen parte de la carrera diplomática y consular a futuro puedan terminar como de libre nombramiento y remoción.

La acusada generalidad del literal demandado desconoce los criterios de fundamentación legal al convertir lo excepcional en regla, falta al principio de razón suficiente con el propósito de revestir infundadamente al ejecutivo de facultades nominadoras indiscriminadas y es ajena a las condiciones de confianza plena y total o de decisión política que se precisan para asignarle a un empleo la naturaleza de libre nombramiento y remoción. Y, en relación con esta última situación, el que la norma haga uso de los términos referenciales de dirección, conducción institucional, manejo o confianza, no significa que con ello ya se respete la regla general de la carrera diplomática y consular pues en lugar de definir de manera clara, inequívoca y precisa los cargos de libre nombramiento y remoción se hace una referencia abstracta que contradice la necesidad de precisar, por su particular naturaleza, los cargos que se sustraen del régimen general de carrera.

Pero, además, esa generalidad de los términos empleados en el literal k del artículo 6 del Decreto demandado reviste al ejecutivo de facultades permanentes para que bajo el amparo del uso nominativo del ámbito de dirección, confianza y manejo cree indiscriminadamente cargos, sin cumplir la regla general de carrera administrativa impuesta por la Constitución y en contra de la amplia jurisprudencia que sobre el punto ha producido esta corporación . (Negrilla fuera del texto)

141. Lo anterior no significa que en el INC no puedan existir cargos de libre nombramiento y remoción, sino que en esta oportunidad no se estructuraron las condiciones constitucionales que habilitan su existencia.

4.3. Justificación de la falta de idoneidad de un sistema específico de carrera para el INC

142. Como se expuso previamente, el Legislador puede crear un sistema específico de carrera para responder a las particulares necesidades de una entidad pública. En efecto, “la complejidad del aparato del Estado en el mundo contemporáneo, caracterizado por la globalización y la internacionalización de la economía, por la necesidad de alianzas estratégicas entre países de una misma región para alcanzar y mantener niveles de competitividad aceptables, que eviten su aislamiento y exclusión, y por una dinámica en el ámbito de lo científico y tecnológico que exige un recurso humano de especiales características, han generado la necesidad, cada vez más sentida, de un aparato burocrático conformado por personas de las más altas calidades y competencias profesionales, que acceda al servicio de la administración pública por sus méritos y competencias y al que se le garantice la estabilidad que requieren los diversos procesos que el Estado adelanta, con miras a desarrollar sus proyectos y programas y a alcanzar sus fines y objetivos”.

143. Sin embrago, “no se trata entonces de exceptuar a esas entidades del régimen de carrera, sino de diseñar un sistema especial para cada una de ellas, dada su singularidad y especificidad; los regímenes especiales o sistemas específicos como los denominó el legislador en la norma impugnada, son carreras administrativas reguladas por normas propias, que atienden, de una parte la singularidad y especificidad de las funciones que a cada una de ellas corresponde y de otra los principios generales que orientan la carrera administrativa general que rige la materia” .

144. De hecho, las consideraciones que acaban de citarse en los dos párrafos precedentes, fueron invocadas para justificar el régimen laboral especial propuesto en la Ley 2291 de 2023, pero no se expuso alguna razón sobre por qué un régimen específico no sería suficiente para el INC. La adopción de un régimen específico, que ya es excepcional, es la opción que tiene el Congreso para distanciarse un poco del régimen de carrera común u ordinario cuando considere que una entidad lo requiere, sin abandonar los principios generales de la carrera administrativa.

145. Entonces, además de que en este caso no se propuso un sistema específico para el personal dedicado a la investigación, de acuerdo a cómo lo previó el Legislador de 2004 con el Art. 4º de la Ley 909, tampoco se propuso un sistema específico de carrera para los demás trabajadores del INC, que era una alternativa, ya excepcional y sujeta al cumplimiento de límites constitucionales, pero menos distante del principio general de carrera administrativa.

5. El régimen laboral especial propuesto para el INC es regresivo porque es menos garantista que el régimen de carrera administrativa

5.1. Pérdida de garantías de estabilidad en el empleo: derecho de opción, derecho a la indemnización por no incorporación a otro empleo de carrera y certeza de las causales de retiro

146. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, “los fines propios de la carrera resultan estropeados cuando el ordenamiento jurídico que la estructura pierde de vista el mérito como criterio de selección y sostén del empleo, o cuando ignora la estabilidad de éste como presupuesto indispensable para que el sistema opere”. De este modo, el logro de los fines del Estado está estrechamente ligado con la garantía de estabilidad a favor de las personas que ocupan empleos públicos.

147. Derecho de opción. Una garantía que deriva de la estabilidad en empleo de carrera es que, en caso de supresión del cargo, el empleado tiene el derecho de opción. Sobre este derecho, el Consejo de Estado ha señalado que en eventos de supresión del cargo:

“Tratándose del derecho de opción previsto en el Art. 39 de la Ley 443 de 1998 debe decirse que, en los casos de reestructuración de las plantas de personal de las entidades públicas donde se suprimen un número de cargos, los empleados que se vean afectados con dicha medida y se encuentren inscritos en el escalafón de la carrera administrativa, tienen derecho a que la administración les confiera la opción de escoger entre la incorporación a la nueva planta de personal u optar por una indemnización en los términos y condiciones previstas por el gobierno nacional” .

148. Por su parte, el literal h del Art. 14 de la Ley 2291 de 2023 dispone: “en caso de supresión del cargo se indemnizarán aplicando lo dispuesto por la Ley 909 de 2004 o las normas que la modifiquen o sustituyan”. En consecuencia, si en el futuro se presentan escenarios de supresión de cargos en el INC, por restructuración o cualquier otra causa, los empleados vinculados con contrato de trabajo, que antes fueron titulares del cargo en virtud de la carrera administrativa, no podrán elegir entre la posibilidad de ser incorporados a otro cargo, sino que quedan obligados a acogerse a la indemnización, por lo que pierden su derecho de opción y la consecuente posibilidad de continuar desempeñándose en un empleo público.

149. Derecho a indemnización por no incorporación a otro empleo de carrera. De acuerdo con el Consejo de Estado,

“[l]os empleados inscritos en carrera administrativa gozan de tratamiento preferencial, pues su condición les da la opción de ser reincorporados en forma prioritaria por la entidad a la que prestan sus servicios, pero ello no constituye un imperativo absoluto; es así como en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, prevé que en caso de no ser posible la incorporación dentro de los seis (6) meses siguientes a la supresión, el empleado tendrá derecho a una indemnización” .

150. En consecuencia, es claro que cuando la incorporación a otro cargo de carrera no es fácticamente posible, el empleado inscrito en carrera tiene derecho a que le sea reconocida una indemnización. En contraste, el inciso tercero del Art. 18 transitorio de la Ley 2291 de 2023, regula:

“Los empleados públicos con derechos de carrera administrativa o provisionalidad que se encuentren vinculados al Instituto Nacional de Cancerología -ESE al momento de implementarse la estructura y la planta de personal, quedarán automáticamente incorporados como trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología con contrato de trabajo a término indefinido y sin solución de continuidad, sin que en ningún momento se

desmejoren sus condiciones laborales. Para el efecto se celebrarán los respectivos contratos de trabajo para dar cumplimiento a la presente ley o los [que] en el futuro acuerden; caso en el cual no habrá lugar a indemnización alguna para quienes ostenten derechos de carrera". (Negrilla fuera del texto)

151. En consecuencia, a pesar de que un empleado de carrera del INC – ESE es titular del derecho a indemnización cuando no fuese posible la incorporación a otro cargo de carrera, con la Ley 2291 de 2023 dicho empleado no será incorporado a otro cargo de carrera, sino que su nueva vinculación con el INC será a través de un contrato de trabajo; sin embargo, la Ley expresamente derogó este derecho al señalar que "no habrá lugar a indemnización alguna para quienes ostenten derechos de carrera".

152. Causales de retiro. Un empleado de carrera tiene la certeza de su permanencia en el empleo mientras no se configure alguna de las causales previstas en el Art. 41 de la Ley 909 de 2004:

152.1. Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;

152.2. Por renuncia regularmente aceptada;

152.3. Por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;

152.4. Por invalidez absoluta;

152.5. Por edad de retiro forzoso;

152.6. Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;

152.7. Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del cargo;

152.8. Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo;

152.9. Por orden o decisión judicial;

152.10. Por supresión del empleo

152.11. Por muerte; y,

152.12. Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

153. En contraste, bajo la Ley 2291 de 2023, el empleado pierde esa certeza. En efecto, en dicha ley se establecen causales de retiro distintas a las que acaban de enlistarse, esto es: (i) terminación de la obra o labor, (ii) terminación del término pactado y (iii) por razones disciplinarias.

154. No hay certeza sobre cómo operaría la causal de retiro por terminación de la obra o

labor. El Art. 18 transitorio establece que “los empleados con derechos de carrera administrativa o provisionalidad que se encuentren vinculados al INC – ESE al momento de implementarse la estructura y la planta de personal, quedarán automáticamente incorporados como Trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología”. Sin embargo, al leer esta norma en el marco de los planteamientos del INC en cuanto a que “la rigidez de la planta de personal complica la situación de funciones y oficios intermitentes y de alta especialidad multidisciplinaria que no se mantienen todo el tiempo” (negrilla), se generan dudas sobre si la causal de retiro por la terminación de la obra o labor pudiese ser invocada para terminar los contratos a término indefinido cuando se trate de oficios intermitentes.

155. Al respecto, es necesario precisar que para la Sala es clara la diferencia sustancial entre el contrato por duración de obra y labor, por un lado, y el contrato a término indefinido por otro; pues en el primero, aunque las partes “no saben con certeza el día exacto de su finiquito, este se determina por la obra de la que se emana y de la labor para la que allí fue contratado, sin que por tanto puedan existir prórrogas o renovaciones” , mientras que, en el segundo, el plazo del contrato no está sujeto a la obra o labor.

156. Sin embargo, resulta dudoso si, al tener el INC “oficios intermitentes”, se expone a quien estaba inscrito en carrera a que su contrato de trabajo se termine por configurarse la causal de retiro de terminación de la obra o labor. Un ejemplo que ilustra un escenario futuro de esta naturaleza, es el caso estudiado por la Corte Suprema de Justicia en la que el trabajador fue despedido por cumplimiento de contrato a término fijo, que era tal como estaba denominado y catalogado en el contrato suscrito por el trabajador y el empleador, pero, materialmente, dicha Corte determinó que era un contrato de obra porque las funciones estaban sujetas a la duración de un contrato de concesión . Entonces, para el caso del INC, queda a la interpretación si pese a que la denominación del contrato sea uno a término indefinido, por las funciones pueda concluirse que estaba sujeto a una obra o labor.

157. En consecuencia, para la Corte no hay certeza de cómo operaría la causal de retiro por terminación de la obra o labor respecto de quienes estuvieron inscritos en carrera y, tras la nueva ley, quedaron vinculados con contrato de trabajo a término indefinido. Sería una situación distinta si en la ley hubiese una disposición que excluyera la causal de retiro por la terminación de la obra o labor respecto de quienes estuvieron inscritos en carrera, pero dicha norma no fue contemplada. En efecto, el numeral 14 del Art. 9º de la Ley 2291 de 2023 establece que la función de remover al personal, con base en las normas vigentes, le corresponde al director general del INC; pero, más allá de esta disposición, no se regula

ningún otro aspecto que permita clarificar cómo operaría dicha causal de retiro respecto de los antiguos empleados de carrera.

158. Indeterminación de las causales de retiro con ocasión de procesos disciplinarios. Mientras que la Ley 909 de 2004 asocia el retiro con la sanción de destitución impuesta en proceso disciplinario, la Ley 2291 de 2023 establece como causa de retiro "razones disciplinarias"; es decir, expande significativamente las posibilidades de que un empleado sea retirado con ocasión de "razones disciplinarias" que no son especificadas en la ley. Esta pérdida de certeza respecto de la estabilidad laboral constituye, como lo señaló una de las intervinientes, una precarización de las condiciones de trabajo.

159. Adicionalmente, la ambigüedad de la expresión "razones disciplinarias" puede resultar contradictoria con los principios que orientan dichos trámites. Por ejemplo, no es claro cómo se materializaría el principio de presunción de inocencia al retirar a un empleado por "razones disciplinarias". Sobre los trámites disciplinarios es importante recordar que la jurisprudencia constitucional ha establecido que la presunción de inocencia es una garantía fundamental exigible en los procesos administrativos que puedan conducir a sanciones administrativas. Por tanto, es la entidad la que tiene la carga de probar los elementos de la responsabilidad respecto y, por lo tanto, ante el incumplimiento de dicha carga, por ausencia, contradicción objetiva o insuficiencia de pruebas, la consecuencia natural de presumir la inocencia, consiste en que las dudas razonables deben resolverse a favor del investigado.

160. El derecho fundamental a la estabilidad laboral Reforzada. El inciso 4º del Art. 18 de la Ley 2291 de 2023 establece que "los empleados de carrera administrativa incorporados bajo el nuevo régimen laboral como Trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología gozarán de estabilidad laboral reforzada mientras permanezcan en el cargo". Sin embargo, esta garantía deriva directamente de la Constitución y cobija a todos los trabajadores del sector público y privado que se encuentran en alguna de las situaciones que activa dicha protección reforzada ; por tanto, no constituye una protección especial dispuesta por la norma acusada y, adicionalmente, no reemplaza las garantías a las que tienen derecho por ser empleados de carrera y de las cuales quedan despojados en virtud del régimen laboral especial previsto en dicha ley.

5.2. Pérdida de derechos para ascender por evaluación de desempeño sobresaliente

161. En la Ley 909 de 2004 se regula que los empleados de carrera con evaluación de desempeño sobresaliente tienen derecho a ser nombrados en encargo de empleos respecto de los cuales está pendiente el proceso de selección de carrera administrativa (Art. 24, inciso

2º). Del mismo modo, tienen derecho a que “se les otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogado por un término igual, para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o por el término correspondiente cuando se trate de empleos de período, para los cuales hubieren sido nombrados o elegidos en la misma entidad a la cual se encuentran vinculados o en otra” (Art. 26, inciso 1º).

162. De acuerdo con la misma ley, la CNSC es la autoridad encargada de “establecer los instrumentos necesarios para la aplicación de las normas sobre evaluación de desempeño de los empleados de carrera administrativa” (Artículo 11, literal d). La implementación del sistema de evaluación del desempeño al interior de la entidad, según las normas y procedimientos establecidos por la CNSC, corresponde a las unidades de personal de cada entidad (Art. 15, literal g).

163. En contraste, la Ley 2291de 2023, al incorporar a los empleados de carrera a través de contratos de trabajo, elimina la posibilidad que tenían de ser evaluados conforme a las reglas de la Ley 909 y de la CNSC, lo que a su vez impide que puedan ser nombrados en otros cargos como recompensa a su desempeño sobresaliente.

5.3. Los límites a la jornada laboral y el derecho al descanso

164. En el capítulo sobre la falta de estructuración de una razón suficiente para exceptuar el sistema de carrera, se expuso que existen alternativas legales para flexibilizar la jornada laboral del personal médico. Estas alternativas están íntimamente relacionadas con límites a la jornada laboral, por lo que con ello se asegura que el empleado labore el máximo horas permitido para no afectar su derecho al descanso.

165. El derecho al descanso es “uno de los derechos fundamentales del trabajador” . “El derecho de todo trabajador de cesar en su actividad por un periodo de tiempo, tiene como fines, entre otros, permitirle recuperar las energías gastadas en la actividad que desempeña, proteger su salud física y mental, el desarrollo de la labor con mayor eficiencia, y la posibilidad de atender otras tareas que permitan su desarrollo integral como persona”.

166. Con la aplicación de estos límites, el trabajador no queda expuesto a discursos de productividad que deterioren su condición física y mental, así como su desarrollo integral como persona.

6. Consideraciones sobre las sentencias citadas como precedente en la intervención del INC

167. Ahora es necesario señalar que en la intervención del INC se indicaron tres sentencias en las que la Corte Constitucional habría concluido la exequibilidad de la creación de nuevos

tipos de cargos públicos o la modificación de la naturaleza del cargo. Sin embargo, luego de analizar cada uno de esos casos, la Corte concluyó que ninguno de ellos constituye un precedente aplicable al caso que actualmente se estudia. Finalmente, se presentarán consideraciones sobre la situación jurídica del Instituto de Investigaciones Marinas y Costeras "José Benito Vives de Andreis" (INVEMAR). A continuación, se presentan las consideraciones respecto de cada una de las tres sentencias referidas:

Primera Sentencia: C-288 de 2014

168. En esa ocasión se demandó el Art. 21 (parcial) de 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". Este artículo trata sobre los empleos de carácter temporal, los cuales pueden ser creados por las entidades públicas, y a los cuales se les aplica dicha ley. El aparte demandado fue el que se resalta a continuación:

"El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de las listas. De no ser posible la utilización de las listas, se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos".

169. El demandante alegaba que se creaba un procedimiento especial de evaluación de los candidatos, distinto al concurso de méritos para empleos de carrera administrativa. Al respecto, la Corte concluyó que el empleo temporal es diferente al empleo de carrera y constituye una categoría distinta de empleo público, pues el Art. 1º de la Ley 909 de 2004 los diferencia, al enlistar los empleos que hacen parte de la función pública.

170. El texto del artículo 1º es el siguiente:

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

a) Empleos públicos de carrera;

b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;

c) Empleos de período fijo;

d) Empleos temporales" (Negrilla fuera del texto)

171. En el mismo sentido, la Corte señaló que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho que:

"El empleo temporal constituye una nueva modalidad de vinculación de la función pública, diferente a las tradicionales de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa; tiene carácter transitorio y excepcional y, por ende, su creación sólo está permitida en los

casos expresamente señalados por el Legislador (…) la esencia del empleo temporal está en su transitoriedad, de lo cual se derivan otras diversas consecuencias, tales como: (i) no crea una vinculación definitiva con el Estado; no genera derechos de carrera administrativa; y (iii) está circunscrito exclusivamente a las labores para las que fue creado".

172. De acuerdo con lo que acaba de exponerse, la Corte estableció que es constitucional la creación, excepcional, de cargos transitorios o temporales. Para la Corte, la sentencia que acaba de reseñarse, Sentencia C-288 de 2014, no es un precedente que hubiese fijado alguna regla sobre la facultad del Legislador para: (i) crear una categoría de empleo para una entidad en particular y (ii) crear un régimen laboral privado para gestionar cargos públicos de carrera administrativa, de acuerdo con las siguientes razones:

172.1. Primera. Los cargos temporales son una categoría especial de empleo público que está prevista como una alternativa de vinculación cuando las entidades públicas requieren el desarrollo de una labor específica; es decir, que no tiene vocación de permanencia, sino que son exclusivamente para cumplir funciones que no realiza el personal de planta "por no formar parte de las actividades permanentes de la administración" . En contraste, los empleos públicos del INC no son temporales o transitorios, sino que se trata de una planta global de cargos permanentes. Por tanto, no es posible señalar que, así como el legislador creó el empleo temporal como una categoría especial de empleo público, es admisible la creación de la categoría especial de empleo denominado: "Trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología".

172.2. Segunda. Los empleos temporales corresponden a una de las categorías o clases de empleo previstas en el Art. 1º de la Ley 909 de 2004, pero dichas categorías están concebidas para todas las entidades públicas y no para una en particular. De manera que la esencia de esta categorización es clasificar el empleo público en general, pues dichas categorías obedecen a un tipo de empleo en abstracto, con independencia de la entidad pública. Si se admitiese lo contrario, podría haber tantas categorías de empleos públicos, o excepciones al empleo público, como entidades públicas.

172.3. Tercera. En una sección de la Ley 909 el Legislador sí organizó el empleo público con base en el criterio institucional, es decir, atendiendo a entidades públicas en particular. En el Art. 4º de dicha ley, el Congreso reguló que instituciones claramente definidas como el INPEC, la DIAN, entre otras, por la singularidad y especificidad de sus funciones, tendrían un sistema específico de carrera.

172.4. Cuarta. De la constitucionalidad de los empleos temporales no puede derivarse que la

Corte ha admitido la creación de categorías de empleos distintas a las señaladas en el Art. 1º de la Ley 909 de 2004. Mucho menos cuando esa nueva categoría reemplaza una de las que sí está en dicho listado del Art. 1º, esto es, los empleos públicos de carrera.

172.5. Quinta. En esa sentencia la Corte no estudió normas especiales del régimen laboral; es decir, no analizó si a esos empleados temporales se les aplicarían normas derecho privado, en lugar de las que rigen el empleo público de carrera administrativa.

Segunda Sentencia: C-722 de 2007

173. En esta oportunidad, la Corte estudió una demanda contra la Ley 1118 de 2006, "Por la cual se modifica la naturaleza jurídica de Ecopetrol". Con dicha norma, Ecopetrol se transformó en una sociedad de economía mixta y se reguló en el Régimen Laboral que "una vez ocurra el cambio de naturaleza jurídica de Ecopetrol S.A., la totalidad de los servidores públicos de Ecopetrol S.A. tendrán el carácter de trabajadores particulares".

174. La Corte concluyó que era admisible constitucionalmente que el régimen laboral de los trabajadores fuese el de los trabajadores particulares, teniendo en cuenta que la naturaleza de Ecopetrol era la de una sociedad de economía mixta, la cual tiene una finalidad industrial o comercial y en la que confluyen recursos particulares. Además, allí se consideró que los trabajadores no perderían su condición de servidores públicos por pasar a convertirse en trabajadores particulares.

175. Para la Corte, esta sentencia tampoco constituye un precedente aplicable al caso actual porque el INC no es una sociedad de economía mixta en la que confluyan recursos privados, como tampoco es una entidad con una finalidad industrial o comercial. En efecto, el instituto se ocupa de cuatro frentes funcionales:

Tabla No. 7. Frentes funciones a cargo del INC

Prestación de servicios especializados en el sector salud

Investigación

Asesoría en la política pública de cáncer

Docencia

Vigilancia y coordinación

176. Ninguno de estos cinco frentes funcionales corresponde a la naturaleza que distingue una actividad industrial o comercial dentro de todo el conjunto de actividades que se desarrolla el Estado. En efecto, de acuerdo con la Ley 489 de 1998, el objeto social de la sociedad de economía mixta es desarrollar "actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de derecho privado". Esto es así porque dichas sociedades:

“[e]stán caracterizadas por el ánimo de lucro que persiguen los comercialmente asociados, mediante el desarrollo de actividades industriales o comerciales que acercan al Estado o a sus entidades al ámbito propio de los particulares, hasta el punto de tornar recomendable la sujeción a un régimen de derecho privado, juzgado más acorde con “el tipo de actividades industriales y comerciales”, con la “situación de concurrencia con los particulares y con razones funcionales y técnicas atinentes al cumplimiento de su objeto social” (Negrilla fuera del texto)

177. Por tanto, no es posible aplicar la lógica comercial y de ánimo de lucro que justifica el régimen privado aplicado a las sociedades de economía mixta, a la lógica que gobierna a una institución que desarrolla múltiples funciones para luchar contra una enfermedad como el cáncer.

Tercera Sentencia: C-314 de 2004

178. En esta sentencia, a propósito de la que acaba de exponerse, se señaló: “la similitud parcial que pudiera presentarse entre las empresas industriales y comerciales del Estado y las empresas sociales del Estado no constituye criterio de peso para justificar una semejanza total, ni siquiera en el aspecto del régimen jurídico laboral de sus servidores públicos”.

179. A esta conclusión llegó la Corte después de analizar un cargo en el que el demandante alegaba que habría un trato desigual porque los servidores de las empresas sociales del Estado no eran considerados trabajadores oficiales, como si ocurre con las empresas industriales y comerciales del Estado .

180. El primer argumento de esta conclusión fue: de acuerdo con el Art. 68 de la Ley 489 de 1998,

“[a]l indicar los componentes comunes de las entidades descentralizadas del orden nacional, el Legislador de 1998 prescribió que todas ellas gozarían de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Lo anterior demuestra, como primera medida, que no sólo las empresas industriales y comerciales y las empresas sociales poseen tales características (…) por lo cual no es posible afirmar como lo hace el demandante, que dichas características constituyan criterios determinantes para establecer el tipo de relación jurídico laboral que los servidores públicos tengan con cada una de ellas”.

181. Luego de plantear este argumento, la sentencia continúa con la siguiente afirmación: “ninguna previsión constitucional obliga al legislador a homogeneizar el régimen laboral de la administración pública, mediante la sumisión de sus servidores a un mismo tipo de vinculación”. De modo que esta consideración se hizo en el contexto de distinción de las ESE

con las empresas industriales y comerciales del Estado; de ahí que la cita referida después de dicha afirmación fuese la siguiente:

“[E]s el legislador quien está constitucionalmente investido de la facultad de fijar el régimen que corresponda a quienes prestan sus servicios en las entidades y órganos del Estado -tales como las empresas industriales y comerciales- sin que ello implique la existencia y configuración de discriminaciones o tratamientos distintos entre sus servidores, ni entre estos y los de otras empresas industriales y comerciales. (Sentencia C-579 de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara)”.

182. De modo que el argumento sobre que nada obliga al legislador a homogenizar el régimen laboral de la administración pública corresponde a un contexto en el que se está señalando que el legislador puede establecer que los trabajadores de las ESE sean empleados públicos y no trabajadores oficiales, pues estos últimos son propios de las empresas industriales y comerciales del Estado, las cuales no pueden asimilarse con las primeras.

183. En consecuencia, no fue referido ningún precedente que hubiese definido que el Legislador es competente para establecer un régimen laboral privado para cargos públicos que se encontraban dentro de la categoría de carrera administrativa y para entidades que no desarrollan actividades industriales y comerciales.

184. Consideración sobre la situación jurídica del Instituto de Investigaciones Marinas y Costeras “José Benito Vives de Andreis” (INVEMAR). Finalmente, respecto a la situación jurídica de este instituto, el INC señaló que “El artículo 5º del Decreto 393 de 1991 cambió todo su régimen jurídico, incluso el laboral, al derecho privado” . Sin embrago, el Decreto 393 de 1991, “Por el cual se dictan normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías” (negrilla fuera del texto), en su art. 5º regula lo siguiente:

“ARTÍCULO 5°. RÉGIMEN LEGAL APLICABLE. Las sociedades civiles y comerciales y las personas jurídicas sin ánimo de lucro como corporaciones y fundaciones, que se creen u organicen o en las cuales se participe con base en la autorización de que tratan los artículos precedentes, se regirán por las normas pertinentes del Derecho Privado”.

185. Esta norma fue declarada exequible con la Sentencia C-506 de 1994. En dicha providencia se señaló que el Estado puede asociarse con particulares bajo la modalidad de las personas sin ánimo de lucro como corporaciones y fundaciones. En este escenario, el Estado tiene un rol de asociado para fomentar la ciencia y la tecnología. En efecto, este es el

escenario del INVEMAR, que se enmarca dentro de las asociaciones del Estado con particulares, de ahí que haya sido constituido como una corporación civil sin ánimo de lucro .

186. En efecto, “las personas jurídicas que se conformen por la asociación entre entidades estatales y particulares, cuyo objeto sea el cumplimiento de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que les asigna la ley son una expresión de la descentralización y hacen parte de las `demás entidades de naturaleza especial creadas o autorizadas por la ley´, contempladas en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998” . (negrilla fuera del texto).

187. De acuerdo con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, hacen parte del sector descentralizado por servicios:

“a) Los establecimientos públicos;

b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;

c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;

d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;

e) Los institutos científicos y tecnológicos;

f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;

g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público” (Negrilla fuera del texto”

188. Por tanto, el INVEMAR , junto con el Instituto Humboldt y el Instituto Amazónico de Investigaciones Científicas Sinchi , tienen fuentes de financiación distintas a recursos públicos y por ello son instituciones que orgánicamente se encuentran dentro de las entidades vinculadas, pero no adscritas al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible .

189. En contraste, el INC no es el resultado de una asociación del Estado con particulares, sino que desde su inicio ha sido una institución pública especializada en el tratamiento del cáncer, y siempre ha estado adscrita a algún ministerio. De modo que no se le puede equiparar con los institutos que acaban de mencionarse.

190. Conclusión: en consecuencia, con base en todo lo expuesto previamente, la Corte concluye que las disposiciones normativas que regulan el régimen laboral especial para el INC, esto es, los literales k), l) y m) del artículo 7º, la totalidad del artículo 14, y los incisos 1º y 2º (parciales) y 3º y 4º totales del artículo 18 de la Ley 2291 de 2023, vulneran los artículos 1, 2, 125, y 209 de la Constitución Política, relacionados con la carrera administrativa como principio del Estado y como regla general de acceso a los empleos públicos.

7. Sobre los cargos segundo, tercero y cuarto

191. Teniendo en cuenta que la Corte llegó a la conclusión de que el régimen laboral especial para el INC no satisfizo los estándares constitucionales para exceptuar el régimen general de carrera administrativa y, en consecuencia, la totalidad del artículo 14, que regula el régimen laboral y las disposiciones transitorias para aplicar dicho régimen, dispuestas en el artículo 18 (parcial), serán declarados inexequibles, no es necesario pasar al análisis de los cargos que también cuestionaron los mismos artículos, pero con base en consideraciones distintas al principio de carrera administrativa.

192. En efecto, en el segundo cargo también se cuestionó la totalidad del Art. 14 y el Art. 18 parcial. En el tercer cargo, se atacó el inciso primero del Art. 14; y, finalmente, en el tercer cargo se demandó el parágrafo 4º del Art. 14.

8. Sobre el segundo y quinto cargo

193. En el quinto cargo también se cuestionaron apartes del Art. 14, estos son, parágrafo 1 y 2 y, además, el inciso segundo del mismo artículo. De modo que, tal como ocurrió con los cargos segundo, tercero y cuarto, no es necesario pasar al análisis de constitucionalidad de esta norma con base en las consideraciones expuestas en el cargo quinto.

9. Consideraciones sobre las decisiones a adoptar

194. Es necesario examinar cuáles serán los efectos de la decisión de inconstitucionalidad sobre las normas demandadas. De acuerdo con el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, “Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”. En este sentido, este Tribunal ha señalado los escenarios en los que es posible

“[l]a adopción de decisiones con efectos desde entonces, esto es retroactivos, así: (i) (i) eventos en los que, “desde la entrada en vigor de la Constitución de 1991”, es evidente la incompatibilidad de la disposición con la nueva norma superior, y (ii) casos en los que tales efectos son necesarios para, por un parte, la protección de “derechos constitucionales abiertamente desconocidos” y, por la otra, “sancionar una violación flagrante y deliberada de la Constitución.” . ”

195. Ahora bien, para determinar si es posible fijar los efectos retroactivos de una decisión de inexequibilidad es necesario:

“(i) valorar la gravedad y la evidencia razonable previa -o notoriedad- de la transgresión constitucional que lleva a tomar la decisión de retirarla del ordenamiento; “existe una

especie de relación de proporcionalidad inversa entre la gravedad y la notoriedad de la vulneración, y la flexibilidad en la aplicación de la norma declarada inexequible, de modo que entre mayor sea la gravedad y mayor sea la notoriedad de la violación del ordenamiento superior, el juez constitucional es más reticente a permitir la aplicación de la norma, o a validad su aplicación pasada”; y, luego, (ii) reconocer y precaver el impacto de una decisión con efectos retroactivos” .

196. Respecto a la gravedad de la vulneración, la Sala encuentra que la eliminación de la carrera administrativa en una entidad pública es notoriamente contraria a la Constitución, pues desconoce principios fundantes del Estado, como el de la carrera administrativa. Este, además, no es el único principio afectado, sino que la transparencia y la efectividad en el cumplimiento de los fines del Estado también resultan desconocidos, pues estos últimos pretenden ser garantizados a partir de la carrera administrativa. A esto se suma la regresividad en los derechos de los que son titulares las personas que estaban inscritas en carrera administrativa. Por tanto, la norma demandada quiebra un pilar fundamental del Estado y por ello es grave que hubiese sido incorporada en el ordenamiento jurídico.

197. Ahora bien, sobre el impacto de una decisión con efectos retroactivos, la Sala advierte que no recibió información sobre el grado de implementación del régimen laboral especial, pese a que se pidió a la Asociación de Empleados Públicos del Instituto Nacional de Cancerología (Asepinc) y Asociación de Exalumnos del Instituto Nacional de Cancerología que enviaran sus consideraciones sobre este asunto . Entonces, la Sala considera que en caso de que se hubiese llegado a poner en marcha dicho régimen, los efectos retroactivos son los que mejor garantizan los derechos de las personas que estaban inscritos en carrera administrativa. Así es porque dichos efectos permiten que vuelvan a la situación en la que se encontraban antes de la entrada en vigor de la Ley 2291 de 2023 y asegura que no quede ninguna solución de continuidad en su historia laboral con el INC, con ocasión de dicho régimen.

198. Ahora bien, desde el punto de vista del INC, es claro que tendrá que adelantar gestiones administrativas para anular los contratos de trabajo que hubiesen alcanzado a ser suscritos y otras actividades accesorias; pero, si bien estos trámites implican un esfuerzo institucional adicional, no tienen el potencial de afectar el desarrollo efectivo de las funciones del INC, pues el personal continuará prestando sus servicios desde los cargos de carrera.

199. Finalmente, la Sala precisa que, la declaratoria de inexequibilidad hacia futuro significa, por supuesto, que la planta global de cargos del INC deberá volver a quedar idéntica a como

se encontraba, antes de la puesta marcha del régimen laboral especial y, en caso de ser necesario, deberán reincorporarse los funcionarios que, eventualmente, hubiesen sido desvinculados del INC con ocasión de la implementación del régimen laboral especial.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR INEXEQUIBLES:

A) Los literales k), l) y m) del artículo 7º de la Ley 2291 de 2023, “Por medio de la cual se transforma la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Cancerología de Empresa Social del Estado, se define su objeto, funciones, estructura y régimen legal”.

B) La totalidad del artículo 14 de la Ley 2291 de 2023, “Por medio de la cual se transforma la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Cancerología de Empresa Social del Estado, se define su objeto, funciones, estructura y régimen legal”.

C) La expresión “el Gobierno nacional deberá adoptar la estructura interna y la planta de personal para el Instituto Nacional de Cancerología la cual debe responder a las especificidades de la nueva naturaleza jurídica dada en la presente ley”, del inciso primero del artículo 18 de la Ley 2291 de 2023, “Por medio de la cual se transforma la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Cancerología de Empresa Social del Estado, se define su objeto, funciones, estructura y régimen legal”.

D) La expresión “hasta que se implemente la estructura interna y la planta de personal del Instituto aprobada por el Gobierno nacional, con ocasión del cambio de naturaleza y régimen jurídico establecido en la presente ley”, del inciso segundo del artículo 18 de la Ley 2291 de 2023, “Por medio de la cual se transforma la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Cancerología de Empresa Social del Estado, se define su objeto, funciones, estructura y régimen legal”.

E) Los incisos 3 y 4 del artículo 18 de la Ley 2291 de 2023, “Por medio de la cual se transforma la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Cancerología de Empresa Social del Estado, se define su objeto, funciones, estructura y régimen legal”.

SEGUNDO. Esta declaratoria tiene efectos retroactivos, a partir de la expedición de dicha ley, respecto de los funcionarios que estaban inscritos en carrera administrativa.

Comuníquese, cúmplase y publíquese,

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Presidente

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

Ausente con comisión

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Ausente con permiso

VLADIMIR FERNÁNDEZ ANDRADE

Magistrado

Con impedimento aceptado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

MIGUEL POLO ROSERO

Magistrado

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General