Sentencia C-102/22

INTEGRACION NORMATIVA-Eventos en que procede

INTEGRACION DE UNIDAD NORMATIVA-Improcedencia

PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL MERITO-Criterio rector del acceso a la función pública

CARRERA ADMINISTRATIVA-Fundada en el mérito como principio constitucional y como regla general para la provisión de cargos públicos

CONCURSO PUBLICO-Mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito

CARRERA ADMINISTRATIVA-Criterios que justifican su relevancia en el Estado Social y de Derecho

CARRERA ADMINISTRATIVA-Propósitos constitucionales

FUNCION PUBLICA-Eficiencia y eficacia/PRINCIPIOS DE MORALIDAD, EFICACIA E IMPARCIALIDAD DE LA FUNCION PUBLICA

CARRERA ADMINISTRATIVA-Garantía de derechos y principios

CARRERA ADMINISTRATIVA-Categorías o modalidades

En el ordenamiento jurídico, la carrera administrativa se articula en torno a tres categorías, a saber: (i) el sistema general de carrera, (ii) los sistemas especiales de carrera de origen constitucional y (iii) los sistemas especiales de carrera de creación legal.

REGIMENES DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Potestad de configuración del legislador

CARRERA ADMINISTRATIVA DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Sistema especial de origen constitucional

Por su relevancia para el presente asunto, es necesario señalar que la Fiscalía General de la Nación tiene un sistema especial de carrera de origen constitucional, por expresa disposición del artículo 253 de la Carta, el cual establece que “la ley determinará lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, al ingreso por carrera y al retiro del servicio […] de los funcionarios y empleados de su dependencia.”

REGIMEN ESPECIAL DE CARRERA ADMINISTRATIVA DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Marco normativo

CARRERA ADMINISTRATIVA EN FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Plazo para que Fiscalía culmine aplicación del sistema de carrera

IGUALDAD-Carácter de valor, principio y derecho fundamental

ACCESO A LA FUNCION PUBLICA-Igualdad de oportunidades

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Mandatos que comprende

MERITO-Criterio de selección y del derecho a la igualdad

MERITO-No está circunscrito a la carrera administrativa

(…) el mérito es el principio transversal y la piedra angular sobre el cual se instituye el servicio público. Pero de ello no se sigue que el concurso sea el único mecanismo para acreditar tal calidad, ni que los empleos y cargos públicos que respondan a otros caminos de ingreso sean ajenos al ideal del mérito. En efecto, las excepciones a la carrera administrativa (v.gr. el libre nombramiento y remoción, la elección popular o los trabajadores oficiales) no implican que esas formas de elección o designación no expresen el mérito o se contrapongan al mismo. El mérito no necesariamente es sinónimo de capacidades técnicas y títulos académicos, pues en un sentido amplio cobija tanto calificaciones objetivas como la valoración -transparente- de aspectos subjetivos necesarios para acreditar la aptitud, como

lo es la idoneidad moral del aspirante.

CONCURSO MIXTO-Ascenso en cargos de administración

CARRERA ADMINISTRATIVA-Reglas de nombramiento en provisionalidad

DEBER DE MOTIVACION DE ACTOS DE RETIRO DE SERVIDORES PUBLICOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA-Reiteración de jurisprudencia

NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD O EN ENCARGO EN CARGOS DE CARRERA-Deber de motivar los actos por los que se realizan los nombramientos

NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD O EN ENCARGO EN CARGOS DE CARRERA-Facultad discrecional

Aunque los servidores en carrera demostraron el mérito para ingresar al sistema y ocupar el cargo del que son titulares -sumado a la experiencia que esto les reporta-, lo cierto es que no han sido examinados en concreto respecto del empleo que aspiran en encargo. En otras palabras, “no disponen de un mejor derecho a ejercer dicho cargo y, por el contrario, la facultad reconocida al nominador para escoger discrecionalmente, entre la provisión de la vacante mediante la figura del encargo o a través de un nombramiento provisional, materializa los principios de eficiencia y eficacia en el ejercicio de la función administrativa.”

JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD-Etapas

JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD-Criterio de comparación, patrón de igualdad o tertium comparationis

En esta primera fase debe identificarse el criterio de comparación o tertium comparationis, el cual permitirá determinar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse o si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza. Asimismo, este criterio permitirá reconocer si la clasificación del Legislador agrupa supuestos de hecho o personas diferentes a la luz de la norma acusada y, por lo tanto, se hace innecesario el análisis de justificación de

la medida, porque el principio de igualdad no exige tratar igual a los diferentes. La racionalidad de la medida diferenciadora obedece al grado de acierto en incluir a todas las personas similarmente situadas para los fines de la regulación. Pero, a su vez, la determinación de si dos grupos son comparables depende de su situación vista a la luz de los fines de la norma.

SERVIDORES O EMPLEADOS PUBLICOS INSCRITOS EN EL REGIMEN DE CARRERA ADMINISTRATIVA Y SERVIDORES O EMPLEADOS PUBLICOS QUE NO LO ESTAN-Trato diferenciado

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD DE INTENSIDAD INTERMEDIA-Aplicación

FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Función primordial/ FISCAL GENERAL DE LA NACION-Función de velar por la protección de las víctimas

MERITO-Criterio para provisión de cargos públicos dentro de la administración

REGIMEN DE CARRERA DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Nombramiento en encargo o en provisionalidad en cargos de carrera administrativa no vulnera el principio de igualdad

(…) la Sala empleó el test de igualdad, en la intensidad intermedia. Consideró que efectivamente existe un patrón de comparación entre sujetos diferenciables que reciben un tratamiento paritario. Sin embargo, concluyó que tal medida no trasgrede el principio de igualdad debido a que: (i) el nombramiento en encargo o en provisionalidad de los cargos de carrera vacantes de la Fiscalía General persigue una finalidad constitucionalmente importante: garantizar la continuidad en la prestación del servicio; (ii) es una medida conducente pues permite adelantar con flexibilidad y eficiencia la designación temporal de nuevos servidores; (iii) no es manifiestamente desproporcionada, debido a que no ocasiona afectaciones irrazonables sobre los servidores en carrera, ni supone el desconocimiento del principio del mérito.

Referencia: Expediente D-14335

Demanda contra los numerales 3 y 4 del artículo 11 (parcial) del Decreto ley 020 de 2014,

“[p]or el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación”.

Demandantes: Luz Patricia Agudelo Patiño y Yefer Bejarano Moreno

Magistrada ponente:

DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil veintidós (2022)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las contempladas en el artículo 241, numeral 5, de la Constitución Política, y cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Los accionantes argumentan que el Legislador equiparó indebidamente la situación de los empleados en encargo con la de los provisionales, para efectos de cubrir las vacantes temporales o definitivas que surjan dentro de los cargos de carrera administrativa al interior de la Fiscalía General de la Nación (en adelante, la Fiscalía o FGN). Tal equiparación -sostienen- es inadmisible y vulnera el derecho a la igualdad (Art. 13 de la CP), las garantías de los servidores públicos en carrera (Arts. 40 y 53 de la CP) y los principios que deben guiar la función administrativa, especialmente, la idea del mérito (Art. 125 de la CP).

1. En Auto del 21 de julio de 2021 la Magistrada sustanciadora, luego de revisar el contenido

de la demanda, concluyó inicialmente que ésta no cumplía con los requisitos señalados en el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, razón por la cual debía inadmitirse. Sin embargo, luego de presentado el escrito de subsanación, la Magistrada encontró que los interesados habían precisado el fundamento de su acusación, por lo que, mediante Auto del 10 de agosto de 2021, admitió la demanda de inconstitucionalidad. En esta última providencia también se ordenó (i) comunicar la iniciación del proceso al Presidente de la República, al Presidente del Congreso de la República, así como al Ministerio de Justicia y del Derecho, al Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Fiscalía General de la Nación. Igualmente, se dispuso (ii) invitar a intervenir a diferentes organizaciones sindicales y académicas;1 (iii) fijar en lista el proceso; y (iv) correr traslado a la Procuradora General de la Nación.

II. NORMA DEMANDADA

1. A continuación, se transcriben las disposiciones acusadas:

“DECRETO -LEY- 20 DE 2014

(enero 9)

Diario Oficial No. 49.028 de 9 de enero de 2014

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Por el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confieren los literales b) y c) del artículo 1o de la Ley 1654 del 15 de julio de 2013,

CONSIDERANDO:

Que el Congreso de la República, mediante la Ley 1654 de 2013, revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para, entre otros temas, clasificar los empleos y

expedir el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas;

Que en el presente decreto se clasifican los empleos de la Fiscalía General de la Nación y se desarrolla el régimen de carrera especial para la entidad y para sus entidades adscritas, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en los literales b) y c) del artículo 1o de la Ley 1654 de 2013.

[…]

CAPÍTULO III.

Vacancia de los empleos y clases de nombramientos.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0020_2014.html – top

[…]

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0020_2014.html – top

Artículo 11. Clases de nombramiento. En la Fiscalía General de la Nación y en sus entidades adscritas la provisión de los cargos se efectuará mediante nombramiento:

1. Ordinario: Para la provisión de los empleos de libre nombramiento y remoción.

2. En período de prueba: Para la provisión de los cargos de carrera con la persona que se ubique en el primer lugar de la lista de elegibles, luego de superar el proceso de selección o concurso realizado conforme al procedimiento establecido en el presente decreto-ley.

3. Provisional: Para proveer empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción vacantes de manera temporal, cuando el titular no esté percibiendo la remuneración, mientras dure la situación administrativa.

Los cargos de carrera especial vacantes de manera definitiva también podrán proveerse mediante nombramiento provisional con personas no seleccionadas por el sistema de méritos, mientras se provee el empleo a través de concurso o proceso de selección.

Al aspirante a ocupar un empleo de carrera a través de nombramiento provisional la Fiscalía General de la Nación podrá aplicar las pruebas que considere necesarias para valorar la adecuación del perfil del aspirante al cargo a desempeñar, para lo cual, de ser requerido, se apoyará en el Departamento Administrativo de la Función Pública.

4. Encargo: Para proveer empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción vacantes de manera temporal o definitiva, el cual se regirá por lo dispuesto en las normas que desarrollan las situaciones administrativas para el personal de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas." (Se subrayan los apartes demandados).

III. LA DEMANDA

1. Antes de resumir los planteamientos de la demanda, es importante advertir que si bien los actores incluyeron el enunciado de "libre nombramiento y remoción" dentro de los apartes acusados del numeral 4 del artículo 11 del Decreto ley 020 de 2014, la demanda no desarrolla ningún argumento particular dirigido a sostener que las vacancias en dichos cargos deban proveerse con empleados inscritos en carrera, sino que se concentran en analizar la situación de las vacancias temporales o definitivas que surgen en los cargos de la carrera.

1. El primer cuestionamiento se concentra en la vulneración del derecho a la igualdad (Art.13 de la CP), debido a que -en opinión de los demandantes- "el legislador dio el mismo trato al nombramiento en provisionalidad y al encargo, a efectos de cubrir una vacante temporal o definitiva en un cargo de carrera, lo cual es inadmisible."4 De modo que la disposición acusada "establece la posibilidad de que los cargos de carrera especial que se encuentren vacantes, podrán proveerse mediante la modalidad de nombramiento en provisionalidad o mediante encargo, situación que regula la misma situación fáctica, es decir, cubrir una vacancia temporal o definitiva en un cargo de carrera administrativa",5 lo que acarrea un trato paritario para sujetos que no son equiparables. Esto -aseguran- desconoce que los

“funcionarios de carrera, gozan de mayores beneficios e incentivos dentro de la administración pública y deben ser los primeros llamados a ocupar una vacante” dado que fueron los que “pasar[on] por un proceso complejo de selección para el ingreso a un cargo de carrera.”6 Asimismo, los demandantes advierten que la selección, tal como se describe el aparte de la norma, se realiza sin ningún criterio, lo cual vulnera el derecho a la igualdad de unos funcionarios frente a otros.7

1. Bajo este argumento, aseguran que, a los empleados de carrera, se les puede dar un trato distinto respecto de aquellos que no gozan del derecho a la carrera y que antes de acudir al nombramiento en provisionalidad para suplir un cargo de carrera en vacancia, se debe acudir al encargo como derecho preferencial de los empleados de carrera.8

1. Como consecuencia de lo anterior -sostienen- la disposición acusada trasgrede otras normas constitucionales, entre las cuales se encuentra el numeral 7 del artículo 40 que consagra el derecho a “acceder al desempeño de funciones y cargos públicos.” De acuerdo con los demandantes, los funcionarios de carrera administrativa confían en que, al obtener calificaciones sobresalientes en el desarrollo de su labor, recibirán un eventual estímulo. Sin embargo, “la administración de turno al no tener definido un criterio a menudo opta por llenar las vacantes temporales y definitivas con nombramientos provisionales ya que como está redactada la Ley demandada el criterio no existe y deja a los servidores en carrera desprotegidos y expectantes a la materialización de su derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos.”9

1. En relación con el artículo 53 superior, afirman que “existiendo un cargo de vacancia definitiva o temporal, y que se otorgue un estímulo de “ascenso” mediante nombramiento provisional, a un empleado en provisionalidad, es en sí mismo, una medida desfavorable al empleado de carrera administrativa, como quiera que el hecho de no encargarlo en dicha vacancia definitiva o temporal, normas que regulan prácticamente la misma situación fáctica, es decir, el nombramiento en provisionalidad y el encargo.”10 De modo que -en su parecer-

se debe aplicar el derecho preferencial al encargo al empleado de carrera, en los términos del artículo 24 de la Ley 909 de 2004.11 Desde esta perspectiva, “el derecho al encargo es un derecho que tiene el trabajador o empleado de carrera frente a la administración pública.”12

1. Por último, los demandantes sostienen que la violación del artículo 125 “no requiere un esfuerzo explicativo puesto que el apartado de la norma demandada desconoce abiertamente el mérito al afirmar directamente que “los cargos de carrera especial vacantes de manera definitiva también podrán proveerse mediante nombramiento provisional con personas no seleccionadas por el sistema de méritos”, es decir permite la eliminación del mérito en los nombramientos de servidores públicos y no le impone ningún criterio o restricción, como tampoco justifica el porqué de esta eliminación del mérito siendo este un precepto constitucional.”13 Esto -destacan- genera un desconocimiento flagrante del orden constitucional debido a que el “constituyente de 1991 le otorgó una relevancia superior al mérito como un criterio que define cómo se accede a la función pública y por tal motivo incorporó el concurso público como una forma de establecerlo.”14

1. Con fundamento en lo expuesto, elevan las siguientes dos pretensiones a la Corte Constitucional:

“Primera pretensión principal: En lo que se refiere al primer cargo de la demanda, respetuosamente le solicitamos a la Honorable Sala Plena de la Corte Constitucional que declare la exequibilidad condicionada, contenida en el artículo 11, numeral 3 y 4 del Decreto 020 (09 de enero de 2014), normas que regulan la misma situación fáctica, cubrir la vacancia temporal o definitiva de un cargo de carrera, (el encargo y el nombramiento provisional) disponiendo que en primer lugar, que los cargos de carrera que se encuentren en vacancia definitiva o temporal y cuando no exista lista de elegibles deben proveerse primeramente mediante encargo con los funcionarios que gozan de derechos de carrera administrativa. Y como segunda pretensión de la principal que, en el evento de no ser posible, acudir en segunda medida a la figura de la provisionalidad con personas no seleccionadas mediante concurso de méritos.”15

1. En la parte final de su demanda, los actores manifiestan que los requisitos de admisión se cumplen teniendo en cuenta que los argumentos expuestos son claros, específicos, pertinentes y suficientes.

IV. INTERVENCIONES

1. Dentro del término de fijación en lista que venció el 03 de septiembre de 2021, se radicaron 42 intervenciones. De estas, solo tres defendieron la exequibilidad simple de las disposiciones acusadas (el Departamento Administrativo de la Función Pública, la Fiscalía General de la Nación y la Unión de Servidores del CTI), mientras que las demás intervenciones ciudadanas y de organizaciones sindicales apoyaron los argumentos de la demanda. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-253-19.htm –_ftn13Aunque el texto completo de estas intervenciones puede consultarse en la página web de la Corte,16 a continuación se presenta un breve resumen de sus principales argumentos.

1. Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP)17

1. Esta entidad solicitó a la Corte declarar la exequibilidad simple de las disposiciones acusadas. Contrario a lo señalado por los demandantes, explica que “el ingreso a la carrera especial no garantiza la “movilidad”, entendida como la prerrogativa de ocupar todos los cargos de la planta de la Fiscalía General de la Nación pertenecientes al sistema de carrera especial, sino la “inamovilidad” de los empleados escalafonados en los cargos en los cuales accedieron a través del concurso, quienes sólo pueden ser retirados del servicio por las causales de ley (art. 96 Decreto ley 020 de 2014).”18 Por lo que si bien es cierto que el personal de carrera del ente investigador demostró el mérito para el ingreso del cargo del cual es titular, “de ello no puede seguirse que también lo hizo para ejercer los demás cargos de carrera de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, pues no todos los empleos conllevan las mismas funciones y responsabilidades, ni pertenecen a la misma área

de trabajo, ni corresponden al mismo nivel administrativo, lo cual exige de la Administración una valoración individual del perfil del cargo y de los aspirantes a ocuparlo, para determinar, consultando razones del servicio y las responsabilidades y requisitos del empleo.”19

2. Fiscalía General de la Nación- FGN22

1. El ente acusador solicitó a la Corte Constitucional (i) declararse inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo sobre los apartes acusados de los numerales 3 y 4 del artículo 11 (parcial) del Decreto ley 020 de 2014, por ineptitud sustantiva de la demanda. O, de forma subsidiaria, (ii) declarar exequible las referidas disposiciones.

1. En primer lugar, afirmó que la demanda no satisface los presupuestos mínimos para presentar al menos un cargo de inconstitucionalidad. De acuerdo con esta entidad, no se cumplió el requisito de claridad debido a que la argumentación es imprecisa y contradictoria en cuanto a los extremos de la vulneración alegada. Tampoco se satisfizo el requisito de certeza, dado que, a partir de sus apreciaciones personales y conjeturas, los accionantes suponen que no hay una razón constitucionalmente válida que justifique el trato que el Legislador estableció para la provisión de empleos vacantes en la planta de personal de la FGN; al tiempo que asumen que la entidad no “cuenta con parámetros claros de elección de cargos, lo cual es una lectura errada.” Por esta línea, señala que no se cumplió el requisito de especificidad, en la medida que la demanda no realiza una confrontación con las razones avaladas que sustentan el aludido sistema. Adicionalmente, el cargo es impertinente en tanto que realmente no se plantea un juicio de contradicción entre la norma demandada y la Constitución, sino que lo que se busca es la equiparación con el régimen general de carrera administrativa dispuesto por la Ley 909 de 2004. Por último, no se superó el criterio de suficiencia dado que la demanda no se dirige contra la proposición jurídica completa que rige la figura del encargo.23

1. Dicho lo anterior, la Fiscalía advirtió en su intervención que “si bien los demandantes indican la trasgresión de diferentes garantías constitucionales, por parte de la norma objeto de controversia, lo cierto es que todas estas presuntas vulneraciones parten de una única premisa, la cual se resume en la supuesta vulneración del derecho a la igualdad.”24 Y si bien la entidad presentó reparos sobre la formulación de este cargo en específico,25 decidió pronunciarse de fondo para concluir que no le asiste razón a los demandantes.

1. Entre las consideraciones que expuso la Fiscalía General de la Nación se destacan tres ideas principales. Primero, el sistema de carrera de la Fiscalía corresponde a un régimen especial de origen constitucional, diferente al sistema general de carrera. Es así como el Presidente de la República, dotado de las facultades legislativas que le asignó el Legislador a través de la Ley 1654 de 2013, podía establecer un trato diferente entre los servidores públicos de las distintas entidades estatales, habida cuenta de la naturaleza y los fines que persigue el sistema creado por la Constitución Política de 1991, en el cual la Fiscalía General de la Nación se ubica dentro de la rama Judicial del Poder Público como una entidad con autonomía administrativa y presupuestal.26

1. Segundo, el encargo es una forma de provisión de empleos temporal, sin que se restrinja a un tipo de vinculación en concreto. En consecuencia, el encargo puede recaer en cualquier servidor de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, con el fin de satisfacer las necesidades del servicio. Dicha medida busca garantizar la continuidad en la prestación del servicio, de manera que no existan interrupciones durante el período que dura vacante el cargo, y “no se encuentra ligada al derecho derivado de estar inscrito como servidor en carrera”. En suma, “el encargo no comporta prima facie un derecho inherente a los servidores con vinculación mediante el sistema de carrera especial, pues las prerrogativas propias de haber superado un concurso de méritos corresponden a garantías tales como: derechos en caso de supresión del cargo, la posibilidad de participar en concursos de ascenso, la habilitación para desempeñar cargos mediante la figura de la comisión o a través de licencias, sin perder los derechos de carrera, y la posibilidad de acceder a beneficios dentro del plan de incentivos.”27

1. Tercero, aplicando un test de igualdad de intensidad intermedia, la Fiscalía General de la Nación concluyó que la posibilidad con que cuenta el funcionario nominador de proveer empleos de carrera vacantes de manera temporal o definitiva mediante la figura del encargo o la provisionalidad, persigue una finalidad legítima e importante (garantizar la continuidad en la prestación del servicio y mantener la independencia y autonomía de la FGN), a través de un medio idóneo y conducente (permitir que la FGN pueda optar por efectuar un nombramiento en encargo o en provisionalidad para proveer una vacante temporal o definitiva en su planta de personal).28

3. Organizaciones sindicales

1. La Unión de Servidores del CTI (UNISERCTI)29 solicitó a la Corte Constitucional declarar la exequibilidad simple de los numerales 3 y 4 del artículo 11 del Decreto 020 de 2014 demandados, al considerar que los demandantes no ofrecieron razones claras y suficientes para demostrar la contradicción existente entre estos y los artículos de la Carta Política. Considera que el "legislador previó que los cargos de carrera especial vacantes de manera definitiva también podrán proveerse mediante nombramiento provisional con personas no seleccionadas por el sistema de méritos, mientras se provee el empleo a través de concurso o proceso de selección. De no haberlo hecho así, dejaría un vacío frente al procedimiento a aplicar en aquellos eventos en que no exista un servidor con derechos de carrera que ocupe un cargo con vacancia temporal o definitiva. Además, el Decreto ley 020 de 2014 le dio a la FGN la posibilidad de aplicar las pruebas que considere necesarias para valorar la adecuación del perfil del aspirante al cargo a desempeñar. Situación que armoniza con la constitución y la ley."30

1. De acuerdo con esta esta organización, la Fiscalía se creó, creció y se fortaleció con servidores que ostentan cargos de carrera en provisionalidad, que son en la actualidad alrededor un 80% y solamente el 20% restante tiene derechos de carrera alcanzados a través de los pocos concursos efectuados y por la migración de personal del otrora

Departamento Administrativo de Seguridad (D.A.S.). De lo cual se “infiere que pese a la diferencia que existe entre unos y otros frente a su manera de vinculación a la administración y a los derechos que ostentan los servidores de carrera, no se puede desconocer que el alto porcentaje de personal antiguo se encuentra en provisional, siendo ellos quienes han hecho grande esta entidad y no deben ser desestimulados de manera alguna, porque no son culpables de que no se les haya convocado a concursos.”31

1. Por su parte, la Asociación de Trabajadores del Estado (ATRAES)32 manifestó su apoyo a la demanda. En su parecer, “la carrera administrativa es por esencia móvil pues, de no serlo, deja de ser carrera y se convierte en simple procedimiento de ingreso al servicio público, sin que en este último evento los empleados así vinculados sientan la necesidad de capacitarse y mejorar su rendimiento laboral en la medida en que ya obtuvieron todo lo que les podía aportar el sistema: un empleo y un salario.”33 Además, allegó un cuadro comparativo entre la Ley 938 de 2004 y el Decreto ley 020 de 2014, llamando la atención sobre cómo algunos principios consagrados en el primer cuerpo normativo habrían sido suprimidos del régimen especial de la FGN. Entre sus conclusiones, señaló que “tienen más derecho quienes han concursado a quienes nunca lo han hecho, garantizando la prestación de un servicio público más eficiente y eficaz más aun cuando existe un incentivo como lo es la posibilidad de ser encargado” y que “en el nombramiento de servidores se debe aplicar la igualdad, eficiencia, eficacia, imparcialidad y moralidad, por ello no se puede permitir una facultades abiertas e ilimitadas para el nombramiento de provisionales en detrimento de los derechos de los servidores inscritos en carrera administrativa, por el contrario debe exigirse que el nombramiento provisional se debe dar solamente en situaciones excepcionales temporales y regladas puesto que este tipo de nombramiento quebrantan el mérito.”34

1. El Sindicato de Procuradores Judiciales (PROCURAR)35 también respaldó los argumentos de la demanda. De acuerdo con esta organización, el sistema de carrera no solo implica la provisión de un empleo a través de concurso “sino que además, una vez se accede al empleo público se adquieren derechos subjetivos, que deben ser protegidos y respetados por el Estado; como lo son; la estabilidad y la posibilidad de acceder a ascensos.” De modo que “la

movilidad, desarrollada a través de la figura del ascenso temporal o encargo constituye un verdadero derecho, que radica en cabeza de los servidores de carrera de las entidades públicas.”36

1. Explicó que si bien la jurisprudencia ha admitido la figura de la provisionalidad, esta no corresponde al modelo estatal de función pública definido constitucionalmente en tanto que se trata de “una situación anómala”. Luego, “su aplicación es excepcional, restringida y limitada a aquellos eventos en que no sea posible acudir a algún sistema de selección meritocrático.”37 Por lo anterior, solicitó condicionar la exequibilidad de la disposición en el entendido que, al momento de proveer una vacante, el nominador debe respetar al siguiente orden, esto es: “primero, acudir a la lista de elegibles existentes, de no ser posible, en segundo término, encargar a un empleado de carrera, y finalmente como tercera opción, nombrar provisionalmente a un tercero extraño a la carrera administrativa.”38

1. El Sindicato Nacional de Servidores Públicos de la Fiscalía General de la Nación (SINTRAFISCALÍA)39 allegó su intervención luego de la hora hábil del día del vencimiento al término de fijación en lista del proceso, esto es, de forma extemporánea. Por tal razón, no será tenida en cuenta.

1. Dentro del presente asunto -de forma oportuna40- se recibieron un total de 36 intervenciones ciudadanas, todas las cuales coinciden en apoyar las pretensiones de la demanda. Aunque los escritos fueron radicados de forma individual,41 la Sala identificó que algunos de estos encajan en plantillas preestablecidas, por lo que hay argumentos e ideas que se reiteran. La mayoría de estas intervenciones provienen de personas que manifiestan ser empleados de la Fiscalía General de la Nación, algunas de las cuales incluso relataron su experiencia personal dentro del ente acusador. Para mayor claridad y eficiencia en la exposición, la Sala resumirá en el siguiente cuadro los principales argumentos que aportaron los ciudadanos, agrupando aquellos que se soportan en un mismo modelo de intervención:

Interviniente

Argumentos centrales

* Oscar Armando Lucena Ramírez

“La normatividad demandada, lamentablemente ha sido (dentro de otros factores) utilizada para desfavorecer a quienes como el suscrito nos encontramos en carrera administrativa, por cuya causa se nos ha negado el derecho de ascender de una manera constante, dado que según manifiesta la FGN no podemos ser tenidos en cuenta porque los cargos vacantes de forma transitoria o definitiva siempre son ocupados por personal en provisionalidad, e incluso se ha observado la mala práctica de exigir a los funcionarios renunciar a sus derechos de carrera para poder ser tenidos en cuenta en (ascensos), violando con ello sus derechos […]. Como yo, su señoría, son cientos de funcionarios que por la forma en que se encuentra redactada la normatividad demandada, estamos destinados a no ascender en la entidad, pues mientras se da la posibilidad de ocupar las plazas vacantes por personal en provisionalidad, y nosotros seamos solamente ascendidos a través de curso de ascenso (cuya realización no está dentro de las prioridades de la entidad) seguiremos ocupando hasta el momento de nuestra pensión los mismos cargos y grados.”

* Luis Carlos Rubia Urrea

* Marlon Betts Ortega

* Ricardo Andrés Romero Santamaria

“Se ha dado prelación y ascensos a aquellos de nombramiento provisional, que aun con poca o nula experiencia y un desempeño de calidad inferior comparado con los servidores de carrera, justificando ese hecho porque los servidores de carrera detentan ese cargo y no podrían ser nombrados en otro cargo, lo cual hace que un sistema de carrera se convierta en lo que yo desde mi cuasi-ignorancia constitucional he llamado sarcásticamente, una carrera de encostalados/régimen de no carrera, donde el servidor público está anclado a un cargo y

no le es posible moverse hacia ningún lado, ya que tampoco se han presentado concurso para tal efecto.”

“Yo no pido ventajas, por el contrario, solicito que no nos pongan en desventaja.”

* Edwin Aldana Lavao

* Fredy Alberto Sánchez Arango

* José Fulgencio Fuentes Maldonado

* Jorge Eliecer Álvarez Torrado

* César Agustín Uribe Acuña

* Alexander Bautista Chanaga

* Richar Wilson Paredes Muñoz

* Jorge Alberto Vera Gutiérrez

* Leidher Didhier Casas Casas

* Jorge Arturo Infante Trespalacios

* Wilson Sanabria López

* Jorge Luis Echeverry Quintero

“En el caso concreto es claro que la vinculación o nombramientos provisionales debe existir pero solo para garantizar la continuidad del servicio público es decir de manera excepcional, temporal y reglada con el fin de que los ciudadanos tengamos esa garantía que los nombramientos se dan para suplir una necesidad apremiante y ante la ausencia de personal seleccionado por mérito para desempeñar el cargo, es decir cuando se han agotado las listas de elegibles y las personas que ya gozan de derechos de carrera en el entendido que ya pasaron por un concurso de méritos que los califica para desempeñar el cargo, un escenario

concreto y reglado es comprensible para cualquier ciudadano, mientras que unas facultades ilimitadas al nominador como las que consagran los apartes de los artículos censurados ante vista de cualquier ciudadano es injusta y desproporcionada."

"La Corte Constitucional al dirimir la tensión existente entre llenar una vacante definitiva o temporal con el nombramiento de una persona en Provisionalidad y el Encargo de un servidor que goza de derechos de carrera y cumple los requisitos para ser encargado de las funciones, debe inclinarse por la segunda opción, es decir por el encargo de un servidor con derechos de carrera pues este ya ha pasado por un concurso de méritos y por lo tanto tiene la experiencia y la vocación de permanencia, incluso la Corte debería ir más allá y en su pronunciamiento y ordenarle a la Fiscalía General de la Nación reglar el proceso de asignación de encargos de tal manera que los criterios de escogencia del servidor de carrera a encajar sean públicos y verificables para que cualquier ciudadano puede consultarlos y si es el caso objetarlos."

* Luis Javier Romero Tafur

"Es la Fiscalía actor importante en todas las etapas del Proceso Penal y para ello se necesita de funcionarios idóneos, comprometidos, aptos y capacitados, que respondan a los principios de Unidad Orgánica y de Especialización Científica y esto se logra con una Carrera Administrativa clara, atractiva y respetada. Es la Carrera administrativa la Regla y termina siendo la excepción al interior de la Fiscalía General de la Nación, donde no prima el mérito y son notorias las prácticas clientelistas que tanto daño hacen a la administración pública, mucho más en una institución como la Fiscalía General que requieren un grado mayor de independencia por las funciones que desarrolla."

* Erlin Antonio Rodríguez Hinestroza

"[C]onsidero que no tendría sentido el fin de la carrera especial dentro de la Entidad, cuando la gran mayoría de servidores se supone, por obvias razones, que ingresan en situación de provisionalidad ocupan cargos muy por encima de la base generalizada de estos (muchas de estas personas sin la experiencia o adecuada preparación); ese hecho supone de manera preocupante que no habrá espacio nunca para lograr ascender de manera escalonada en la

Fiscalía.”

* David Alejandro Salguedo Castro

“[C]omo ciudadano, profesional con estudios en especialización, servidor de la Fiscalía General de la Nación con más de 19 años de antigüedad, inscrito en Régimen Especial de Carrera Administrativa y a quien nunca se le ha brindado la oportunidad de un encargo (solicitado en reiteradas ocasiones al empleador con resultados infructuosos), apoyo y me uno a la pretensión de los demandantes, ya que la misma es justa.”

* Guillermo León Mendoza Trujillo

* Rosa Inelda Avella

* Cesar Adolfo Abril Saavedra

“Que, al interior de la Fiscalía General de la Nación, ha sido una práctica recurrente por parte de algunos Directores Seccionales, solicitar a servidores, que renuncien a su vinculación en carrera bajo el cometido de ser nombrados en un cargo más alto en provisionalidad, practica lesiva para quienes con tanto esfuerzo nos hemos capacitado y sometido a las reglas de un concurso de méritos y tener que ceder a dicho derecho con el fin de obtener mejoras salariales y así pretender mejorar su calidad de vida.”

* María Isabel González Isaza

“[C]onsidero que, al declararse la inconstitucionalidad de las normas citadas en la demanda, se abre la posibilidad de abrir convocatorias para quienes aspiramos a concursar y ocupar cargo público en la Fiscalía General de la Nación.”

* Henrry Anderson Gaviria Santillana

“[L]a alta gerencia ha interpretado diferente el Decreto ley 20 de 2014, ha abusado del poder exigiendo a funcionarios de carrera poder estar nombrados en cargos superiores, si y solo si renuncian a los derechos de carrera, a fin de dejar libre el cargo que ostentan en carrera administrativa, perdiéndose así la expectativa de ascenso ocasionando una disminución de personal en carrera, es decir, perdida del mérito en la FGN.”

* Luz Cecilia García Cano

“[La disposición acusada] le permite a los señores Fiscales Generales tener facultades muy amplias y sin control o regla alguna, para nombrar a diestra y siniestra en provisionalidad ayudando a favorecer el clientelismo que nuestra constitución había erradicado. Prueba de ello es que a la fecha menos del 30% de las vacantes en la Fiscalía General están siendo ocupadas por personal que ha ingresado por medio del concurso de mérito.”

* Diana Alexandra Hernández Gutiérrez

* Clara Inés Gaitán Aguilar

“La carrera administrativa en la FGN no existe, es un sofisma y se da dentro de un desconocimiento de la constitución, la ley y normas que rigen la materia, pese a que ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial de las altas cortes, como es el derecho preferencial de los empleados en carrera a ser nombrados en encargo privilegiando la provisionalidad, lo que descontextualiza y va en contravía de la constitución y la ley, las vacancias definitivas, así como las vacancias temporales o generadas con ocasión de situaciones administrativas, son suplidas por nombramientos en provisionalidad, no hay ningún mérito ni para acceder a estos cargos de manera transitoria y menos mediante la figura del encargo que es netamente para los servidores de carrera.”

* Camilo Torres Gamboa

“De otra parte, el mérito, la eficiencia y eficacia en la prestación del servicio público implica que quienes aprueban un concurso de méritos, garantizan la prestación de un servicio público más eficiente y eficaz más aun cuando existe un incentivo como lo es la posibilidad de ser encargado en un cargo superior cuando se presenta una vacante temporal o

definitiva.”

“En concordancia con lo anterior, la implementación de la meritocracia en la Fiscalía General de la Nación, debe implicar que el encargo como medio de provisión transitoria de los empleos de carrera en vacancia definitiva o temporal, constituye un derecho preferencial de los servidores de carrera, ya que, los cargos Provisionales son de carácter transitorio y excepcional que buscan solucionar las necesidades del servicio y evitar la parálisis en las funciones públicas.”

* Rosalía Muñoz González

“[La Ley 909 de 2004] ubica a los empleados de carrera con derecho preferencial; por lo tanto, solicito que la norma sea acatada conforme a lo señalado.”

* Estanislao Martínez Casas

“[E]l suscrito considera que la Corte Constitucional debe declarar en el proceso de la exequibilidad condicionada de Los numerales 3 y 4 del artículo 11 (parcial) Decreto ley 020 de 2014, en el entendido de que en la provisión de vacancias definitivas debe privilegiarse el nombramiento en encargo sobre la provisionalidad, porque efectivamente no realizarlo quebranta los derechos a la igualdad y al acceso al desempeño de funciones y cargos públicos (Arts. 13 y 40.7 de la CP); y genera un conflicto entre los incisos 3 y 4 del artículo 11 del Decreto ley 020 de 2014 y el artículo 6 del Decreto ley 021 de 2014; normas que regulan la misma situación fáctica.”

* Oscar Hernando Múnera Gómez

* Jhon Jairo Veleasquez Borja

“Evidentemente, la actual redacción de los numerales 3 y 4 del artículo 11 del Decreto 020 de 2014 estimula prácticas reprochables que generan rechazo por parte de la sociedad; en la medida que, cuando existe una vacante temporal o definitiva se recurre al nombramiento en

provisionalidad de personas que no han sido seleccionadas por el sistema de méritos, ello rompe con las bases en las que se afinca el sistema de carrera administrativa. Así mismo, causa reproches por parte del ciudadano del común que observa una entidad donde sus servidores son vinculados a partir de recomendaciones personales. Sin duda, adecuar la normatividad en el sentido que permita el encargo como derecho preferencial al personal de carrera, es una medida plausible que logra mayor eficiencia y eficacia en el servicio público, y además, genera aceptación del ciudadano, mejorando así la imagen de la Entidad."

* Walter Losada Otálora

"Quienes han surtido un proceso de meritocracia, prestan un servicio público eficaz y eficiente, y esto se eleva potencialmente cuando existe un incentivo como lo es la posibilidad de ser encargado en un cargo superior cuando se presenta una vacante temporal o definitiva, situación que se ve diezmada por facultades abiertas e ilimitadas por los nominadores para el nombramiento de provisionales."

* Yolanda Romero

"[D]onde con más descaro se denota el desfile de encargos de cargos vacantes y ascensos para los funcionarios que han sido nombrados en provisionalidad con menos experiencia y sin el lleno de los requisitos que exige cada cargo según descrito en el manual de funciones, pero si por ser familiar o allegado a algún político o magistrado allegado al fiscal de turno… qué sentido tiene la finalidad de la carrera especial dentro de la Fiscalía General de la Nación, cuando nunca se cumple los principios de igualdad, eficacia, eficiencia, imparcialidad y moralidad puesto que la mayoría de sus funcionarios ingresan con nombramiento en provisionalidad."

* Paula Andrea Córdoba Vallejo

* Haydee Gazca Pérez

"En el nombramiento de servidores públicos se debe aplicar la igualdad, eficiencia, eficacia, imparcialidad y moralidad, por ello no se puede permitir una facultades abiertas e ilimitadas para el nombramiento de provisionales en detrimento de los derechos de los servidores

inscritos en carrera administrativa, por el contrario debe exigirse que el nombramiento provisional se dé solamente en situaciones excepcionales temporales y regladas puesto que este tipo de nombramiento quebrantan el mérito y un quebranto de un principio constitucional solo se debe dar para garantizar un fin superior."

* Handerson Javier Melo Andrade

"Considero que las personas que aprueben un concurso de méritos, con mayor seguridad garantizan la prestación de un servicio más eficiente y eficaz en cualquier entidad, aunado a que se le debe garantizar el principio de estabilidad en el empleo, de no hacerlo se le quebrantaría el mérito de haber culminado satisfactoriamente dicho concurso frente a otras personas que por alguna situación no lograron culminarlo con satisfacción, estas personas con derechos de carrera son el reflejo del mérito y por ende su vocación de permanencia en el servicio de cualquier entidad se debe reconocer con la posibilidad de ser encargado en un cargo superior cuando se presenta una vacante temporal o definitiva."

* Harold Hamir Mora Ortega

"Lo cierto es que la entidad no ha hecho el concurso de méritos para efectos de seguir nombrando a discrecionalidad a sus funcionarios en provisionalidad y la FGN, no puede so pretexto de la falta de recursos o de planeación adecuada, volver permanente la provisionalidad y libre disposición de los cargos de carrera administrativa."

"[E]s ineficaz el desempeño de un trabajador en provisionalidad, cuando de todas maneras soporta la "capitus diminutio" de nombramiento en cuanto a la estabilidad; puesto que no hay razón para someterlos a exámenes, revisión de antecedentes, hoja de vida, y a una

eventual presentación de recursos, cuando todo ello no conduce a un puerto jurídico que compense esas actividades.”

1. En suma, la Corte recibió un total de 42 intervenciones dentro del término de fijación en lista. De estas, solo tres (Departamento Administrativo de la Función Pública, Fiscalía General de la Nación y la Unión de Servidores del CTI), defendieron la exequibilidad simple de las disposiciones acusadas, al considerar que se trata de una herramienta idónea para garantizar la continuidad en la prestación del servicio, mientras que se proveen los cargos mediante concurso público. Insisten, además, en que la modalidad de provisionales no supone un distanciamiento del principio de mérito en tanto quien aspire a ingresar por provisionalidad también debe demostrar un perfil y unas capacidades idóneas para ocupar el cargo. Por el contrario, las demás organizaciones sindicales y las intervenciones ciudadanas apoyaron los argumentos de la demanda, en el sentido de que las disposiciones bajo análisis instauran una potestad muy amplia -y casi sin controles- al interior del ente acusador y que permite nombrar personal que no ha sido calificado a través de un concurso de méritos.

V. CONCEPTO DE LA PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

1. En cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución Política, la Procuradora General de la Nación presentó concepto en el que solicita a la Corte Constitucional declarar la exequibilidad de los numerales 3º y 4º del artículo 11 del Decreto ley 020 de 2014.

1. Explicó que la jurisprudencia ha reconocido que el Legislador cuenta con un amplio margen de configuración normativa para clasificar los concursos de carrera administrativa y estatuir los requisitos exigibles en cada uno de ellos. Con todo, dicha facultad encuentra límites en “(i) la búsqueda de la eficiencia y eficacia en el servicio público; (ii) la garantía de la igualdad de oportunidades (Art. 13 CP) y; (iii) la protección de los derechos subjetivos consagrados en los artículos 53 y 125 de la Constitución.”42 Dicho lo anterior, en su

concepto no se desconocen los mandatos superiores cuando el Legislador permite que las vacantes temporales o definitivas sean provistas, mientras se realizan los concursos correspondientes, mediante las figuras de provisionalidad y encargo. Lo anterior, con el fin de asegurar la continuidad en la prestación del servicio.

1. No es una obligación constitucional -asegura- establecer que los funcionarios de carrera tengan preferencia en la provisión de las mencionadas vacantes y, por consiguiente, que deba otorgársele prelación a la figura del encargo sobre el nombramiento en provisionalidad de personas externas de la entidad. Además, el uso de dichas figuras administrativas es temporal, pues su duración está determinada por la provisión del empleo mediante el concurso o el proceso de selección correspondiente, los cuales deben adelantarse de manera periódica, según indican los artículos 35 y 188 de la Decreto ley 020 de 2014.

1. Por último, hizo hincapié en que el nombramiento en provisionalidad o encargo "sólo puede concretarse si la persona cumple con los requisitos exigidos para el encargo respectivo." De hecho, la norma acusada faculta a la entidad para "aplicar las pruebas que considere necesarias para valorar la adecuación del perfil del aspirante al cargo a desempeñar."43

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 5 de la Carta Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de la referencia, pues las expresiones acusadas hacen parte de una norma con fuerza de ley, en este caso, el Decreto ley 020 de 2014.

2. Cuestiones previas: examen sobre la aptitud sustantiva de la demanda y formulación de la proposición jurídica completa

1. Aunque la Magistrada sustanciadora dispuso, mediante Auto del 10 de agosto de 2021, la admisión de la presente demanda, la Fiscalía General de la Nación formuló en su intervención varios reparos contra la aptitud sustantiva de la misma. Corresponde entonces a esta Corporación analizar en primer lugar la solicitud de inhibición, pues de prosperar no habría lugar a formular un problema jurídico ni a estudiar de fondo el asunto. Para resolver esta cuestión previa, la Sala retomará los requisitos exigibles a toda demanda de inconstitucionalidad y luego evaluará su cumplimiento en el caso concreto.

2.1. Parámetros de análisis para los cargos de constitucionalidad

1. La Corte se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre los requisitos que debe reunir una demanda de inconstitucionalidad, para que el asunto pueda ser decidido de fondo.44 En dichas ocasiones ha enfatizado que esta acción pública es expresión del derecho de participación en una democracia,45 y que constituye un instrumento de control sobre el poder de configuración normativa que radica, de manera principal, en el Congreso de la República.46 No se trata entonces de un instrumento judicial reservado a los profesionales del derecho ni supone el empleo de una determinada técnica argumentativa.

1. El ejercicio de dicho mecanismo, sin embargo, no está desprovisto de exigencias que, si bien no pueden constituirse en barreras para el acceso a la administración de justicia, están orientadas a dar cuenta (i) de la presunción de corrección de las leyes, con mayor precisión e intensidad de aquellas proferidas por el Congreso de la República, que deriva del carácter epistemológico del proceso democrático, y de la pretensión de estabilidad del ordenamiento jurídico en beneficio de la seguridad que debe brindar a sus destinatarios; y, (ii) del ejercicio ponderado de la competencia del Juez Constitucional, que, por un lado, no debe asumir por sí mismo la carga de formular acusaciones contra las normas que luego debe estudiar con imparcialidad; y, por el otro, debe garantizar un escenario en el que el escrito de la demanda permita orientar la participación y el debate ciudadano.

1. Partiendo del contenido del artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, la jurisprudencia ha precisado que, para que exista una demanda apta, el respectivo escrito de acusación debe: (i) señalar las normas que acusa como inconstitucionales, (ii) las disposiciones superiores que estima infringidas, y (iii) exponer las razones o motivos por los cuales la norma acusada viola la Constitución; lo que se traduce, a su vez, en la formulación de por lo menos un cargo concreto de inconstitucionalidad.47 El escrito, por supuesto, también debe explicar la razón por la cual la Corte Constitucional es competente.

1. Las razones que sustentan la inconstitucionalidad deben, a su vez, ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes.48

1. La claridad hace relación a que los argumentos sean determinados y comprensibles y permitan captar en qué sentido el texto que se controvierte infringe la Carta. Deben ser entendibles, no contradictorios, ilógicos ni anfibológicos.

1. Conforme la exigencia de la certeza, de una parte, se requiere que los cargos tengan por objeto un enunciado normativo perteneciente al ordenamiento jurídico e ir dirigidos a impugnar la disposición señalada en la demanda y, de la otra, que la norma sea susceptible de inferirse del enunciado acusado y no constituir el producto de una construcción exclusivamente subjetiva, con base en presunciones, conjeturas o sospechas del actor.

1. La especificidad de los cargos supone concreción y puntualidad en la censura, es decir, la demostración de que el enunciado normativo exhibe un problema de validez constitucional y la explicación de la manera en que esa consecuencia le es atribuible.

1. Por último, la suficiencia implica que el razonamiento jurídico contenga un mínimo desarrollo, en orden a demostrar la inconstitucionalidad que le imputa al texto demandado. El cargo debe proporcionar razones, por lo menos básicas, que logren poner en entredicho la presunción de constitucionalidad de las leyes, derivada del principio democrático, que justifique llevar a cabo un control jurídico sobre el resultado del acto político del Legislador.49

1. Por lo demás, es claro que la decisión inicial de admisión no vincula irremediablemente a la Sala Plena, puesto que ésta, al realizar posteriormente un estudio detallado de los requisitos de procedibilidad, puede emitir un fallo inhibitorio. En efecto, el análisis que ahora efectúa la Corte -a diferencia de la etapa preliminar de calificación- ya contiene las intervenciones de las entidades oficiales, ciudadanos y el Ministerio Público; tales conceptos son considerados por este tribunal al momento de tomar una decisión, en la medida que contienen elementos de juicio relevantes.50

1. En los anteriores términos, es indispensable que la demanda de inconstitucionalidad satisfaga las mencionadas exigencias mínimas, para que pueda ser emitido un pronunciamiento de fondo. En caso contrario, no poseerá aptitud sustantiva y la Corte deberá declararse inhibida para fallar.

2.2. La demanda logra presentar un cargo completo por violación del derecho a la igualdad (Art. 13 de la CP) con apoyo en el principio constitucional del mérito como pilar del servicio público (Art. 125 de la CP)

1. En esta ocasión, la Corte estudia la demanda de la ciudadana Luz Patricia Agudelo Patiño y el ciudadano Yefer Bejarano Moreno contra los numerales 3 y 4 del artículo 11 (parcial) del Decreto ley 020 de 2014, “[p]or el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas.” En

palabras de los accionantes, “el cargo fundamental formulado es que el legislador equiparó el nombramiento en provisionalidad al encargo para cubrir vacantes de manera temporal o definitiva en el acceso a cargos de carrera administrativa […] lo cual es contrario al principio de mérito contenido en el artículo 125 superior, al dejar a merced del nominador su interpretación.”51

1. Del texto de la demanda se desprenden varios cargos dirigidos a demostrar la presunta violación de distintas clausulas constitucionales. En este punto, sin embargo, la Sala considera que le asiste parcialmente la razón a la Fiscalía General de la Nación cuando advirtió que, si bien la demanda enunció la trasgresión de diferentes garantías constitucionales, lo cierto es que todas parten de una misma premisa, el derecho a la igualdad. En efecto, frente a los demás artículos superiores invocados no se construyó un cargo completo. Ahora bien, contrario a la postura de la Fiscalía General, la Sala encuentra que el cargo de igualdad ha sido formulado de manera completa y suficiente. Para explicar esta conclusión, la Sala (i) comenzará por advertir las falencias argumentativas en los cargos formulados con base en los artículos 40 y 53 de la Constitución; y luego (ii) abordará la razón por la que el cargo por violación del derecho a la igualdad en conexidad con el principio del mérito, con fundamento en los artículos 13 y 125 de la Constitución, presenta un cuestionamiento completo que amerita un pronunciamiento de fondo por parte de este Tribunal.

1. El artículo 40 superior consagra una serie de derechos políticos en cabeza de todos los ciudadanos, entre los cuales el numeral 7º incluye el derecho a “acceder al desempeño de funciones y cargos públicos”. Amparados en esta disposición, los demandantes sostienen que los servidores en carrera confían en que, al obtener calificaciones sobresalientes en el desarrollo de su labor, recibirán un eventual estímulo por vía de la figura del encargo.

1. Planteado así, el cargo por violación del artículo 40 de la Constitución adolece de fallas argumentativas. En concreto, los demandantes no explican cómo se deriva del derecho a

“acceder al desempeño de funciones y cargos públicos” un derecho de los servidores escalafonados a ser ascendidos, a través de la figura del encargo, como estímulo a su desempeño laboral. Además, el encargo no necesariamente supone un “ascenso” en términos salariales, e incluso puede darse en un cargo de igual jerarquía. En suma, no existe un cargo específico y suficiente en relación con el artículo 40.

1. Por otro lado, los demandantes invocan el artículo 53 de la Constitución, el cual contiene una serie de garantías básicas de protección al trabajador, entre las que se incluye el principio de la “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho.” Con apoyo en este enunciado, afirman que “el hecho de que la administración aun existiendo un cargo de vacancia definitiva o temporal, y que se otorgue un estímulo de “ascenso” mediante nombramiento provisional, a un empleado en provisionalidad, es en sí mismo, una medida desfavorable al empleado de carrera administrativa.”52 Agregan que “se debe aplicar el derecho preferencial al encargo al empleado de carrera, este principio se equipara a la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho.”53

1. Tal formulación se torna confusa y no permite identificar el argumento específico que soporta su razonamiento. Ciertamente, no es posible entender el vínculo que proponen los demandantes en relación con el principio general de favorabilidad en materia laboral. Además, si lo que los actores buscan es lograr la aplicación del derecho preferencial al encargo en los términos del artículo 24 de la Ley 906 de 2004 surge un problema de pertinencia en la presentación del cargo. Como se advirtió desde el auto de inadmisión, tal planteamiento no sería de orden constitucional, sino legal. En resumen, el cargo en torno al artículo 53 superior no es claro, pertinente, específico y suficiente.

1. Ahora bien, en relación con el principio de igualdad (Art. 13 de la CP) y el mérito en el acceso al servicio público (Art. 125 de la CP), la Sala considera que la demanda sí presenta un cargo completo que puede ser estudiado de fondo. En efecto, pese a que algunos

fragmentos de la demanda se prestan para confusión,54 los extremos de la comparación pueden ser razonablemente extraídos en la demanda así: de un lado, los servidores públicos en carrera especial de la Fiscalía General de la Nación que pueden ser nombrados en encargo y, por otra parte, personas que, vinculadas o no previamente a la Fiscalía General, no se encuentran en carrera pero aspiran a la misma posición mediante la figura de la provisionalidad, para efectos de suplir una vacancia temporal o definitiva dentro de los cargos de carrera administrativa al interior de la Fiscalía General de la Nación. Así lo expresan los demandantes desde el inicio de su escrito: "el primer problema se refiere a la vulneración del derecho a la igualdad (art.13), en el sentido en que el legislador dio el mismo trato al nombramiento en provisionalidad y al encargo, a efectos de cubrir una vacante temporal o definitiva en un cargo de carrera, lo cual es inadmisible."55

1. Para los demandantes, el Legislador extraordinario, al proferir las reglas para cubrir las vacancias temporales o definitivas en los cargos de carrera de la Fiscalía General de la Nación, dio un tratamiento paritario a sujetos que jurídica y fácticamente no son equiparables. Y no lo son puesto que -en opinión de los accionantes- los servidores en carrera que aspiran a ser nombrados en encargo "conocen la entidad y entienden que el rendimiento laboral, la calidad del trabajo y comportamiento laboral es fundamental y de alta importancia en la gestión del talento humano";56 por lo que "gozan de mayores beneficios e incentivos dentro de la administración pública y deben ser los primeros llamados a ocupar una vacante definitiva o temporal mediante la modalidad de encargo" en tanto que "se entiende que para acceder a la carrera administrativa, debieron pasar por un proceso complejo de selección para el ingreso a un cargo de carrera."57 Por el contrario, la designación de empleados en provisionalidad "permite la eliminación del mérito en los nombramientos de servidores públicos y no le impone ningún criterio o restricción, como tampoco justifica el porqué de esta eliminación del mérito siendo este un precepto constitucional."58

1. De esta forma, la demanda propone un vínculo entre el principio de igualdad, la idea del mérito y la ausencia de criterios de selección objetivos para cubrir las vacantes que surgen en los cargos de carrera, en los siguientes términos:

"Es claro que la Corte Constitucional debe estudiar y moderar la tensión entre la norma

demandada y la Constitución Política puesto que la norma menciona uno de los pilares de la carrera administrativa la cual es de rango constitucional, este pilar es el mérito y la norma demandada señala que se puede no aplicar el mérito, sin clarificar los motivos de esta trasgresión al principio constitucional, ni fijar el criterios o límites a este quebranto, le corresponde entonces a la Corte definir los criterios e imponer límites, de tal manera que no se quebranten los principios constitucionales y si se quebrant[an] sea de manera justificada […]. Al tratar de equiparar el nombramiento en provisionalidad al encargo, para cubrir vacancias temporales o definitivas de un cargo de carrera, vulnera con ello el principio de mérito contenido en el artículo 125 CP […].”59

1. Visto lo anterior, la Sala encuentra que existe una formulación suficiente del cargo por igualdad. En efecto, la demanda es clara en el sentido de que identifica los extremos de la comparación (servidores inscritos en carrera que aspiran a ocupar una vacante temporal o definitiva que se presenten en los empleos de carrera, por un lado, y, del otro lado, personas que, vinculadas o no previamente a la entidad, no están inscritas en la carrera pero tienen la misma aspiración de ocupar la vacante), así como las razones por las cuales considera que el tratamiento similar a sujetos diferenciados no es admisible. También es cierta en tanto que parte de una lectura objetiva del artículo 11 (parcial) del Decreto ley 020 de 2014, según la cual se desprende que el ente nominador de la Fiscalía General de la Nación puede elegir indistintamente entre la figura de la provisionalidad o el encargo para cubrir las vacantes temporales o definitivas que surjan en los cargos de carrera administrativa.

1. Asimismo, la demanda propone cargos específicos y pertinentes relacionados con lo que consideran es una presunta trasgresión del principio de igualdad (Art. 13 de la CP), en conexidad con el principio del mérito como presupuesto del sistema de carrera administrativa (Art. 125 de la CP). No se trata entonces de un cuestionamiento soportado en ideas de conveniencia o consecuencias prácticas, sino uno soportado en principios de rango constitucional y lo que significa el principio de igualdad en materia de empleos públicos. En virtud de lo expuesto, la Sala concluye que la demanda resulta suficiente al haber identificado mínimamente todos los elementos que requiere el juicio constitucional de

igualdad.

2.3. Sobre la integración de la proposición jurídica completa60

1. El artículo 6 del Decreto 2067 de 1991 confiere a esta Corporación la facultad excepcional61 de integrar textos normativos no demandados con aquéllos que son objeto de revisión, con el fin de evitar fallos inocuos, o cuando ello sea necesario para el pronunciamiento de fondo resultante de su control constitucional.

1. Esta potestad procede, entre otras circunstancias,62 cuando la demanda se dirige en contra de proposiciones jurídicas incompletas, situación que se configura "cuando a pesar de que la demanda es apta, se encuentra dirigida contra (i) palabras o expresiones de la norma que, tomadas de manera aislada no disponen de contenido normativo o contenido regulador, es decir, no producen por sí mismas efecto jurídico alguno o (ii) porque, de declarar inexequibles dichas expresiones, la norma o alguna de sus partes, perdería sentido o contenido normativo. En este evento, la extensión del objeto de control busca permitir el desarrollo del control de constitucionalidad, porque únicamente las normas con contenido jurídico pueden ser cotejadas o contrastadas con la Constitución."63

1. En el asunto bajo examen, la Fiscalía General de la Nación señaló que la demanda carece de suficiencia al no haberse dirigido contra la totalidad de disposiciones que reglamentan la figura del encargo dentro del ente acusador; en concreto, los artículos 4, 6, 7, 8, 9 y 10 del Decreto Ley 021 de 2014, "por el cual se expide el régimen de las situaciones administrativas en las que se pueden encontrar los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas." Sostiene que "esta omisión de los actores impide a la Corte contar con todos los elementos de juicio necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad de los apartes normativos acusados."64

1. Aunque las citadas disposiciones son relevantes para entender el contexto de las normas acusadas, en tanto que definen la figura del encargo, y precisan aspectos tales como el cubrimiento de la diferencia salarial, el término de duración y su vencimiento, así como la evaluación del desempeño al servidor encargado, no son necesarias para resolver el cargo propuesto. Es más, estos aspectos no generaron ningún reproche específico de parte de los accionantes. Como se explicó en el acápite anterior, el objeto central de la demanda es la equiparación de las personas que se encuentran inscritas en la carrera especial y quienes no lo están, para proveer, mediante encargo o provisionalidad las vacantes temporales y definitivas. Esto remite de forma directa al artículo 11 del Decreto ley 020 de 2014, cuyo objeto es, precisamente, definir las distintas clases de nombramientos; mientras que el Decreto ley 021 de 2014 tiene por objeto definir y explicar las situaciones administrativas que surgen al interior de la entidad, lo cual sirve de contexto, pero no es necesario para adelantar el control constitucional en los términos propuestos por los accionantes.

1. Habiéndose determinado la aptitud sustantiva de la demanda, y superados los interrogantes en torno a la integración de la unidad normativa que señaló la Fiscalía General de la Nación, se procede a la formulación del problema jurídico y la metodología a seguir.

3. Presentación del caso y formulación del problema jurídico

1. El presente expediente aborda la demanda ciudadana contra los numerales 3 (parcial) y 4 (parcial) del artículo 11 del Decreto ley 020 de 2014, “[p]or el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas.” En resumen, los accionantes reprochan al Legislador extraordinario haber equiparado la situación de, por un lado, los empleados de carrera de la Fiscalía General que aspiran a un ascenso transitorio mediante la figura del encargo con la de, por otro lado, quienes, estando vinculados previamente o no a la entidad, no ostentan derechos de carrera y aspiran a ser nombrados en provisionalidad, para efectos de cubrir las vacantes temporales o definitivas que surjan dentro de los cargos de carrera administrativa al interior de la Fiscalía General de la Nación.

1. Hechas las precisiones sobre la aptitud y el alcance de la demanda, los apartados del Decreto ley 020 de 2014 que son objeto de análisis en esta ocasión son los siguientes:

“Artículo 11. Clases de nombramiento. En la Fiscalía General de la Nación y en sus entidades adscritas la provisión de los cargos se efectuará mediante nombramiento:

1. Ordinario: Para la provisión de los empleos de libre nombramiento y remoción.

2. En período de prueba: Para la provisión de los cargos de carrera con la persona que se ubique en el primer lugar de la lista de elegibles, luego de superar el proceso de selección o concurso realizado conforme al procedimiento establecido en el presente decreto-ley.

3. Provisional: Para proveer empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción vacantes de manera temporal, cuando el titular no esté percibiendo la remuneración, mientras dure la situación administrativa.

Los cargos de carrera especial vacantes de manera definitiva también podrán proveerse mediante nombramiento provisional con personas no seleccionadas por el sistema de méritos, mientras se provee el empleo a través de concurso o proceso de selección.

Al aspirante a ocupar un empleo de carrera a través de nombramiento provisional la Fiscalía General de la Nación podrá aplicar las pruebas que considere necesarias para valorar la adecuación del perfil del aspirante al cargo a desempeñar, para lo cual, de ser requerido, se apoyará en el Departamento Administrativo de la Función Pública.

1. Para los demandantes, la posibilidad que tiene el nominador de la Fiscalía General de la Nación de escoger quién cubrirá la vacante temporal o definitiva, sin un criterio objetivo y transparente, entre servidores de carrera en encargo y personas que no están en carrera mediante la figura de la provisionalidad, es inadmisible y vulnera el derecho a la igualdad (Art. 13 de la CP), dado que ofrece un tratamiento paritario a sujetos que fáctica y jurídicamente no son equiparables; sobre todo teniendo en cuenta que los empleados en carrera merecen un trato preferencial por haber superado el examen público de ingreso. Tal

equiparación, además, erosiona la idea del mérito como presupuesto rector del empleo público (Art. 125 de la CP).

1. Dentro del término de fijación en lista, se radicaron 42 intervenciones, en su mayoría de ciudadanos que manifestaron trabajar para la Fiscalía General de la Nación y dijeron verse afectados por el mecanismo para cubrir las vacantes al interior de la entidad. Solo tres intervinientes defendieron la exequibilidad simple de las disposiciones acusadas (Departamento Administrativo de la Función Pública, Fiscalía General de la Nación y la Unión de Servidores del CTI), asegurando que el ente acusador está sujeto a un régimen especial de carrera que requiere, por necesidades del servicio, nombrar servidores en provisionalidad para garantizar la continuidad en las labores misionales de la entidad. Estas entidades también rechazaron que los servidores en carrera tengan una suerte de derecho preferencial de ascenso que implique ser nombrados en encargo por encima de aquellos otros que aspiran en provisionalidad. Las demás intervenciones ciudadanas y de organizaciones sindicales apoyaron los argumentos de la demanda, señalando que la disposición acusada ha erosionado el sistema de carrera administrativa en la entidad debido a que la mayoría de los cargos se encuentran ocupados por servidores en provisionalidad, en detrimento de las expectativas de ascenso que tienen los empleados en carrera.

1. A partir de la demanda de inconstitucionalidad, las intervenciones allegadas al proceso y una vez superado el cuestionamiento preliminar sobre la aptitud de la demanda, le corresponde a la Corte Constitucional resolver el siguiente problema jurídico:

¿Desconocen los numerales 3 (parcial) y 4 (parcial) del artículo 11 del Decreto ley 020 de 2014 el principio de igualdad (Art. 13 de la CP) y el principio del mérito como presupuesto del empleo público (Art. 125 de la CP), al disponer que las vacantes temporales y definitivas que se presenten en los cargos de carrera de la Fiscalía General de la Nación podrán ser cubiertas, indistintamente y sin algún criterio guía, tanto por empleados en carrera mediante encargo, o por personas que no están en carrera mediante la provisionalidad, pese a las diferencias existentes entre estos sujetos?

1. Con el propósito de ilustrar los aspectos centrales de análisis, la Sala desarrollará los siguientes temas: (i) el principio del mérito y la consagración de la carrera administrativa dentro de la Carta Política de 1991; (ii) el sistema de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y su implementación inconclusa; (iii) el principio de igualdad y su materialización dentro del acceso al empleo público; para finalmente (iv) resolver el cargo propuesto.

4. El principio del mérito y la consagración de la carrera administrativa dentro de la Carta Política de 1991. Reiteración de jurisprudencia65

1. En el marco de la regulación de la función pública, como parte del componente institucional diseñado por el Constituyente de 1991, el artículo 125 superior contiene algunos de los mandatos aplicables a la relación entre el Estado y los servidores públicos, con el objetivo de procurar la satisfacción de los fines establecidos en el Preámbulo y en el artículo 2 de la Constitución, entre otros.66 En concreto, el artículo 125 establece (i) el régimen de carrera como regla general de vinculación con el Estado,67 (ii) el concurso público como instrumento de clausura o cierre para acreditar el mérito cuando la Constitución o la ley no establezcan otro sistema de nombramiento, (iii) la obligación de satisfacer las condiciones y requisitos previstos en la ley como indicativos del mérito y las calidades personales, para el ingreso y ascenso en el régimen de carrera, y la garantía de que el retiro del servicio se produce por calificación insatisfactoria, violación al régimen disciplinario y las demás causales constitucionales y legales, y (iv) la prohibición de que la filiación política influya en el nombramiento, ascenso o remoción de un empleado de carrera.

1. A partir de tales contenidos, es válido afirmar que el Constituyente de 1991 consideró como elemento fundamental del ejercicio de la función pública el principio del mérito y que previó a la carrera, sistema técnico de administración del componente humano,68 como un mecanismo general de vinculación; en el marco del cual 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. Además, fijó aspectos normativos precisos sobre las excepciones al régimen de carrera y los criterios relevantes para el ingreso, ascenso y desvinculación del servicio, y reservó otros al margen de configuración del Legislador, habilitación que debe leerse en concordancia con lo establecido en el artículo 150.23 de la Constitución69 y con aquellos límites sustantivos que derivan de la Carta.

1. Por lo anterior, la carrera adquiere relevancia en el Estado colombiano desde tres criterios:

"(i) El carácter histórico, con el cual se indica que a través de la historia del constitucionalismo colombiano han sido formuladas diversas reformas constitucionales y legales tendientes a hacer prevalecer el sistema de carrera como la vía por excelencia para acceder al servicio público y de esa manera eliminar prácticas clientelistas, de "amiguismo" o nepotismo, basadas en la función pública y en generar que se acceda a los cargos estatales equitativa y transparentemente realizando una valoración del mérito de los aspirantes.

(ii) El segundo criterio es conceptual y hace referencia a que la carrera debe ser entendida como un principio constitucional que cumple con dos objetivos: (i) ser el estándar y método por excelencia para ingresar al servicio público y; (ii) generar una fórmula de interpretación de las reglas relativas al acceso a cargos del Estado que deben comprenderse a tal punto que cumplan los requisitos y finalidades de la carrera, especialmente el acceso de acuerdo al mérito de los aspirantes.

(iii) El último criterio es teleológico, por cuanto guarda una estrecha relación con las finalidades que tiene la carrera en el Estado constitucional. Por tal motivo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que al interpretar armónicamente el contenido del artículo 125 C.P. con normas superiores lleva a concluir que el principio de carrera tiene una función articuladora de diversos fines que cuentan con un reconocido valor para el

ordenamiento.”70

1. En efecto, el Estado Social de Derecho se construye a partir de la conjunción de principios, valores y fines constitucionales que le dan identidad y permiten su realización. Uno de ellos es el principio del mérito para el ejercicio de las funciones públicas, considerando que “el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública” y, por consiguiente, esta forma de Estado riñe con la provisión de los empleos públicos a partir de “factores de valoración que repugnan a la esencia misma del Estado Social de Derecho, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo.”71

1. A la luz de lo anterior, esta Corporación ha reiterado el carácter instrumental que ostenta la carrera administrativa como expresión del mérito, regla general del acceso a cargos públicos y sistema técnico de administración del talento humano, para (i) la consecución de finalidades institucionales y, además, para (ii) la garantía de derechos fundamentales.72

1. La eficacia ha sido entendida como expresión de una cualidad de la acción administrativa en beneficio de la satisfacción de los cometidos, de diversa índole, que justifican la existencia misma del Estado; y, la eficiencia, comprendida como la maximización del cumplimiento de los objetivos estatales a través de las medidas adecuadas.75 En cuanto a la moralidad, imparcialidad y transparencia también es evidente su vínculo con la carrera administrativa, en razón a que el mérito como sustento de la vinculación de personas al Estado constituye un criterio que, además de tener la potencialidad de ser valorado con objetividad, determina que quienes están mejor cualificados accedan al empleo público, alejando de la selección factores discriminatorios u odiosos que por supuesto no repercuten en la satisfacción adecuada de los cometidos estatales.

1. Además de lo anterior, se ha destacado que la carrera incide de manera definitiva en derechos fundamentales tales como la participación en el ejercicio del poder político, a través del acceso al desempeño de funciones y cargos públicas, artículo 40.7 de la CP;76 la protección de las posiciones fundamentales de las que son titulares los trabajadores, como la estabilidad, la capacitación profesional, entre otras. Finalmente, y de manera especial, también se ha llamado la atención sobre la vinculación de la carrera con el derecho a la igualdad, en el trato y en las oportunidades.

5. El sistema de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y su implementación inconclusa

1. En el ordenamiento jurídico, la carrera administrativa se articula en torno a tres categorías, a saber: (i) el sistema general de carrera, (ii) los sistemas especiales de carrera de origen constitucional y (iii) los sistemas especiales de carrera de creación legal.77 El sistema general de carrera es aquel establecido en el artículo 125 superior, como regla general, para la gran mayoría de empleos públicos en los niveles nacional y territorial, central y descentralizado, el cual se encuentra regulado por 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”.

1. En principio, el Legislador dispone de una amplia competencia para delimitar las condiciones de cada régimen de carrera, puesto que “las necesidades particulares presentes en algunas instituciones pueden justificar, a partir de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, algunas medidas que en otro sector no lo estarían.”78 No obstante, la jurisprudencia ha advertido que “al Legislador le está vedado, con ocasión de su margen de configuración, subvertir el orden delineado por el Constituyente sobre la aplicación del principio del mérito en el acceso a los cargos del Estado y la adopción de la carrera y el recurso al concurso público, por regla general, como sistema de administración de personal y medio para la provisión de cargos en el Estado, respectivamente.”79 De modo que el Legislador podrá, para los respectivos cargos, definir qué es el mérito y qué aspectos relativos a la capacidad e idoneidad –según las necesidades propias del servicio

administrativo- se resaltan o juzgan, pero no podrá abandonar el principio del mérito como presupuesto de los diversos sistemas de carrera.80

1. Por su relevancia para el presente asunto, es necesario señalar que la Fiscalía General de la Nación tiene un sistema especial de carrera de origen constitucional, por expresa disposición del artículo 253 de la Carta, el cual establece que "la ley determinará lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, al ingreso por carrera y al retiro del servicio […] de los funcionarios y empleados de su dependencia."

1. En desarrollo de dicha preceptiva superior, el artículo 159 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, reiteró que la Fiscalía General de la Nación "tendrá su propio régimen autónomo de carrera sujeto a los principios del concurso de méritos y calificación de servicios, orientado a garantizar la igualdad de oportunidades para el ingreso, permanencia y ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados que la conforman."

1. Por su parte, la Ley 909 de 2004, que reglamenta el régimen general de carrera, reafirma, en el artículo 3º, el carácter especial del régimen de la carrera administrativa de la Fiscalía General de la Nación, al señalar que sus disposiciones se aplicarán, con carácter supletorio, a los servidores públicos de las carreras especiales, mencionando dentro de estas a la Fiscalía.

1. Posteriormente, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 1654 de 2013,81 el Presidente de la República expidió el Decreto ley 020 de 2014, "por el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas". En su artículo 2º, define esa carrera especial como "sistema técnico de administración de personal que, en cumplimiento de los principios constitucionales de la función pública, busca garantizar la igualdad de oportunidades para

acceder a los cargos, previa demostración del mérito; proteger los derechos de los servidores a la estabilidad y permanencia en los mismos; desarrollar las capacidades técnicas y funcionales del servidor mediante la capacitación, los estímulos y el ascenso." Dentro de este sistema especial de carrera se encuentran contenidas las disposiciones ahora acusadas.

1. Pese a la consagración constitucional del régimen especial de la Fiscalía General de la Nación y la adopción expresa del mérito como criterio ordinario para la designación de sus servidores mediante concurso público, la jurisprudencia ha constatado cómo este mandato se ha venido postergando en el tiempo. En este punto, la Sala considera oportuno detenerse en la implementación del sistema de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación para así entender el contexto en el que surge el presente cuestionamiento constitucional, el cual está relacionado precisamente con la provisión de vacantes temporales y definitivas al interior de la entidad.

1. Existen tres providencias constitucionales hito que dan cuenta de las dificultades que han surgido para materializar en la práctica el sistema de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación. En primer lugar, debe destacarse el fallo de tutela T-131 de 2005,82 en el que la Sala Tercera de Revisión conoció una acción de amparo cuyo objeto era exigir que se ejecutara una sentencia de cumplimiento dictada por el Consejo de Estado, en la cual se ordenó al Fiscal General de la Nación poner en práctica las normas del Decreto 261 de 200083 relacionadas con el régimen de carrera dentro de la institución. La Sala Tercera determinó que la tutela no era procedente para exigir la efectividad de la sentencia de cumplimiento. Sin embargo, consideró que la tutela sí era procedente para amparar el derecho fundamental invocado – "el derecho de todos los ciudadanos de "[a]cceder al desempeño de funciones y cargos públicos (…)", contemplado en el numeral 7 del artículo 40 de la Constitución, a través de un concurso público, en el que se garanticen condiciones de igualdad (C.P., art. 13)." La Fiscalía General de la Nación se excusó en que no le habían sido asignados los recursos necesarios para llevar a cabo el concurso, ni conocía cuál iba a ser su estructura final de cargos dado el cambio al sistema penal acusatorio. Frente a lo cual la Sala Tercera constató que dichos obstáculos ya habían sido superados, por lo que concluyó que

era necesario “asegurar que, finalmente, después de tantos años desde la expedición de la Constitución de 1991, el ingreso, ascenso, permanencia y retiro de los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación se rija por las normas contenidas en los artículos 125 y 253 de la Constitución. Evidentemente, la situación actual es inaceptable a la luz de la Constitución, de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y de los distintos Estatutos Orgánicos que han regido la Fiscalía.” En consecuencia, dictó una orden compleja para que la institución tomara medidas concretas, efectivas y conducentes para realizar los concursos dentro de un término razonable y, de esta manera, poner en práctica el régimen de carrera.84

1. Luego, en Sentencia C-279 de 2007,85 la Sala Plena conoció una demanda contra varias disposiciones de la Ley 938 de 200486 -que reemplazó el Decreto 261 de 2000- debido a que, en opinión del accionante, permitía que los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación fuesen nombrados en provisionalidad sin necesidad de concurso, y también permitía su desvinculación sin conocer las razones de su retiro, obedeciendo a la simple discrecionalidad del nominador. La Corte resolvió declarar exequible la facultad en cuestión, en el entendido de que, en el caso de los funcionarios designados en provisionalidad en cargos de carrera, el acto de desvinculación deberá ser motivado por razones del servicio específicas. Y en lo que resulta de mayor interés para el presente asunto, declaró la exequibilidad del primer inciso del artículo 70 de la Ley 938 de 2004, que permitía el nombramiento de servidores en provisionalidad cuando no fuese posible cubrir las vacantes a través del encargo, “en el entendido de que a más tardar el 31 de diciembre de 2008 la Fiscalía General de la Nación deberá haber culminado la aplicación del sistema de carrera en la entidad, mediante los concursos públicos de mérito correspondientes.” Lo anterior por cuanto que el nombramiento en provisionalidad se había convertido incorrectamente “en la regla general en la Fiscalía General de la Nación para lo que tiene que ver con los nombramientos de sus servidores”; por lo que concluyó que “a la luz de la Constitución es incompatible con la Carta que todavía no se haya implementado el sistema de carrera en la Fiscalía General de la Nación, ya que esto conlleva la vulneración de los derechos a la igualdad y al debido proceso, así como la vulneración de los principios constitucionales que rigen el acceso por mérito.”87

1. Bajo el impulso de la anterior decisión, en el año 2007, la Fiscalía General de la Nación realizó un concurso para proveer 4.697 plazas mediante concurso público. Sin embargo, para esa fecha, el número total de cargos de carrera de la misma naturaleza y perfil de los convocados ascendían ya a 9.498. El desfase88 entre el número de cargos total en carrera y la convocatoria, produjo varias disputas entre quienes aspiraban a ser nombrados en los cargos de carrera disponibles, así como aquellos servidores en provisionalidad que debían ceder su puesto. La multiplicidad de intereses constitucionales encontrados, así como la relevancia social del asunto, llevaron a que la Sala Plena se ocupara del caso mediante Sentencia SU-446 de 2011.89 Más allá de la resolución de los casos en concreto, se destaca para efectos del presente expediente que la Sala Plena nuevamente llamó la atención -por tercera vez- a la Fiscalía General de la Nación sobre la necesidad y urgencia de convocar a concursos públicos para superar el escenario generalizado de provisionalidad al interior de la entidad:

"Teniendo en cuenta lo expuesto en numerales anteriores, en el sentido de que la Fiscalía General de la Nación debe convocar a nuevos concursos para satisfacer los requerimientos específicos que el legislador le ha impuesto y teniendo en cuenta que su planta de personal ha ido en aumento, pues de 18.200 cargos de carrera que tenía en el año 2005 pasó a 20.659, de los cuales un alto porcentaje todavía están ocupados por empleados en provisionalidad, se requiere que, de forma inmediata, la Fiscal General de la Nación ordene el estudio de perfiles para que, en un término máximo de seis (6) meses, a partir de la notificación de este fallo, inicie los trámites para convocar el concurso o concursos públicos necesarios para proveer todos y cada uno de los cargos de carrera que en la actualidad son ejercidos en provisionalidad y los que se encuentren vacantes, incluidos los cargos permanentes y transitorios creados por la Ley 975 de 2005 y el Decreto 122 de 2008. Lo anterior significa que todos y cada uno de los cargos de carrera de la Fiscalía General de la Nación deben quedar provistos mediante el sistema de concurso público en un término no mayor a los dos (2) años, contados a partir de la notificación de este fallo.

[…]

Algunos podrán argumentar que una orden de esta naturaleza generará caos en el ente

fiscal, porque el concurso puede producir una alta renovación de la fuerza laboral, que necesariamente ha de impactar en la función que constitucionalmente le asignó el Constituyente a la Fiscalía General de la Nación. Si bien esta afirmación puede ser cierta y nada deleznable, también lo es que después de 20 años de vigencia de la Constitución, la Corte Constitucional está obligada a velar por su supremacía y vigencia, razón por la que no puede permitir que se siga aplazando el cumplimiento de la regla constitucional contenida en el artículo 125.”90

1. Luego de esto, nuevamente cambió el marco legal; esta vez, a través del ejercicio de las facultades extraordinarias del Presidente de la República, mediante el Decreto ley 020 de 2014. En su artículo 118 se estableció que “dentro de los tres (3) años siguientes a la entrada en vigencia del presente decreto ley, las Comisiones de la Carrera Especial deberán convocar a concurso los cargos de carrera que se encuentren vacantes definitivamente o que estén provistos mediante nombramiento provisional o encargo.” El tiempo transcurrió y se cumplió el plazo previsto, pero no se materializó el sistema de carrera especial en los términos previstos. Esto último suscitó, a comienzos del año 2020,91 el impulso de una acción de cumplimiento para lograr la realización de los concursos de mérito.

1. Mediante Sentencia del 4 de marzo de 2020, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca92 declaró el incumplimiento por parte de la Fiscalía General de la Nación de lo establecido en el artículo 118 del Decreto ley 020 de 2014. Consideró que la norma invocada “contiene un mandato (i) claro en cuanto va dirigido a la Comisión de la Carrera Especial, en este caso de la Fiscalía General de la Nación, (ii) expreso toda vez que, ordena que se debe convocar a concurso los cargos de carrera que se encuentren vacantes definitivamente o que estén provistos mediante nombramiento provisional o encargo; y (iii) actualmente exigible.” Igualmente, advirtió que “las entidades no pueden, so pretexto de la falta de recursos o de planeación adecuada, convertir el uso del concurso público de méritos en una potestad discrecional y mucho menos volver permanente la provisionalidad y libre disposición de los cargos de carrera administrativa.” En consecuencia, declaró el incumplimiento y ordenó a la entidad, en el término de seis meses, “adelantar todas las tareas administrativas pertinentes

y necesarias con el fin de obtener las partidas presupuestales correspondientes que permitan atender los concursos públicos de mérito de la entidad, y una vez vencido el término anterior, proceda a realizar las respectivas convocatorias para proveer los cargos de carrera que se encuentren vacantes definitivamente o que estén provistos mediante nombramiento provisional o encargo en la misma."

1. Esta decisión fue confirmada por el Consejo de Estado, en Sentencia del 22 de octubre de 2020.93 El Tribunal de cierre de lo Contencioso Administrativo explicó que, aun teniendo en cuenta la modificación a la planta de personal impuesta por el Decreto ley 898 de 2017 -que conllevó a reevaluar los estudios adelantados para someter a concurso las plazas vacantes-, dicha norma se dictó hace más de tres años, lo que demuestra que la argumentación expuesta para justificar el no cumplimiento carece de vocación de prosperidad. Por el contrario, "la accionada ha contado con un lapso superior a 6 años, para atender la exigencia impuesta en el decreto ley en mención."

1. Poco tiempo después, los promotores de la acción de cumplimiento iniciaron una solicitud de desacato contra la Fiscalía General. En respuesta, la entidad manifestó que mediante Acuerdo No. 001 de 16 de julio de 2021, había convocado a concurso de mérito para proveer 500 vacantes definitivas, estableciendo que 150 serán en la modalidad de ascenso y 350 en la modalidad de ingreso. Pese al concurso en mención, el pasado 24 de noviembre de 2021,94 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró en desacato a la Presidenta de la Comisión de Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, la sancionó pecuniariamente y la instó a "a darle cabal cumplimiento a la orden impartida dentro del asunto de la referencia en sentencia del 4 de marzo de 2021 y confirmada por el Consejo de Estado." De acuerdo con el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el concurso propuesto para proveer 500 plazas no se compadece con el mandato de materializar el sistema de carrera al interior de la Fiscalía General de la Nación, dados los más de 17.000 cargos que aún deben ser provistos por concurso:

"En ese contexto, la Sala encuentra incumplida la orden proferida dentro del presente asunto, toda vez que, la orden emitida buscaba que la entidad accionada propendiera de manera real proveer sobre la totalidad de los cargos que se encuentran en vacancia

definitiva o provistos en las modalidades de provisionalidad o encargo. En ese sentido, el numero de 500 cargos convocados a concurso frente a los más de 17.000 cargos de carrera que se encuentran para proveer, resulta irrisorio, pues, con convocatorias de 500 cargos, la Fiscalía General de la Nación deberá adelantar más de 34 concursos de mérito en aras de darle el cabal cumplimiento a la orden proferida dentro del presente asunto. // Caso distinto fuese, en el evento que se vea una voluntad real por parte de la entidad de proveer sobre la totalidad de las vacantes de carrera administrativa con que cuenta en vacancia definitiva o provistas mediante la modalidades de provisionalidad o encargo; es decir, que se hubiera convocado a concurso un número más elevado de vacantes, hubiere sido de recibo para la Sala en el entendido que la norma acusada, establece la gradualidad de los concursos para proveer sobre los cargos de carrera de la entidad, sin embargo y como ya se dijo, el número de vacantes ofertadas en la convocatoria que se adelanta bajo el Acuerdo No. 001 del 16 de julio de 2021, es muy bajo en comparación con el número total de cargos de carrera que se encuentran para proveer."95

1. Como corolario de lo hasta aquí expuesto, la Sala reconoce que, por sus necesidades particulares y su misión constitucional, la Fiscalía General de la Nación cuenta con un sistema especial de carrera administrativa; el cual, de todos modos, se sustenta en el principio del mérito y la regla general de provisión de los empleos mediante la realización de concursos públicos.96 Las últimas décadas, sin embargo, han evidenciado que la ejecución de este mandato ha enfrentado una serie de obstáculos que han impedido su materialización. Mediante acciones de tutela, demandas de inconstitucionalidad y acciones de cumplimiento, tanto la Jurisdicción Constitucional como la Jurisdicción Contencioso Administrativa han venido constatando sus desafíos y la necesidad de avanzar prontamente con el sistema de carrera dado que "a la luz de la Constitución es incompatible con la Carta que todavía no se haya implementado el sistema de carrera en la Fiscalía General de la Nación."97

1. En la actualidad, según se desprende de los informes públicos, la Fiscalía General de la Nación tiene una nómina aproximada de 24.000 funcionarios, pero de estos tan solo 5.503 son servidores en carrera, lo que equivale al 23% del total.98

6. El principio de igualdad en el acceso al empleo público y la posibilidad de nombrar servidores por métodos distintos al concurso público

1. La igualdad cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional por tratarse simultáneamente de un valor, de un principio y de un derecho fundamental. Este múltiple carácter se deriva de su consagración en preceptos que cumplen distintas funciones. Así, por ejemplo, el preámbulo establece entre los valores que pretende asegurar el nuevo orden constitucional la igualdad, mientras que el artículo 13 superior ha sido considerado como la fuente del principio y del derecho fundamental de igualdad. Adicionalmente existen otros mandatos de igualdad dispersos en el texto constitucional, que en su caso actúan como normas especiales que concretan la igualdad en ciertos ámbitos definidos por el Constituyente.99 Por ejemplo, el artículo 53 superior reafirma el derecho a la "igualdad de oportunidades para los trabajadores" y en el numeral 7º del artículo 40 dispone que "todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede (…) Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos."

1. El principio de igualdad es uno de los elementos más relevantes del Estado constitucional de derecho.100 En términos generales, ordena dar un trato igual a quienes se encuentran en la misma situación fáctica, y un trato diverso a quienes se hallan en distintas condiciones de hecho. Esta formulación general no refleja sin embargo la complejidad que supone su eficacia en un orden jurídico orientado bajo los principios del Estado Social de Derecho, ni deja en claro qué elementos son relevantes para el derecho al momento de verificar las condiciones de hecho, considerando que todas las personas y situaciones presentan semejanzas y diferencias.101

1. La Corte ha señalado que la igualdad comprende cuatro supuestos posibles (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten

ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes.102

1. En el contexto específico del acceso al empleo público, la jurisprudencia ha sido consistente en señalar que el mérito es el parámetro o referente válido para determinar si se justifica o no un trato diferenciado. Así lo explicó recientemente la Sala Plena en Sentencia C-503 de 2020:

"Es en aplicación del mérito como parámetro o referente de igualdad en el acceso a los empleos y funciones públicas, que resulta reprochable que el Legislador acuda a criterios no destinados a determinar las capacidades del aspirante, tales como su edad o, incluso, no haberse presentado en un concurso anterior, sin haber resultado elegido. Igualmente, es en razón del mérito, que la jurisprudencia de este tribunal ha considerado que proferir un trato igual o paritario a quienes tengan méritos diferentes es una violación caracterizada del principio de igualdad. Igualmente, se encontró constitucional, frente al derecho a la igualdad en el acceso a los empleos y funciones públicas y en nombre del principio del mérito, que el Legislador excluya a los empleados en provisionalidad, de los beneficios reconocidos a los empleados inscritos a la carrera."103

1. Ahora bien, aunque el concurso público como instrumento para acreditar el mérito en el régimen de carrera está expresamente previsto en la Constitución, es claro que (i) el mérito es exigible para el acceso a cualquier tipo de cargo en el Estado y que (ii) el concurso no es el único medio para su comprobación. Al respecto, la sentencia C-534 de 2016104 aclaró que "no es sólo en la carrera administrativa, en donde [el mérito] su mayor expresión encuentra sentido, dado que con independencia del cargo de que se trate, lo cierto es que la prestación eficiente de los servicios a cargo del estado exige, como condición necesaria, la concurrencia de capacidades en quienes están encargados de su prestación." En esta misma dirección, la Sentencia C-084 de 2018105 explicó que "[a] pesar de la relevancia del concurso en la

provisión de empleos públicos, dicha modalidad de vinculación no es exclusiva de la carrera administrativa, como tampoco lo es el criterio del mérito para la selección de los aspirantes. En efecto, la acreditación de las respectivas calidades para el empleo también se exige respecto de cargos que no sean de carrera, en virtud de los distintos mecanismos que se dispongan para establecer la idoneidad de los aspirantes." Más recientemente, la Sentencia C-503 de 2020 reiteró que "aunque tradicionalmente se ha asimilado el principio del mérito con el sistema de manejo del personal denominado de carrera, ya que es allí donde se materializa el mérito de la manera más palpable y exigente, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que se trata de un mandato transversal predicable no únicamente de los empleos de carrera, sino de todo empleo público y, en general, del ejercicio de las funciones públicas."106

1. De modo que el mérito es el principio transversal y la piedra angular sobre el cual se instituye el servicio público. Pero de ello no se sigue que el concurso sea el único mecanismo para acreditar tal calidad, ni que los empleos y cargos públicos que respondan a otros caminos de ingreso sean ajenos al ideal del mérito. En efecto, las excepciones a la carrera administrativa (v.gr. el libre nombramiento y remoción, la elección popular o los trabajadores oficiales) no implican que esas formas de elección o designación no expresen el mérito o se contrapongan al mismo.107 El mérito no necesariamente es sinónimo de capacidades técnicas y títulos académicos, pues en un sentido amplio cobija tanto calificaciones objetivas como la valoración -transparente- de aspectos subjetivos necesarios para acreditar la aptitud, como lo es la idoneidad moral del aspirante.108

1. Para terminar este capítulo, la Sala retomará varias providencias que contienen antecedentes relevantes para el expediente bajo estudio y de las cuales es posible extraer las siguientes conclusiones: (i) los empleados en carrera han superado satisfactoriamente el concurso de méritos, por lo que es razonable que el Legislador diseñe mecanismos de estímulos para este tipo de servidores sin transgredir el principio de igualdad; (ii) es válido realizar nombramientos en provisionalidad dentro de una entidad pública para garantizar la continuidad en la prestación del servicio, siempre y cuando no se desnaturalice su vocación

transitoria; (iii) la designación de empleados en provisionalidad o encargo, en tanto que acto administrativo, implica la sujeción al deber de motivación; y (iv) es legítimo que el nominador de una entidad con régimen especial de carrera elija entre empleados inscritos en la misma y personas ajenas a la carrera para cubrir las vacantes dentro del sistema de carrera, en encargo o en provisionalidad.

1. Primero, los empleados en carrera han superado satisfactoriamente el concurso de méritos, por lo que es razonable que el Legislador diseñe mecanismos de estímulos para este tipo de servidores sin transgredir el principio de igualdad. Los servidores de carrera son aquellos que participaron y aprobaron satisfactoriamente un concurso público en el que demostraron disponer, por encima de los otros candidatos, de los méritos requeridos para el ejercicio del cargo en condiciones de idoneidad y estabilidad y, en razón de la evaluación periódica de su desempeño, permanecen en el ejercicio del cargo. Esto supone una diferencia fáctica y jurídica relevante frente a otro tipo de servidores que no ingresaron al empleo público mediante concurso de mérito.

1. A raíz de esto, la Corte ha avalado, por ejemplo, que en el marco de la libertad de configuración legislativa sobre carrera, se diseñen concursos mixtos dentro de las entidades públicas que estimulen la estabilidad y el ascenso de los funcionarios de carrera.109 Por ejemplo, en Sentencia C-034 de 2015 la Sala Plena declaró exequible una norma del Decreto ley 020 de 2014 que dispuso reservar, en favor de los servidores en carrera, un 30% de las vacantes a proveer en la Fiscalía General de la Nación. De acuerdo con esta providencia, “en la carrera es esencial realizar una motivación a los funcionarios que permita garantizar mejores resultados incentivándolos para permanecer y ascender en la misma”, lo cual garantiza que “la carrera sea un sistema integral del servicio público y no solamente una forma de ingreso al mismo.”110

1. Siguiendo esta orientación, la Sentencia C-077 de 2021 convalidó un sistema mixto de concurso dentro del régimen general de carrera previsto por la Ley 909 de 2004. Concluyó

que el “concurso de ascenso cuestionado pretendía la consecución de finalidades constitucionales importantes, dirigidas a (i) estimular la estabilidad y permanencia en el servicio público de personas idóneas y capacitadas en su ejercicio (Arts. 53 y 125 de la CP), (ii) generar movilidad en las plantas de empleo, en beneficio de la valorización del capital humano en el sector y, por lo tanto, de la correcta y adecuada función pública (Art. 209 de la CP), y (iii) promover la implementación de un sistema efectivo de carrera, que reduzca la provisionalidad.”111

1. Segundo, es válido realizar nombramientos en provisionalidad dentro de una entidad pública para así garantizar la continuidad en la prestación del servicio, siempre y cuando no se desnaturalice su carácter transitorio. A diferencia de los servidores en carrera, los empleados en provisionalidad no han superado concurso alguno de méritos y sin embargo han venido ocupando progresivamente cargos de carrera en las distintas entidades públicas. Esta situación ha generado varias demandas de inconstitucionalidad de ciudadanos que consideran que tal nombramiento supone apartarse del principio del mérito. La jurisprudencia ha admitido esta posibilidad, siempre y cuando se entienda como un evento excepcional para garantizar la continuidad del servicio.

1. En Sentencia C-077 de 2004,112 la Corte estudió varias disposiciones del régimen espacial de la Procuraduría General de la Nación y admitió la validez de los nombramientos en provisionalidad por cuanto que: (i) con “un criterio racional y práctico se impone como una necesidad la provisión del cargo en forma temporal o transitoria, mientras se puede hacer la provisión definitiva”, a efectos de que no se afecte la continuidad del servicio, dado que el nombramiento por concurso requiere la realización del propio concurso con sus etapas, es decir, de un tiempo mínimo para su desarrollo y ejecución; (ii) tiene carácter esencialmente temporal,113 de acuerdo con los límites y condiciones previstos por el Legislador; y (iii) no posibilita la designación de personas que no cumplan con los requisitos del cargo, pues la misma norma señala que “nadie podrá posesionarse en un empleo de la Procuraduría General de la Nación sin el lleno de los requisitos constitucionales y legales exigidos.”

1. Posteriormente, la Sentencia C-753 de 2008114 estudió un cargo similar, esta vez, en el

contexto del régimen especial del sector defensa previsto por el Decreto ley 091 de 2007. Frente a la posibilidad de realizar nombramientos en provisionalidad, reiteró que (i) “el nombramiento en provisionalidad o en encargo son excepciones a la regla general”; (ii) estas excepciones son válidas “en aras de preservar la continuidad del servicio público de la administración, y no vulneran el principio de carrera administrativa ni el principio de igualdad de oportunidades, siempre y cuando el Legislador fije claros límites temporales a ella, y la administración justifique dichos nombramientos en provisionalidad o en encargo mediante actos administrativos motivados.” De todos modos, condicionó la exequibilidad del aparte demandado bajo el entendido de que la provisión de cargos del sector defensa en forma provisional o por encargo, con miembros en servicio activo de la Fuerza Pública, “deberá ser justificada mediante acto administrativo motivado, en donde se deberán exponer las razones por las cuales se considera que es estrictamente necesario dicha provisión en provisionalidad o en encargo.”

1. Tercero, la designación de empleados en provisionalidad o por encargo, en tanto que acto administrativo, implica la sujeción al deber de motivación. De forma reiterada, esta Corporación ha explicado que la motivación de los actos administrativos115 responde al diseño constitucional adoptado por la Carta Política de 1991. De ahí que, por regla general, la administración “tiene el deber de motivar los actos a través de los cuales se materializa el poder del Estado en cada una de sus instituciones; es decir, tiene la obligación de hacer explícitas los fundamentos o razones de hecho y de derecho de sus decisiones. Para el caso colombiano, ello es consecuencia directa del diseño adoptado en la Carta Constitucional de 1991.”116

1. En Sentencia SU-250 de 1998,117 la Sala Plena unificó por vez primera su jurisprudencia sobre el deber de motivación de los actos administrativos. Allí, explicó que la discrecionalidad no puede confundirse con la arbitrariedad. La definición misma de Colombia como un Estado social de derecho, significa que “una de sus consecuencias es el sometimiento al derecho, de ahí la importancia de la motivación del acto administrativo puesto que de esta manera se le da una información al juez en el instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho

acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo” de modo que “la discrecionalidad no supone la libertad de la administración para actuar prescindiendo de la necesidad de justificar la realidad de la actuación concreta.”118

1. Este precedente fue luego sistematizado por la Sentencia SU-917 de 2010,119 donde la Sala Plena explicó cómo el deber de motivación de los actos administrativos guarda relación directa con importantes preceptos de orden constitucional, entre los cuales se destacan los siguientes:

(i) la cláusula de Estado de Derecho que consagra el artículo 1º superior y que encierra el principio de legalidad de las actuaciones de los entes públicos, eliminando así la arbitrariedad en sus actuaciones. Una de las formas en las que se materializa es en la obligación de motivar lo actos administrativos toda vez que ésta es la forma en la que se verifica la sujeción de la administración al imperio de la ley;

(ii) el debido proceso, incluido en el artículo 29 superior, que plantea como presupuesto para hacer efectivo el derecho de contradicción y de defensa, que los administrados tengan argumentos que puedan ser controvertidos cuando no están de acuerdo con las actuaciones de las autoridades;

(iii) el principio democrático, en virtud de los artículos 1°, 123 y 209 de la Constitución, que lleva implícito el deber de motivar los actos administrativos como la obligación que tienen las autoridades de rendir cuentas a los administrados acerca de sus actuaciones.

(iv) el principio de publicidad que establece el artículo 209 superior frente a la función administrativa. Este mandato se encuentra estrechamente relacionado con los conceptos de Estado de Derecho y de democracia, dado que garantiza la posibilidad de que los administrados conozcan las decisiones de las autoridades, y así puedan controvertir aquellas con las que no están de acuerdo.120

1. Este fundamento constitucional ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia frente a las decisiones de desvinculación de empleados en provisionalidad, frente a los

cuales esta Corporación ha sostenido que existe una estabilidad laboral relativa o intermedia.121 Precisamente, la Corte ha resuelto múltiples acciones de amparo de funcionarios en provisionalidad de la Fiscalía General de la Nación, quienes reclaman que su desvinculación fue arbitraria al no estar motivada. La Sala Plena les ha dado la razón reivindicando el deber de motivación en los siguientes términos: "En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas."122

1. Ahora bien, aunque la mayoría de casos concretos han tenido que ver con la desvinculación o retiro de funcionarios en provisionalidad, la jurisprudencia constitucional también ha sostenido que el nominador está en el deber de motivar cuando recurre a los nombramientos por encargo o provisionalidad para suplir cargos de carrera vacantes. Claro está que el contenido de la motivación es distinto entre un nombramiento y una desvinculación, debido a su impacto diferenciado sobre los derechos fundamentales del trabajador. Además, deben considerarse las particularidades de los distintos regímenes de carrera, en tanto que el Legislador ha cualificado en algunos sistemas el deber de motivación del nombramiento; por ejemplo, al consagrar un derecho de preferencia en favor de determinados servidores.

1. En el caso del régimen especial del sector defensa, la Sentencia C-753 de 2008 señaló que: "la jurisprudencia de esta Corte ha sido clara al establecer el deber de motivación de los actos administrativos mediante los cuales se realizan los nombramientos en provisionalidad o en encargo o suprimen cargos en provisionalidad, ya que de un lado debe justificarse las razones por las cuales se recurre a las vías de excepción para proveer cargos de carrera pública."123 Más recientemente, la Sentencia C-503 de 2020, al referirse al sistema de la Procuraduría General de la Nación, recordó la importancia del deber de motivación de los

nombramientos, pero también lo ajustó de acuerdo con las particularidades de dicho régimen especial, concluyendo que “el hecho de estar inscrito en el régimen de carrera de la entidad, ciertamente puede ser un criterio a tener en cuenta por el nominador en el marco de su discrecionalidad para proveer el cargo y al momento de motivar el acto administrativo, pero no genera, por sí mismo, un derecho que ubica al servidor de carrera en situación de privilegio o prelación frente al particular.”124

1. Esta última precisión es importante también para el caso objeto de estudio. En efecto, a diferencia del sistema general de carrera administrativa,125 existen otros sistemas especiales en los que el Legislador no consagró un derecho de prelación en favor de los servidores de carrera para cubrir las vacantes que se presenten en la entidad. Y en ausencia de tal derecho de prelación, el deber de motivación no supone la obligación de incluir las razones por las cuales se escoge un candidato en provisionalidad, en lugar de los demás servidores en carrera que aspiran ser nombrados por encargo. En este punto, el deber de motivación es de alcance general y se satisface al hacer explícitas los fundamentos o razones de hecho y de derecho de la decisión de nombramiento, incluyendo -claro está- la justificación de la idoneidad de quien será nombrado para cubrir la vacante.

1. Este deber general de motivación ha sido ratificado en el régimen de la Fiscalía General de la Nación, al incluir entre sus principios rectores, la publicidad, la igualdad de oportunidades, la transparencia y la garantía de imparcialidad; esta última, en particular, exige que “las etapas del proceso de ingreso, permanencia, ascenso y retiro de los servidores de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas, deben desarrollarse y ejecutarse con las garantías del debido proceso y la selección objetiva”;126 al tiempo que aboga por que el ingreso a la entidad esté reservado a las personas “más competentes e idóneas.”127 De tales principios se deriva el deber de motivación de los actos administrativos que disponen los nombramientos para los cargos de carrera vacantes en la Fiscalía General de la Nación.

1. Cuarto, es legítimo que el nominador de una entidad con régimen especial de carrera elija, entre empleados inscritos en la misma y personas ajenas a la carrera, para cubrir una vacante dentro del sistema de carrera, en encargo o provisionalidad. Adicional al problema

jurídico relacionado con la posibilidad de nombrar funcionarios en provisionalidad para desempeñar cargos de carrera administrativa, surgió un cuestionamiento adicional en la jurisprudencia ¿Deberían los funcionarios en carrera especial tener un mejor derecho a ser nombrados transitoriamente en encargo en una vacante temporal o definitiva, por encima de aquellos otros que aspiran a ser designados en provisionalidad?

1. Este asunto fue resuelto por la Sentencia C-503 de 2020,128 al menos en lo que respecta a la carrera especial de la Procuraduría General de la Nación. Más allá de las particularidades de este régimen y de las diferencias que pueda tener con el de la Fiscalía General de la Nación (cuyos rasgos principales se describen en el siguiente capítulo), constituye un antecedente relevante para el proceso bajo estudio pues se trata de un régimen especial de origen constitucional que no está sujeto al derecho de preferencia que consagró en favor de los empleados en carrera el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 para el sistema general de carrera administrativa. Al resolver el caso concreto, y aplicando un test intermedio de igualdad, la Corte resolvió que la potestad reconocida al Procurador General de la Nación para optar alternativamente entre el encargo o la provisionalidad, para la provisión de cargos de carrera que se encuentren vacantes, no es manifiestamente desproporcionada. Explicó que “no se vislumbra que, ante la necesidad de proveer transitoriamente una vacante, el servidor en carrera tenga mejor derecho que el particular que se encuentra por fuera de la entidad”, dado que “en lo que concierne el mérito para el ejercicio del cargo a proveer transitoriamente, los empleados de carrera no han sido examinados en concreto, respecto del empleo en cuestión, es decir, que no disponen de un mejor derecho a ejercer dicho cargo.” De todos modos, enfatizó que “la facultad que se concede al Procurador para proveer cargos de carrera vacantes mediante encargo o provisionalidad es excepcional.”

1. En suma, la jurisprudencia constitucional ha sido consistente en señalar que el mérito es el principio transversal y la piedra angular sobre la cual se instituye el servicio público en la Carta Política de 1991. Precisamente, en razón del mérito, los funcionarios que han superado un concurso público no se encuentran en la misma situación de los empleados provisionales y pueden ser válidamente destinatarios de estímulos o incentivos. Ello no obsta para que,

con un criterio objetivo, racional y práctico, el nominador de una entidad de régimen especial puede elegir si designa empleados en provisionalidad o en encargo, para así suplir las vacantes en carrera administrativa que permitan garantizar la continuidad del servicio, motivando su decisión.

7. Caso concreto: es válido que el régimen especial de carrera de la Fiscalía General de la Nación permita elegir entre servidores provisionales o en encargo para completar una vacante dentro del sistema de carrera

1. La demanda contra los numerales 3 (parcial) y 4 (parcial) del artículo 11 del Decreto ley 020 de 2014, "[p]or el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas" cuestiona que el Legislador haya equiparado la situación de los empleados en carrera que aspiran a ser nombrados en encargo en una plaza superior, con la de quienes no se encuentran en carrera y a aspiran a un nombramiento en provisionalidad, para efectos de cubrir las vacantes temporales o definitivas que surjan dentro de los cargos de carrera al interior de la Fiscalía General de la Nación, mientras dure la situación administrativa que origina la vacancia temporal o se adelante el concurso público respectivo para proveer la vacancia definitiva. En resumen, afirma que tal facultad es arbitraria -al no tener un criterio guía- y vulnera el derecho a la igualdad (Art. 13 de la CP), dado que ofrece un tratamiento paritario a sujetos que fáctica y jurídicamente no son equiparables, lo que además erosiona la idea del mérito como presupuesto rector del empleo público (Art. 125 de la CP).

1. Para resolver este asunto, la Sala explicará, en primer lugar, el sentido y alcance de las disposiciones acusadas, y luego analizará el cargo formulado.

7.1. Ubicación y alcance de las disposiciones acusadas

1. El Decreto ley 020 de 2014, "[p]or el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas" fue

expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 1654 de 2013.129 Su objeto es regular el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas, el cual se define como "el sistema técnico de administración de personal que, en cumplimiento de los principios constitucionales de la función pública, busca garantizar la igualdad de oportunidades para acceder a los cargos, previa demostración del mérito; proteger los derechos de los servidores a la estabilidad y permanencia en los mismos; desarrollar las capacidades técnicas y funcionales del servidor mediante la capacitación, los estímulos y el ascenso."130

1. Este sistema reivindica expresamente el principio del mérito, al consagrar que "el ingreso, el ascenso y la permanencia en los cargos de carrera estarán determinados por la demostración de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los cargos."131

1. La nómina de la Fiscalía General de la Nación solo tiene dos tipos de empleos: los de carrera y los de libre nombramiento y remoción.132 Como regla general, los empleos son de carrera,133 razón por la cual el Legislador previó la realización de concursos de ingreso y de ascenso para proveer gradualmente los cargos que se encuentren vacantes definitivamente o que estén provistos mediante nombramiento provisional o en encargo.134

1. Estos dos últimos conceptos (provisional y encargo) no son tipos de empleos, sino clases de nombramientos dentro de la Fiscalía General de la Nación. En concreto, el artículo 11 -objeto de la demanda- hace parte de un capítulo destinado a regular la vacancia de los empleos y las distintas clases de nombramientos.135 Específicamente, esta disposición explica que existen cuatro tipos de nombramientos en la Fiscalía: (i) ordinario, (ii) en periodo de prueba, (iii) provisional y (iv) en encargo. La demanda que hoy estudia la Corte se dirige contra las dos últimas figuras y, como ha quedado expuesto, respecto de los empleos de carrera.

1. La provisionalidad -artículo 11, numeral 3º- autoriza el nombramiento de “personas no seleccionadas por el sistema de méritos” para proveer empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción, vacantes de manera temporal o definitiva.136 De todos modos, la misma disposición advierte que se trata de un nombramiento transitorio, mientras dure la situación administrativa (en el caso de las vacancias temporales) o mientras se provee el empleo a través de concurso o proceso de selección (en el caso de las vacancias definitivas). Por último, la norma acusada señala que al aspirante a ocupar un empleo de carrera a través de nombramiento provisional “la Fiscalía General de la Nación podrá aplicar las pruebas que considere necesarias para valorar la adecuación del perfil del aspirante al cargo a desempeñar.”

1. El encargo -artículo 11, numeral 4º- permite el nombramiento de servidores para proveer empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción, vacantes de manera temporal o definitiva. Sin embargo, la norma acusada no ofrece más información sobre esta figura. Para ello, se hace necesario acudir al Decreto ley 021 de 2014, “Por el cual se expide el régimen de las situaciones administrativas en las que se pueden encontrar los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas”, el cual desarrolla la figura del encargo. Del decreto en mención se deriva que este tipo de nombramiento está disponible para cualquier servidor de la Fiscalía General, es decir, que no está reservado para empleados que hayan entrado por carrera porque, en particular, se predica también de cargos de libre nombramiento y remoción.137 Así, según la manifestado por la Fiscalía General en su intervención, “el encargo puede recaer en cualquier servidor de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, con el fin de satisfacer las necesidades del servicio.”138 El encargo tampoco implica necesariamente un “ascenso” o mejora salarial del servidor.

1. En este contexto, sin embargo, debe destacarse que la demanda que ahora estudia la Corte no se dirige al universo completo de empleados que pueden ser designados en encargo o a las distintas posibilidades administrativas que pueden darse al amparo de esta figura,

sino que se limita a la situación concreta de los servidores en carrera que aspiran al nombramiento transitorio por encargo en empleos de carrera vacantes, como una especie de estímulo o ascenso por su buen desempeño.

1. Cuando se designa un servidor en carrera, el encargo no afecta los derechos de carrera previamente adquiridos. Además, su naturaleza es temporal.139 Su duración equivale a la extensión de la situación administrativa (en el caso de vacancia temporal) o hasta el momento en que se provea el cargo o hasta la fecha determinada en el respectivo acto administrativo (en el caso de vacancia definitiva). También genera un derecho a recibir la diferencia salarial, cuando el titular del cargo no esté devengando el salario.140 A la terminación del encargo, el servidor que venía ejerciendo las funciones encargadas "cesará automáticamente en su desempeño y continuará cumpliendo las funciones propias del empleo del cual es titular."141

1. Para comprender más claramente la interrelación entre los tipos de empleo y las clases de nombramiento posibles al interior de la Fiscalía General de la Nación, así como el objeto específico de esta demanda, la Sala presenta un resumen esquemático de los principales conceptos a través de la siguiente tabla:

TIPOS DE EMPLEO142

TIPOS DE NOMBRAMIENTO143

Con vocación de permanencia

Para cubrir vacantes

A) CARRERA

1) En periodo de prueba por seis meses y, de superarse, se registran como servidores de carrera144

1.1) Vacante temporal

a) Provisional, mientras dure la situación administrativa. La Fiscalía podrá aplicar las pruebas que considere necesarias.

b) Encargo, mientras dure la situación administrativa.

1.2) Vacante definitiva

a) Provisional, mientras se provee el empleo a través de concurso o proceso de selección. La Fiscalía podrá aplicar las pruebas que considere necesarias.

b) Encargo, hasta el momento en que se provea el cargo o hasta la fecha determinada en el respectivo acto administrativo.

B) LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

2) Ordinario

2.1) Vacante temporal

a) Provisional, mientras dure la situación administrativa.

b) Encargo, mientras dure la situación administrativa.

2.2) Vacante definitiva

Encargo, hasta el momento en que se provea el cargo o hasta la fecha determinada en el respectivo acto administrativo.

1. La demanda que ahora estudia la Corte se concentra en los escenarios descritos en la parte superior derecha de este cuadro, esto es, en los tipos de nombramientos que puede realizar la Fiscalía General de la Nación para cubrir transitoriamente vacantes temporales o definitivas dentro de los cargos de carrera de la entidad (casillas 1.1 y 1.2 del cuadro). De ahí que este proceso no aborde la discusión sobre las vacantes que se presenten en los cargos de libre nombramiento y remoción, las cuales ciertamente responden a una orientación distinta, delimitada por un marco especial de confianza y de la prestación in tuitu personae

del servicio.145

1. De las disposiciones demandadas (numerales 3 y 4 del artículo 11 del Decreto ley 020 de 2014) se concluye que el nominador de la Fiscalía General de la Nación puede elegir entre nombramientos en provisionalidad o en encargo para suplir transitoriamente las vacancias que surjan en los cargos de carrera administrativa.146 Ambas figuras son herramientas transitorias con las que cuenta la Fiscalía para cubrir los empleos vacantes, mientras cesa la situación administrativa temporal o se realizan los respectivos concursos de ingreso y de ascenso. Y lo que en concreto reclaman los demandantes es que, ante un escenario de vacancia, debería darse prelación a los servidores en carrera que podrían ser nombrados mediante encargo por sobre aquellas otras personas que, conformando o no la planta de personal, no fueron nombradas previo concurso de méritos, pero que sí podrían ser designados en provisionalidad.

1. El modelo que el Legislador previó para el sistema especial de la Fiscalía General de la Nación, que permite elegir indistintamente entre la provisionalidad y el encargo para suplir las vacancias, se aparta del régimen general de carrera administrativa, previsto por la Ley 909 de 2004.147 Este último dispuso que el encargo para cubrir las vacantes de carrera está reservado preferencialmente a los empleados escalafonados -esto es en carrera- que se encuentran desempeñando sobresaliente o satisfactoriamente el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.148 También difiere del antiguo régimen especial de la Fiscalía General de la Nación que traía la Ley 908 de 2004,149 según el cual la provisión de un cargo de carrera vacante se efectuaría mediante nombramiento en propiedad, una vez superado el período de prueba; cuando ello no fuere posible, se procedía al nombramiento mediante la figura de encargo; y solo excepcionalmente, cuando las anteriores modalidades resultaran infructuosas se recurriría a la provisionalidad.

1. En suma, la Sala observa que las normas bajo escrutinio hacen parte del régimen especial de la Fiscalía General de la Nación, el cual desde su particularidad permite al nominador

escoger entre la figura del encargo y la provisionalidad para proveer empleos de carrera, vacantes de manera temporal o definitiva. Facultad que, en opinión de los accionantes, es inconstitucional por cuanto, sin un criterio guía, permite al nominador desconocer el trato preferente que deberían recibir los empleados de carrera para ser ascendidos transitoriamente mediante la figura del encargo, en lugar de designar personas ajenas a la carrera en provisionalidad, que no fueron seleccionadas a través del concurso público de méritos.

7.2. Es razonable que el Legislador, dentro de su margen de configuración del régimen especial de la Fiscalía General de la Nación, permita elegir entre servidores provisionales o en encargo para llenar una vacante dentro del sistema de carrera

1. La demanda señala que los numerales 3 (parcial) y 4 (parcial) del artículo 11 del Decreto ley 020 de 2014 trasgreden el derecho a la igualdad (Art. 13 de la CP), al ofrecer un tratamiento paritario a sujetos que fáctica y jurídicamente no son equiparables, lo que además erosiona la idea del mérito como presupuesto rector del empleo público (Art. 125 de la CP). Esto, por ubicar en el mismo plano a sujetos que se encuentran en situación distinta: por una parte, servidores de carrera administrativa, que han superado previamente un concurso de méritos y que aspiran a ocupar empleos vacantes bajo la figura del encargo como reconocimiento a su buen desempeño y, por otra parte, personas que, vinculadas o no previamente a la entidad, no se encuentran en carrera pero pretendan acceder a esos mismos cargos vacantes mediante un nombramiento en provisionalidad.

1. Para resolver este cuestionamiento, y como lo ha hecho la Sala en ocasiones anteriores,150 se empleará el juicio integrado de igualdad en el que resulta necesario: (i) establecer el criterio de comparación, patrón de igualdad o tertium comparationis, esto es, identificar si los sujetos son o se encuentran en situaciones susceptibles de ser comparadas, por ser equivalentes o por ser distintas, elemento requerido para poder predicar el examen relacional propio de la igualdad; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o un trato igual o paritario entre desiguales. De verificarse lo anterior, el test integrado de igualdad exige (iii) determinar si el trato diverso entre iguales o

el trato paritario entre sujetos distintos, está constitucionalmente justificado.

(i) Existe un patrón de comparación o “tertium comparationis”

1. En esta primera fase debe identificarse el criterio de comparación o tertium comparationis, el cual permitirá determinar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse o si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza. Asimismo, este criterio permitirá reconocer si la clasificación del Legislador agrupa supuestos de hecho o personas diferentes a la luz de la norma acusada y, por lo tanto, se hace innecesario el análisis de justificación de la medida, porque el principio de igualdad no exige tratar igual a los diferentes. La racionalidad de la medida diferenciadora obedece al grado de acierto en incluir a todas las personas similarmente situadas para los fines de la regulación. Pero, a su vez, la determinación de si dos grupos son comparables depende de su situación vista a la luz de los fines de la norma.

1. Al respecto, es oportuno traer a colación la Sentencia C-433 de 2021,151 la cual definió la supra inclusividad como el evento cuando se: (i) confiere un beneficio o instituye una carga para un grupo de sujetos, con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, pero (ii) incluye también a individuos que, por sus particularidades fácticas o jurídicas, no son asimilables a los sujetos del primer grupo y que, por tanto, (iii) no han debido ser incluidos como destinatarios de la regulación en tanto no contribuyen razonablemente a alcanzar la finalidad de la regulación. En esta ocasión, la demanda propone un ejercicio de comparación entre sujetos que ciertamente son diferenciables, pero que pueden recibir -en términos similares- un “beneficio”, consistente en la posibilidad de acceder transitoriamente a un cargo de carrera vacante temporal o definitivamente, sin haber realizado el respectivo concurso de méritos para ocupar en propiedad el cargo específico a proveer.

1. En efecto, aunque los empleados en encargo como los provisionales son modalidades de

nombramiento que permiten suplir vacancias que surjan en los cargos de carrera administrativa de la Fiscalía General de la Nación, su situación difiere en aspectos relevantes relacionados con su mecanismo de ingreso, los derechos de los que son titulares y su sistema de evaluación, entre otros.

1. Los empleados de carrera que aspiran a ser designados transitoriamente por encargo en cargos de carrera son servidores públicos que participaron en un concurso para el ingreso a la carrera especial de la Fiscalía General de la Nación, en el que demostraron disponer, por encima de otros candidatos, de los méritos requeridos para el ejercicio del cargo en condiciones de idoneidad y estabilidad. Por tal razón, como aducen los demandantes, gozan "de mayores beneficios e incentivos dentro de la administración pública."152 Es así que, por ejemplo, los servidores en carrera tienen representantes dentro de la Comisión de Carrera Especial;153 pueden participar en concursos de ascensos como reconocimiento a su desempeño, reservando para estos hasta un 30% de las plazas a proveer;154 es factor de desempate entre quienes integran la lista de elegibles en la misma posición;155 en caso de no superar periodo de prueba para el nuevo cargo, pueden regresar el empleo del cual eran titulares;156 sólo pueden ser retirados del servicio por las causales de ley;157 y tienen mayores facilidades para solicitar comisión de estudios o para desempeñar otro cargo de libre nombramiento y remoción en la rama Judicial o la Administración Pública.158

1. Por su parte, los empleados provisionales no son seleccionados mediante un concurso de méritos (lo cual no significa que no deban cumplir los requisitos para acceder al cargo),159 pero aspiran a ser nombrados para el ejercicio transitorio de empleos de carrera mediante una relación provisional, que genera un vínculo precario con el Estado. Tal estabilidad relativa depende de la provisión del cargo de carrera mediante el correspondiente concurso de méritos, por lo que, no otorga al empleado en provisionalidad los derechos propios de la carrera y, por consiguiente, no genera expectativas de permanencia indefinida en el cargo, ni siquiera a sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia.160

1. Además de lo expuesto, es importante mencionar que el Consejo de Estado declaró la nulidad de la Resolución 02457 de 2016 que había extendido el sistema de evaluación de los servidores de carrera de la Fiscalía General a los empleados en provisionalidad. De acuerdo con el órgano de cierre, equiparar estos grupos de trabajadores, para efectos de la calificación del servicio "de entrada es jurídicamente reprochable; dado que no solamente prevé los mismos mecanismos e instrumentos para su evaluación, sino que también los homologa en condiciones y responsabilidades, siendo claro que nunca un funcionario de carácter provisional podrá adquirir el estatus funcional que implica el ejercicio de la actividad desarrollado por otro de carrera administrativa." Consideró que tal equiparación daba lugar a un "sofisma jurídico" que desnaturalizaba el régimen de carrera administrativa y amenazaba con diluir en el tiempo la realización de concursos públicos:

"La Resolución 2457 de 25016 en su apariencia de legalidad trae consigo un "sofisma jurídico" que conlleva a un desequilibrio en las cargas públicas de manera dual […] Dicho desequilibrio se concreta, de una parte, en que la Fiscalía General de la Nación termina por asumir que con el hecho de adelantar y proferir la calificación del servicio de los empleados vinculados mediante nombramiento en provisionalidad ha observado completamente el mandato constitucional y legal de proveer todos sus cargos mediante concurso de méritos, y que por lo tanto, dicha obligación se encuentra completamente satisfecha; mientras que, por otra parte, el funcionario provisional que ha sido calificado en su desempeño, termina considerando que dicho ejercicio le ha mejorado de alguna manera su "status" de estabilidad, conllevando en uno y otro caso a una distorsión perversa del sistema de mérito como principio general de acceso a los cargos públicos. […] jamás será posible que la Fiscalía se releve, o acaso postergue de manera indefinida, su obligación de proveer de manera pronta y oportuna los cargos vacantes mediante el sistema de concurso, como tampoco será jurídicamente posible el que los empleados vinculados mediante provisionalidad obtengan la estabilidad propia de los cargos de carrera, muy a pesar de que sus calificaciones del servicio resultaren excelsas y sobresalientes, o que sus cargos no fueren proveídos mediante concurso de manera inmediata o futuro."161

1. Es por lo anterior que, en principio, los empleados de carrera que aspiran a ser nombrados en encargo ostentan una situación jurídica y fáctica distinta a la de los provisionales¸ aunque

ambos puedan aspirar a ser nombrados transitoriamente para cubrir un cargo de carrera vacante. La principal diferencia es resultado del examen de mérito que los servidores en carrera aprobaron para ser admitidos dentro de la Fiscalía General de la Nación; supuesto que no es predicable de los empleados en provisionalidad. Esto, sin embargo, no significa que los empleados provisionales estén exentos de cumplir los requisitos para ejercer al cargo vacante.

(ii) Existe un trato igual o paritario entre sujetos desiguales

1. Las disposiciones demandadas (numerales 3 y 4 del artículo 11 del Decreto ley 020 de 2014) permiten al nominador de la Fiscalía General de la Nación elegir entre el nombramiento en provisionalidad o en encargo para suplir transitoriamente las vacancias que surjan en los cargos de carrera administrativa. Como manifiestan los demandantes, en las disposiciones acusadas no existe un derecho preferencial de los empleados en carrera a ser nombrados por encargo, ni directrices claras para elegir entre estos grupos de servidores. En este sentido, las normas brindan un tratamiento paritario a sujetos diferenciables en lo que respecta al acceso temporal al empleo público en carrera que se encuentra vacante.

(iii) Se supera el examen de razonabilidad y proporcionalidad del trato paritario a sujetos diferentes

1. Esta fase del test examina la justificación de las medidas adoptadas, esto es, del trato paritario a grupos de sujetos que, en principio, no lo son. De este modo, retomando la técnica de adjudicación constitucional de varios tribunales europeos, la Corte ha indicado que se debe examinar (i) el fin buscado por la medida legislativa, (ii) el medio empleado y (iii) la relación entre el medio y el fin. Sin embargo, las exigencias sobre el peso de la finalidad perseguida con la medida, la naturaleza del medio y la fuerza entre el medio y la finalidad dependen de la rigidez con la cual sea llevado a cabo el control.

1. Los niveles de intensidad empleados por la Corte definen la rigurosidad del escrutinio, así

como el margen de decisión que se reconoce el Legislador, a partir de las materias objeto de regulación y su impacto en el goce de los derechos fundamentales. Es por esto también que la jurisprudencia ha considerado que la proporcionalidad en sentido estricto se debe analizar y robustecer a medida que la intensidad del juicio aumenta. Bajo ese entendido, en el juicio integrado de igualdad leve, el juez constitucional no debe utilizar esta herramienta, puesto que la deferencia hacia el Legislador es mayor y a aquel le corresponde realizar las ponderaciones del caso. Al contrario, el juez constitucional debe evaluar la proporcionalidad en sentido estricto en los eventos en los que aplica un juicio integrado de igualdad de intensidad intermedia o estricta, pues en dichos casos el margen de configuración del Legislador disminuye en virtud de ciertos mandatos constitucionales que debe garantizar. Conforme a lo expuesto, en el escrutinio intermedio se constata que la norma que establece un trato asimétrico no es evidentemente desproporcionada, en tanto que, en la intensidad estricta, se verifica que no sea desproporcionada.162

1. En esta ocasión, la Sala considera que el nivel de intensidad apropiado es el intermedio. De entrada, no hace falta recurrir a la versión estricta, dado que las normas parcialmente demandadas tienen que ver con una materia en la que el Legislador cuenta con un amplio margen de configuración, a saber, el diseño de un sistema especial de carrera administrativa y de los mecanismos a través de los cuales se valora el mérito de los aspirantes a ingresar o a ascender dentro de la misma163. Tampoco hay criterios sospechosos de discriminación o sujetos vulnerables afectados con la medida. Sin embargo, el margen de configuración normativa del Legislador se disminuye, en razón del principio de igualdad en el acceso a empleos y funciones públicas, derecho que se encuentra prima facie impactado en su núcleo esencial.164

1. Definida la intensidad del test, corresponde ahora a la Sala examinar que: (i) el fin de la norma sea constitucionalmente importante, (ii) el medio para lograrlo sea efectivamente conducente; y que (iii) la medida no sea evidentemente desproporcionada.165

1. El nombramiento en encargo o en provisionalidad de los cargos de carrera vacantes, temporal o definitivamente, al interior de la Fiscalía General de la Nación, persigue una finalidad constitucionalmente importante. Las figuras a las que puede acudir alternativamente el nominador del ente acusador (el encargo y la provisionalidad) buscan preservar la continuidad en la prestación del servicio. Así lo ratificó en su intervención la Fiscalía General de la Nación, al manifestar que estas normas permiten "garantizar la continuidad en la prestación del servicio y, de otro permiten mantener la buena marcha de los procesos a cargo de los servidores de la Fiscalía General de la Nación, es decir, la norma garantiza el establecimiento de un orden económico y social justo, a través de la materialización de los principios [de eficacia y celeridad en la prestación del servicio]."166

1. En efecto, la Sala reconoce la importante misión que la Carta Política de 1991 encomendó a la Fiscalía General de la Nación para "adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento."167 Labor que demanda actuar con prontitud y diligencia para hacer frente al riesgo latente de impunidad. Esto implica, entre muchas otras acciones, adelantar oportunamente una serie de registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones en el marco de la investigación criminal; asegurar los elementos materiales probatorios; presentar escrito de acusación y actuar diligentemente dentro de las audiencias; velar por la protección de las víctimas, los testigos y demás intervinientes del proceso.

1. Del artículo 250 superior se obtiene que la meta última para la Fiscalía es el "restablecimiento del derecho",168 lo cual significa "una protección plena e integral de los derechos de las víctimas y perjudicados. El restablecimiento de sus derechos exige saber la verdad de lo ocurrido, para determinar si es posible volver al estado anterior a la vulneración, así como también que se haga justicia."169 Obligación que se refuerza en casos de graves violaciones a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. De modo que, sin duda, es una finalidad importante garantizar la continuidad del servicio del ente acusador cuando surjan vacantes que deban ser provistas en el menor tiempo posible, para así evitar la interrupción en las labores de la Fiscalía; entidad que "no puede suspender, interrumpir, ni

renunciar al ejercicio de la acción penal, salvo que la ley expresamente así lo contemple.”170

1. El nombramiento en encargo o en provisionalidad de los cargos de carrera vacantes, temporal o definitivamente al interior de la Fiscalía General de la Nación, es efectivamente conducente. La medida permite que, ante una vacancia temporal o definitiva en los cargos de carrera administrativa, la Fiscalía General de la Nación pueda rápida y oportunamente designar a una persona que cumpla con las exigencias del cargo, para así evitar la afectación o suspensión en el ejercicio de la labor misional.

1. La conducencia de esta medida radica precisamente en su celeridad y flexibilidad, en tanto que permite al nominador, rápidamente y con un amplio margen de acción, designar al trabajador que cubrirá la vacante. Tal flexibilidad en el mecanismo de nombramiento cobra especial sentido para una entidad como la Fiscalía General de la Nación, con más de 25.000 servidores y servidoras, la cual requiere de una eficiente administración de personal que le permita “optar por efectuar un nombramiento en encargo o en provisionalidad para proveer una vacante temporal o definitiva en su planta de personal.”171 Más aún, en un escenario en el que el tiempo es determinante para el éxito de las labores investigativas y de judicialización de las conductas criminales.

1. Además, es importante recordar en este punto que, cualquiera sea la forma de nombramiento, el Decreto ley 020 de 2014 expresamente dispone que “el proceso de administración del personal garantizará el ingreso y la permanencia de las personas más competentes e idóneas para el desarrollo de las funciones a cargo de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas.”172 Por lo que, tanto empleados provisionales como por encargo deben ser personas idóneas para la función a desempeñar.

1. La potestad reconocida al nominador de la Fiscalía General de la Nación para optar

alternativamente entre el encargo o la provisionalidad, para proveer los cargos de carrera que se encuentren vacantes, no es manifiestamente desproporcionada. En primer lugar, la Sala comprende el reclamo de los demandantes y de los otros tantos intervinientes que manifestaron en este proceso su frustración por el hecho de que los empleados de carrera no tengan un derecho preferencial a ser nombrados en encargo, cuando surge una vacante temporal o definitiva dentro del sistema de carrera de la Fiscalía General. Frustración que aumenta cuando las vacantes son cubiertas por empleados en provisionalidad que -a diferencia de los primeros- no surtieron ningún concurso público de ingreso. Además, dadas las circunstancias actuales de la entidad (aplazamiento en la realización de concursos públicos de mérito), es probable que para muchos de los servidores de carrera el cargo al que ingresaron podría ser el mismo que los acompañe hasta su pensión, sin una posibilidad tangible de ascenso o mejora. Para estos servidores, el concurso de ingreso se convierte, a su vez, en su destino final; o como lo describió un interviniente, en una "carrera de encostalados"173 sin esperanzas de avanzar.

1. Este contexto genera, prima facie, un desconocimiento de las expectativas que tienen los empleados de carrera, quienes confían en que su rendimiento sobresaliente les permita eventualmente aspirar a un ascenso en su trayectoria laboral, así sea transitoriamente. En efecto, y como lo ha reconocido previamente esta Corporación, el régimen especial de carrera de la Fiscalía General no es "un mero procedimiento de entrada al Estado",174 sino que el concepto mismo de carrera lleva implícito una idea de movilidad. En este punto, la Sala se aparta de la definición que propuso el Departamento Administrativo de la Función Pública cuando explicó el sistema de carrera, únicamente desde la idea de la "inamovilidad de los empleados escalafonados en los cargos en los cuales accedieron a través del concurso, quienes sólo pueden ser retirados del servicio por las causales de ley (art. 96 Decreto ley 020 de 2014)."175 En realidad, el sistema de carrera se soporta en dos premisas que se complementan entre sí: la estabilidad y la posibilidad de ascenso. Es por ello que la Corte ha sostenido que "en la carrera es esencial realizar una motivación a los funcionarios que permita garantizar mejores resultados incentivándolos para permanecer y ascender en la misma, sin que ello implique impedir que otros ciudadanos también puedan participar en los concursos."176

1. El Decreto ley 020 de 2014 es un buen ejemplo de esta aproximación integral a la carrera. Precisamente, al definir el sistema de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación, esta norma da cuenta tanto de la vocación de estabilidad en el cargo, como de la importancia de los estímulos, al consagrar que este modelo de administración de personal "busca garantizar la igualdad de oportunidades para acceder a los cargos, previa demostración del mérito; proteger los derechos de los servidores a la estabilidad y permanencia en los mismos; desarrollar las capacidades técnicas y funcionales del servidor mediante la capacitación, los estímulos y el ascenso."177 De modo que el sistema de carrera no se restringe a una puerta de ingreso al empleo público, sino que implica un conjunto de instrumentos orientados a velar tanto por la permanencia como por el ascenso de los servidores, en función del mérito y el cumplimiento de las labores.

1. La Sala destaca que el Decreto ley 020 de 2014 de por sí contiene una política de estímulos dirigida a todos los servidores de la entidad,178 así como un programa de incentivos orientado a "reconocer o premiar los resultados del desempeño sobresaliente en nivel de excelencia" y a "motivar a los servidores de la entidad a producir más y mejores resultados en el ejercicio de sus funciones."179 Asimismo, la evaluación del desempeño laboral "debe tenerse en cuenta" para obtener ascensos y recibir incentivos pecuniarios y no pecuniarios.180 Si bien estas políticas institucionales fueron pensadas para la totalidad de empleados de la Fiscalía General, sin importar el tipo de vinculación que estos tengan,181 es necesario precisar que el sistema de calificación de los empleados en carrera no es equiparable al de los provisionales, como ha explicado el Consejo de Estado, debido a la naturaleza especial del régimen de carrera, de la cual son ajenos los nombramientos en provisionalidad.182

1. Ahora bien, del hecho de que la política de estímulos en favor de los empleados escalafonados constituya un modelo válido de carrera administrativa, no se sigue que el

derecho de preferencia que reclaman los accionantes esté necesariamente allí incluido. Si bien esta es una opción válida dentro del margen de configuración normativa del Legislador, en términos constitucionales no existe un deber de proveer las vacantes temporales o definitivas privilegiando a los servidores en carrera por sobre los provisionales; especialmente tratándose de regímenes especiales de carrera que por sus particulares necesidades pueden responder a otros modelos.

1. Dicho lo anterior, la Sala considera que la afectación de la expectativa fundada que tienen los servidores en carrera que aspiran a ascender -así sea transitoriamente- mediante la figura del encargo, no supone que cuando el nominador opta por elegir en su lugar a empleados en provisionalidad, se trate de una potestad manifiestamente desproporcionada.

1. Para explicar esta conclusión, la Corte se apoya en cuatro razones: (i) los servidores en carrera han demostrado el mérito para ocupar el cargo adquirido mediante el concurso público de capacidades, pero ello no supone un derecho de ascenso preferencial ni el mérito para ocupar un cargo distinto; (ii) los servidores nombrados en provisionalidad no son ajenos al ideal del mérito, y también deben cumplir un perfil idóneo para el cargo; y pueden incluso ser sometidos a pruebas de valoración específicas; (iii) el Legislador no fue indiferente al reconocimiento de estímulos para los empleados en carrera y, por el contrario, previó varios de estos dentro del sistema especial de la Fiscalía General; así no haya incluido el derecho de preferencia que reclaman los accionantes. Decisión que cabe dentro del margen de configuración normativa; y (iv) la necesidad que tiene el nominador de la Fiscalía General de la Nación, dadas las particularidades funcionales de la entidad, de poder seleccionar rápidamente y con un margen de amplio de acción, el candidato más idóneo a ocupar la vacante.

1. Primero. Aunque los servidores en carrera demostraron el mérito para ingresar al sistema y ocupar el cargo del que son titulares -sumado a la experiencia que esto les reporta-, lo cierto es que no han sido examinados en concreto respecto del empleo que aspiran en

encargo. En otras palabras, “no disponen de un mejor derecho a ejercer dicho cargo y, por el contrario, la facultad reconocida al nominador para escoger discrecionalmente, entre la provisión de la vacante mediante la figura del encargo o a través de un nombramiento provisional, materializa los principios de eficiencia y eficacia en el ejercicio de la función administrativa.”184 En este punto, la Corte coincide con el Departamento Administrativo de la Función Pública cuando sostuvo que el mérito que el empleado escalafonado acreditó en el examen de ingreso no se expande automáticamente hacia los “demás cargos de carrera de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, pues no todos los empleos conllevan las mismas funciones y responsabilidades, ni pertenecen a la misma área de trabajo, ni corresponden al mismo nivel administrativo, lo cual exige de la Administración una valoración individual del perfil del cargo y de los aspirantes a ocuparlo, para determinar, consultando razones del servicio y las responsabilidades y requisitos del empleo.”185

1. El hecho de estar inscrito en el régimen de carrera “ciertamente puede ser un criterio a tener en cuenta por el nominador en el marco de su discrecionalidad para proveer el cargo y al momento de motivar el acto administrativo, pero no genera, por sí mismo, un derecho que ubica al servidor de carrera en situación de privilegio o prelación frente al particular.”186 A menos que el Legislador, en el ejercicio de su configuración normativa, disponga lo contrario, como ocurrió con el sistema general de carrera administrativa que consagra la Ley 909 de 2004.

1. Segundo, contrario a lo que argumentan los demandantes, los servidores nombrados en provisionalidad no son ajenos al ideal del mérito, y también deben contar con un perfil idóneo para desempeñar el cargo. Como se explicó anteriormente en esta providencia (supra capítulo 6), el mérito es el principio transversal y la piedra angular sobre el cual se instituye el servicio público. Pero de ello no se sigue que el concurso sea el único mecanismo para acreditar tal calidad, ni que los empleos y cargos públicos que respondan a otros caminos de ingreso riñan automáticamente con el ideal del mérito. De hecho, la misma disposición acusada, señala que “la Fiscalía General de la Nación podrá aplicar las pruebas que considere necesarias para valorar la adecuación del perfil del aspirante al cargo a desempeñar, para lo

cual, de ser requerido, se apoyará en el Departamento Administrativo de la Función Pública.”187

1. En este caso, además, el propio Decreto ley 020 de 2014 dispone expresamente entre sus principios rectores que “el ingreso, el ascenso y la permanencia en los cargos de carrera estarán determinados por la demostración de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los cargos” y que “el proceso de administración del personal garantizará el ingreso y la permanencia de las personas más competentes e idóneas para el desarrollo de las funciones a cargo de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas.”188 La idoneidad de un empleado no se calcula únicamente en función de los años de servicio dentro de la entidad; bien podría ocurrir que un aspirante externo acredite mayor experiencia, competencias o credenciales académicas para el cargo a desempeñar, lo que justificaría la selección del candidato en provisionalidad por encima del empleado de carrera que aspira al encargo.

1. De manera que el nombramiento en provisionalidad no se traduce en la renuncia al principio del mérito, ni en la designación de personal no capacitado. Tal y como lo reconoció una de las organizaciones sindicales interviniente, muchos empleados en provisionalidad se han esforzado por cumplir diligentemente sus responsabilidades y sacar adelante las complejas investigaciones que tiene a su cargo la Fiscalía General.189 Así como el concurso de méritos no necesariamente garantiza que la persona elegida sea la mejor entre las mejores y que cumplirá diligentemente sus deberes, tampoco se debe asumir que el empleado provisional no esté capacitado o que será inferior a sus deberes. De hecho, todos los servidores públicos de la Fiscalía General, independientemente de su forma de vinculación, someten su permanencia en la institución al cumplimiento de sus funciones.

1. Si llegare a ocurrir que uno o varios empleados en provisionalidad no satisfacen el perfil del cargo o no cumplen con sus deberes, este no es un problema susceptible de control abstracto constitucional, sino una irregularidad que deberá ser objeto de las acciones

judiciales y disciplinarias correspondientes. La Corte observa que algunos intervinientes denunciaron incluso que la provisionalidad se viene empleando para “favores políticos”, “corrupción” o “amiguismos”. Pese a la gravedad de estos señalamientos, no constituyen un ataque a la norma en sí, sino que apuntan a los usos -indebidos- de la norma en casos concretos. Una argumentación en estos términos se funda, por lo tanto, en las características de los hechos y en los efectos de las normas en la realidad, acusaciones que son ajenas al control abstracto de constitucionalidad que compete a la Corte llevar a cabo.

1. Tercero, el régimen especial de la Fiscalía General de la Nación ya contempla beneficios exclusivos para los servidores en carrera. No se puede hablar de una afectación desproporcionada a este grupo se servidores, cuando la norma atacada lo que permite es elegir entre las figuras del encargo y la provisionalidad, sin que exista algún derecho preferencial. Más bien, lo que sí es cierto es que el régimen especial de la Fiscalía General de la Nación consagra una serie de medidas exclusivas o más favorables para los empleados en carrera frente a quienes no han superado un concurso de méritos, lo que incluye: poder participar en concursos de ascensos como reconocimiento a su desempeño, reservando para estos hasta un 30% de las plazas a proveer;190 beneficiarse de un factor de desempate entre quienes integran la lista de elegibles en la misma posición;191 en caso de no superar periodo de prueba para el nuevo cargo, pueden regresar el empleo del cual eran titulares;192 sólo pueden ser retirados del servicio por las causales de ley;193 y tienen mayores facilidades para solicitar comisión de estudios o para desempeñar otro cargo de libre nombramiento y remoción en la rama Judicial o de la Administración.194

1. Cuarto, el sistema para cubrir las vacantes temporales y definitivas que se presenten dentro de la Fiscalía General de la Nación requiere celeridad y flexibilidad. Por ende, el nominador necesita de un amplio margen de acción, para designar al empleado que cubrirá la vacante. Como ya se mencionó, la urgencia de garantizar la continuidad del servicio de la Fiscalía General debido a su misión constitucional, supone razonablemente tal margen de flexibilidad. Flexibilidad que, de todos modos, se enmarca en el deber general de motivación de los actos administrativos.

1. En síntesis, los beneficios que se obtienen de la medida (la garantía de prestar sin interrupciones un buen servicio público, y un margen de acción lo suficientemente amplio y flexible al nominador para cubrir las vacancias), no generan una afectación evidentemente desproporcionada sobre los empleados de carrera que aspiran a ser nombrados en encargo de manera preferente, en la medida que el mérito que estos acreditaron para el cargo que ocupan no se extiende automáticamente a otras plazas. Adicionalmente, la Corte hace énfasis en que el principio del mérito es transversal al sistema especial de la Fiscalía General de la Nación, sin que la provisionalidad sirva como excusa para designar personal que no está debidamente capacitado o no es idóneo para el cargo a desempeñar. Y aunque existen otros modelos posibles de administración de personal, la Corte reconoce que el sistema adoptado por el Legislador para el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación es admisible en términos constitucionales.

8. Síntesis de la decisión

1. En el presente caso, la Corte conoció de una demanda ciudadana contra los numerales 3 y 4 del artículo 11 del Decreto ley 020 de 2014, "[p]or el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas." En resumen, los accionantes reprocharon al Legislador haber equiparado la situación de los empleados en carrera que aspiran a ser nombrados en encargo en una plaza superior, con la de quienes no se encuentran en carrera y a aspiran a un nombramiento en provisionalidad, para efectos de cubrir las vacantes temporales o definitivas que surjan dentro de los cargos de carrera al interior de la Fiscalía General de la Nación. En su opinión, tal mandato vulneraba el derecho a la igualdad (Art. 13 de la CP), dado que ofrecía un tratamiento paritario a sujetos que fáctica y jurídicamente no son equiparables, lo que además erosionaba la idea del mérito como presupuesto rector del empleo público (Art. 125 de la CP).

1. Una vez superado el cuestionamiento preliminar sobre la aptitud de la demanda, la Sala

desarrolló los siguientes temas: (i) el principio del mérito y la consagración de la carrera administrativa dentro de la Carta Política de 1991; (ii) el sistema de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y su implementación inconclusa; y (iii) el principio de igualdad y su materialización dentro del acceso al empleo público.

1. Luego, al resolver el cargo propuesto, la Sala empleó el test de igualdad, en la intensidad intermedia. Consideró que efectivamente existe un patrón de comparación entre sujetos diferenciables que reciben un tratamiento paritario. Sin embargo, concluyó que tal medida no trasgrede el principio de igualdad debido a que: (i) el nombramiento en encargo o en provisionalidad de los cargos de carrera vacantes de la Fiscalía General persigue una finalidad constitucionalmente importante: garantizar la continuidad en la prestación del servicio; (ii) es una medida conducente pues permite adelantar con flexibilidad y eficiencia la designación temporal de nuevos servidores; (iii) no es manifiestamente desproporcionada, debido a que no ocasiona afectaciones irrazonables sobre los servidores en carrera, ni supone el desconocimiento del principio del mérito.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLES, por el cargo analizado, los numerales 3 (parcial) y 4 (parcial) del artículo 11 del Decreto ley 020 de 2014, “[p]or el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación”.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase y publíquese.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Presidenta

Con impedimento aceptado-

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con impedimento aceptado

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

KARENA CASELLES HERNÁNDEZ

Magistrada (E)

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 En concreto, a las facultades de derecho de las universidades de Antioquia, de la Sabana, de los Andes, del Norte, del Rosario, Eafit, Externado, ICESI, Javeriana, Libre, Nacional, Sergio Arboleda, y UIS. Y a las organizaciones sindicales Asonal Judicial, Unisercti, Sintrafisgeneral y Sintrafiscalía.

2 Los demandantes manifiestan actuar en representación de la Asociación Nacional de Trabajadores Estatales de la Fiscalía General de la Nación (ATRAES-FGN). Sin embargo, esta Corte ha explicado que las personas jurídicas no pueden demandar la inconstitucionalidad de una norma por cuanto los derechos políticos son ejercidos únicamente por personas naturales. De todos modos, la jurisprudencia también ha señalado que "si quien presenta la demanda a nombre o en representación de una persona jurídica es un ciudadano en ejercicio, y tal condición se encuentra acreditada, el organismo de control constitucional no puede negarle el ejercicio de ese derecho político, impidiéndole el acceso a la administración de justicia constitucional, so pretexto de haber omitido declarar en el escrito demandatorio que actúa en su condición de ciudadano. A juicio de la Corte, una decisión de rechazo en esos casos, resultaría contraria a los principios de participación, eficacia de los derechos, supremacía de la Constitución y prevalencia de los derechos sustanciales, que el propio ordenamiento Superior ha proclamado como aspectos medulares de la forma de Estado Social de Derecho y principios fundantes del mismo. // Por tanto, aun cuando no se invoque la calidad de ciudadano, si el demandante tiene tal condición y la demuestra, la Corte debe darle curso a la acción de inconstitucionalidad, aun a pesar de que aquél manifieste actuar en representación de una persona jurídica, pública o privada." Sentencia C-841 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martínez. En el presente expediente, se comprobó la calidad de ciudadanos de los actores a través de sus documentos de identidad.

3 Aunque el escrito de demanda también anuncia los artículos 29, 83 y 209 de la Carta Política, la Sala no encuentra ningún desarrollo de estos en el documento.

4 Escrito de subsanación de la demanda, 27 de julio de 2021. pág. 3.

5 Ibíd., págs. 4-5.

6 Ibíd., pág. 6.

7 Ibíd., pág. 4.

8 Ibíd. pág. 5.

9 Ibíd., págs. 7-8.

10 Ibíd., pág. 12.

11 Ibíd., pág. 10.

12 Ibíd., pág. 12.

13 Ibíd., pág. 13.

15 Ibíd., pág. 24.

16 Información disponible al público en el buscador de la Secretaría General de la Corte, bajo el número de radicado del proceso (D-14335), en la siguiente dirección https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/

17 Intervención recibida el 02 de septiembre de 2021 (fue enviada el 01 de septiembre fuera del horario laboral), suscrita por el Director Jurídico del Departamento Administrativo de la Función Pública, Armando López.

18 Ibíd., pág. 8.

19 Ibíd., pág. 7.

20 Ibíd., pág. 6.

21 Ibíd., pág. 8.

22 Intervención recibida el 03 de septiembre de 2021, suscrita por Director de Asuntos Jurídicos, Carlos Alberto Saboyá González.

23 Ibíd., págs. 8-11.

24 Ibíd., pág. 5.

25 Por ejemplo, asegura que “los demandantes no lograron concretar si la vulneración alegada constituye un trato desigual entre sujetos iguales o un trato igual entre sujetos desiguales -o en situaciones desiguales-. Puntualmente, por cuanto no se especificó con claridad si el parámetro de comparación que pretendían presentar era i) el suscitado entre servidores del sistema de carrera especial de la FGN vs servidores del régimen general de carrera administrativa regidos por la Ley 909 de 2004; ii) el predicable entre los servidores en carrera de la FGN y los servidores vinculados en provisionalidad, en el escenario de suplir una vacancia temporal o definitiva mediante un nombramiento en encargo; o iii) el existente entre los servidores de carrera de la FGN y aquellos servidores que se encuentran en proceso de ser vinculados a la entidad en provisionalidad.” Ibíd., pág. 11.

26 Ibíd., pág. 17.

27 Ibíd., págs. 19 y 22.

28 Ibíd., págs. 26 – 28.

29 Intervención recibida el 24 de agosto de 2021, suscrita por la Presidente de la organización, Gloria Beatriz González Tirado.

30 Ibíd., pág. 3.

31 Ibíd., pág. 4.

32 Intervención recibida el 03 de septiembre de 2021, suscrita por el Presidente de la organización, Franky Jiménez Cuellar.

33 Ibíd., págs. 3-4.

34 Ibíd., págs. 16-17.

35 Intervención recibida el 03 de septiembre de 2021, suscrita por Cindy Karina Marquines Quiñones, actuando como apoderada de la organización.

36 Ibíd., pág. 3.

37 Ibíd., pág. 7.

38 Ibíd., pág. 9.

39 Intervención recibida el 03 de septiembre de 2021 a las 19:34 horas, suscrita por Ximena Beatriz Padilla Vásquez.

40 Esto es antes del vencimiento del término de fijación en lista, el 03 de septiembre de 2021.

41 Con la única excepción del documento suscrito conjuntamente por Diana Alexandra Hernández Gutiérrez y Clara Inés Gaitán Aguilar.

42 Sentencia C-288 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

43 Ibíd., págs. 4-5.

44 Para estas consideraciones generales se retoma la sentencia C-457 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. Ver entre otras, las sentencias C-1095 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-1143 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-041 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-405 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-128 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-673 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-658 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa; y, C-148 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera. En esta ocasión, se sigue principalmente la exposición general reiterada en las sentencias C-190 de 2019, C-270 de 2019 y C-283 de 2019. MM.PP. Diana Fajardo Rivera.

46 Artículos 114 y 150 de la Constitución Política.

47 Consultar, entre otras, las sentencias C-236 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-447 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-426 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-170 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

48 Para una explicación de lo que significan estos criterios de argumentación, ver Sentencia C-1052 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

49 Estos criterios fueron recogidos de la jurisprudencia desde la Sentencia C-1052 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), y han sido utilizados de manera reiterada, uniforme y pacífica por la Corte Constitucional. Para un recuento enunciativo ver, entre otras, la

Sentencia C-105 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera.

50 Sentencia C-220 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo. AV. Carlos Bernal Pulido. SV. Alberto Rojas Ríos.

51 Escrito de subsanación de la demanda, 27 de julio de 2021. pág. 1.

52 Ibíd., pág. 12.

53 Ibíd., pág. 10.

54 En las páginas 4 y 5 de la subsanación de la demanda se lee lo siguiente: “Esta selección, tal como se describe el aparte de la norma, se realiza sin ningún criterio, lo cual vulnera el derecho a la igualdad de unos funcionarios frente a otros, esto es, de los servidores de la fiscalía, que ostentan la calidad de servidores públicos inscritos en carrera y el resto de servidores públicos del estado, pues todos los regímenes de Carrera Administrativa contemplan la preferencia de encargo para los servidores en carrera mientras los nombramientos en provisionalidad son una excepción únicamente para los casos donde no existan servidores con derechos de carrera que puedan ocupar las vacantes.” Tal fragmento supondría un ejercicio de comparación entre los servidores en carrera de la Fiscalía General de la Nación con respecto a otros servidores del Estado. Sin embargo, la demanda no profundiza en este enfoque ni explica quiénes integran el otro extremo de la comparación, o por qué los empleados de la carrera especial de la Fiscalía General de la Nación son equiparables al resto de empleados del Estado en esta materia. Ciertamente, este no es el reproche central que intentan formular los demandantes, sino que apenas es una idea suelta del escrito.

55 Ibíd., pág. 3.

56 Ibíd., pág. 20.

57 Ibíd., pág. 5.

58 Ibíd., pág. 13.

59 Ibídem.

60 Las consideraciones generales que presenta este acápite retoman lo expuesto por la Sala Plena en Sentencia C-050 de 2021. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

61 Este Tribunal ha entendido que esta facultad es excepcional, toda vez que es al demandante a quien corresponde manifestar cuáles son las normas jurídicas que considera contrarias a la Carta.

62 "[L]a Corte Constitucional ha determinado que la integración oficiosa de la unidad normativa sólo será procedente cuando: i) se demande una disposición cuyo contenido deóntico no sea claro, unívoco o autónomo, ii) la disposición cuestionada se encuentre reproducida en otras disposiciones que posean el mismo contenido deóntico de aquella y finalmente, cuando iii) la norma se encuentre intrínsecamente relacionada con otra disposición que pueda ser, presumiblemente, inconstitucional". Sentencia C-182 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. AV. María Victoria Calle Correa. SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV. Luis Ernesto Vargas Silva.

63 Sentencia C-495 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

64 Intervención de la Fiscalía General de la Nación, pág. 10.

65 Este capítulo reitera, principalmente, las consideraciones expuestas por las sentencias C-172 de 2021 MM.PP. Diana Fajardo Rivera y Jorge Enrique Ibáñez Najar. SPV. Antonio José Lizarazo Ocampo. SPV. Diana Fajardo Rivera y Cristina Pardo Schlesinger. SPV. José Fernando Reyes Cuartas. SPV. Alberto Rojas Ríos; C-077 de 2021. M.P. Diana Fajardo Rivera. SV. José Fernando Reyes Cuartas. SV. Alberto Rojas Ríos y C-503 de 2020 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

66 Según lo sostenido en la Sentencia C-479 de 1992 (MM.PP. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero. SV. Fabio Morón Díaz, Jaime Sanín Greiffenstein y Simón Rodríguez Rodríguez), en un Estado Social de Derecho la relación del Estado y sus servidores se sujeta a un marco axiológico completo, cuyo centro es la persona humana; y, agregó que: "[e]l respeto por los derechos humanos, de un lado, y el acatamiento de unos principios rectores de la actuación estatal, por otro, constituyen las consecuencias prácticas de esa filosofía."

68 Ver, entre otras, las sentencias C-356 de 1994. M.P. Fabio Morón Díaz y C-250 de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

69 “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: // 23. Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos (…).”

70 Sentencia C-034 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. María Victoria Calle Correa y Jorge Iván Palacio Palacio. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV. Martha Victoria Sáchica Méndez. Cita original con pies de página.

71 Sentencia C-503 de 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo. Cita original con pies de página.

72 Sentencia C-172 de 2021. MM.PP. Diana Fajardo Rivera y Jorge Enrique Ibáñez Najar. SPV. Antonio José Lizarazo Ocampo. SPV. Diana Fajardo Rivera y Cristina Pardo Schlesinger. SPV. José Fernando Reyes Cuartas. SPV. Alberto Rojas Ríos.

73 Valorados en todo caso de manera objetiva y con fundamento en reglas claras y previamente establecidas. En el mismo sentido ver la reciente Sentencia C-084 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

74 Al respecto ver las sentencias C-1177 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis y C-250 de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

75 En la Sentencia C-826 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), que reiteró la Sentencia T-321 de 1999 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), se afirmó que: “[e]n síntesis, esta Corte ha concluido que el logro de la efectividad de los derechos fundamentales por parte de la administración pública se basa en dos principios esenciales: el de eficacia y el de eficiencia. A este respecto ha señalado que la eficacia, hace relación “…al cumplimiento de las determinaciones de la administración” y la eficiencia a “…la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos.” En la Sentencia C-479 de 1992 (MM.PP. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero. SV. Fabio Morón Díaz, Jaime Sanín Greiffenstein y Simón Rodríguez Rodríguez), se afirmó “[e]n este aspecto, la armonización de los dos principios analizados -la eficiencia y la eficacia de la función pública-

con la protección de los derechos que corresponden a los servidores estatales resulta de una carrera administrativa diseñada y aplicada técnica y jurídicamente, en la cual se contemplen los criterios con arreglo a los cuales sea precisamente el rendimiento en el desempeño del cargo de cada trabajador (el cual garantiza eficiencia y eficacia del conjunto) el que determine el ingreso, la estabilidad en el empleo, el ascenso y el retiro del servicio, tal como lo dispone el artículo 125 de la Constitución. Estos aspectos, en una auténtica carrera administrativa, deben guardar siempre directa proporción con el mérito demostrado objetiva y justamente. // Ello conduce a la instauración de la carrera administrativa como sistema propicio a la obtención de eficiencia y eficacia y, por tanto, como técnica al servicio de los fines primordiales del Estado Social de Derecho."

76 Sentencias C-1263 de 2005. M.P. Alfredo Beltrán Sierra y C-250 de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

77 Sentencias C-285 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-096 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

78 Sentencia C-077 de 2021. M.P. Diana Fajardo Rivera. SV. José Fernando Reyes Cuartas. SV. Alberto Rojas Ríos.

79 Sentencia C-172 de 2021. MM.PP. Diana Fajardo Rivera y Jorge Enrique Ibáñez Najar. SPV. Antonio José Lizarazo Ocampo. SPV. Diana Fajardo Rivera y Cristina Pardo Schlesinger. SPV. José Fernando Reyes Cuartas. SPV. Alberto Rojas Ríos.

80 Sentencia C-093 de 2020. M.P. Alberto Rojas Ríos. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado.

81 "Artículo 1o. Facultades extraordinarias. De conformidad con lo establecido en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, por el término de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de publicación de la presente ley para expedir normas con fuerza material de ley, dirigidas a: // a) Modificar y definir la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación y sus servidores; // b) Modificar la Planta de Personal de la Fiscalía General de la Nación, creando, suprimiendo o modificando los empleos a que haya lugar. De igual manera, podrá modificarse la nomenclatura, denominación y clasificación de los empleos de la entidad, así como los requisitos y definición de niveles operacionales; // c) Expedir el régimen

de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas y el de las situaciones administrativas de sus servidores […].”

82 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

83 “Por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones”. Derogado posteriormente por el artículo 79 de la Ley 938 de 2004.

84 “Tercero.- ORDENAR al Fiscal General de la Nación, dentro del respeto a la autonomía de la institución, que (i) disponga lo necesario para que se diseñe un plan de implementación del régimen de carrera en la Fiscalía General, con un cronograma de ejecución del mismo y con los indicadores de resultados pertinentes que permitan medir el avance en la ejecución del plan. En dicho plan se indicarán específicamente cada uno de los obstáculos por afrontar y la manera como serán superados, así como si la carrera será implementada por etapas. (ii) El plan, junto con el cronograma y los indicadores de medición de resultados, debe ser remitido a la Corte Constitucional dentro de los tres (3) meses siguientes a la notificación de esta sentencia. (iii) La ejecución del cronograma diseñado por la Fiscalía deberá haber concluido para el 1 de julio de 2006, sin perjuicio de que se avance por etapas, según lo determine el plan y de acuerdo con el cronograma de ejecución. Si tres meses antes de que concluya este plazo se encuentra que puede no ser suficiente, la Fiscalía podrá solicitar una ampliación del término, petición que debe estar fundamentada en razones sólidas que muestren un avance significativo y sostenido en la implementación de la carrera. (iv) La Fiscalía, de acuerdo con las instrucciones que imparta el Fiscal General de la Nación, deberá enviar informes bimestrales a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo acerca de las acciones adelantadas y del avance del plan.”

85 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

86 “Por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”.

87 Sentencia C-279 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

88 El desfase se habría presentado, posiblemente, debido al aumento de cargos luego de la realización del concurso, producto de la entrada en vigencia y funcionamiento del sistema de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y de normas que fueron ampliando progresivamente la

planta de personal, como el Decreto 122 de 2008.

89 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV. Jorge Iván Palacio Palacio. SPV. Humberto Antonio Sierra Porto. AV. Luis Ernesto Vargas Silva.

90 Esto se materializó en la parte resolutiva, a través de la ordena novena, así: "NOVENO.- ORDENAR a la Fiscal General de la Nación que, en el término máximo de seis (6) meses contados a partir de la notificación de este fallo, inicie los trámites para convocar el concurso o concursos públicos necesarios para proveer todos y cada uno de los cargos de carrera que en la actualidad son ejercidos en provisionalidad y los que se encuentren vacantes, incluidos los cargos permanentes y transitorios creados por la Ley 975 de 2005 y el Decreto 122 de 2008. En dicho concurso o concursos, la Comisión de Carrera de la Fiscalía General de la Nación, al definir los factores de calificación, tendrá en cuenta la experiencia en el tipo de funciones a desempeñar. // En todo caso, en un término máximo de dos (2) años contados a partir de la notificación de esta sentencia, la Fiscalía General de la Nación deberá haber culminado dichos concursos y provisto los respectivos cargos."

91 Mediante escrito radicado el 6 de febrero de 2020, en la Secretaría de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la señora Luz Patricia Agudelo, en su calidad de presidenta de la Asociación de Trabajadores Estatales de la Fiscalía General de la Nación, demandó en ejercicio de la acción de cumplimiento a la Fiscalía General de la Nación. Esta es la misma organización a la cual dicen pertenecer los accionantes dentro del presente proceso de control constitucional.

92 – Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera, Subsección B. Sentencia del 04 de marzo de 2020. M.P. Oscar Armando Dimaté Cárdenas. Radicado 25000-23-41-000-2020-00185-01.

93 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 22 de octubre de 2020. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Radicación 25000-23-41-000-2020-00185-01.

94 Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Subsección B. Auto del 24 de noviembre de 2021. M.P. Oscar Armando Dimaté Cárdenas.

95 Ibídem.

96 Decreto ley 020 de 2014, artículo 3 Principios, numeral 1: “Mérito. El ingreso, el ascenso y la permanencia en los cargos de carrera estarán determinados por la demostración de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los cargos.”

97 Sentencia C-279 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

98 Información obtenida del Informe de Gestión 2020-2021 y del Informe de Evaluación de Desempeño Laboral 2020, disponibles en https://www.fiscalia.gov.co/colombia/gestion/informe-de-gestion-evaluacion-y-auditoria/ y https://www.fiscalia.gov.co/colombia/la-entidad/gestion-del-talento-humano/ Consultados el 08 de enero de 2022.

99 Sentencia C-818 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

100 La Corte Constitucional se ha referido al principio de igualdad en un amplio conjunto de fallos. Entre estos pueden consultarse las sentencias T-422 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-371 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-093 de 2001. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-671 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-178 de 2004. M.P. María Victoria Calle Correa; y C-125 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera, entre muchas otras.

101 Sentencia C-178 de 2004. M.P. María Victoria Calle Correa.

102 Sentencia C-1125 de 2008. M.P. Humberto Sierra Porto, reiterada en Sentencia C-125 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera. En similar sentido, ver sentencias C-100 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo; C-178 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa; C-218 de 2015. M.P. (e) Martha Victoria Sáchica Méndez; C-766 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-684A de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo. De esta manera, el Estado tiene la obligación de preservar, a través de abstenciones o de acciones positivas, la igualdad entre clases de individuos, consideradas las circunstancias decisivas en que se encuentren. La igualdad no es equivalente a uniformidad o igualación matemática, que conllevaría, de forma contraproducente, a una homogeneización inadmisible desde el punto de vista de la autonomía personal. Comporta, en cambio, una equiparación de, únicamente, aquellos

elementos que se traducen en la generación de cargas u obligaciones y de limitación de derechos para los individuos.

103 Sentencia C-503 de 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo. Cita original con pies de página.

104 M.P. María Victoria Calle Correa.

105 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Postura reiterada en la Sentencia C-172 de 2021. MM.PP. Diana Fajardo Rivera y Jorge Enrique Ibáñez Najar. SPV. Antonio José Lizarazo Ocampo. SPV. Diana Fajardo Rivera y Cristina Pardo Schlesinger. SPV. José Fernando Reyes Cuartas. SPV. Alberto Rojas Ríos.

106 M.P. Alejandro Linares Cantillo. Ver también Sentencia C-618 de 2015. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

107 “Las excepciones a la carrera administrativa del artículo 125 y las legales no implican que esas formas de elección o designación en empleos públicos no expresen el mérito o se contrapongan al mismo. En primer lugar, pues el establecimiento de formas diferentes al concurso de méritos no significa que los cargos estén privados de requisitos y que sea posible nombrar a cualquier persona sin que exista una correlación entre su perfil profesional, experiencia y el cargo que deben ejercer. En este aspecto, al igual que le corresponde al Legislador regular las etapas y requisitos de los concursos de méritos también le asiste la misma potestad a ese o su delegado para determinar los requisitos para los cargos. Esa determinación configura los contornos objetivos del mérito en tal nivel. Por ejemplo, se puede establecer que para acceder a un cargo de libre nombramiento y remoción se requieran cinco años de experiencia y una maestría, como también se puede exigir una edad específica o diferentes títulos universitarios o inclusive experiencia profesional particular, como la previa dirección de entidades o instituciones. Esos requisitos fijan un aspecto objetivo, a pesar de que admite otros criterios que, sin lugar a dudas están relacionados con determinaciones subjetivas del nominador, que responden a la confianza, y a la coordinación y coincidencia ideológica en la gestión pública con la cual se debe ejercer el cargo, lo que repercute en la continuidad del servicio y su buena prestación.” Sentencia C-046 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

108 Sentencia C-093 de 2020. M.P. Alberto Rojas Ríos. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado. En esta ocasión, la Sala Plena encontró razonable la restricción consistente en ser nombrado o ascendido a un cargo público, mientras que la persona tenga una multa impuesta en el marco del Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana. En el mismo sentido, la Corte convalidó la imposibilidad de posesionarse en cargos públicos ni de elección popular a las personas reportadas en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos; ver Sentencia C-032 de 2021. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

109 Es importante precisar que los concursos cerrados han sido prohibidos por la jurisprudencia desde la Sentencia C-266 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

110 Sentencia C-034 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. María Victoria Calle Correa y Jorge Iván Palacio Palacio. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV. Martha Victoria Sáchica Méndez (e).

111 Sentencia C-077 de 2021. M.P. Diana Fajardo Rivera. SV. José Fernando Reyes Cuartas. SV. Alberto Rojas Ríos.

113 Acerca del carácter esencialmente temporal del nombramiento provisional la Corte Constitucional ha expuesto que su jurisprudencia "privilegia su temporalidad, a fin de impedir que los nombramientos provisionales en los cargos de carrera administrativa se prolonguen de manera indefinida y se conviertan en institución permanente, tal como lo fue en pasado cercano. En este sentido se rechazan las prórrogas injustificadas de los nombramientos provisionales, por cuanto "la prórroga debe ser la estrictamente necesaria para que se superen las circunstancias que dieron lugar a la suspensión del concurso y, se debe proceder a reanudarlo en forma inmediata, de manera tal, que el concurso de méritos, sea el instrumento previo, idóneo y esencial, para la provisión de los cargos públicos; porque, de no ser así, se daría lugar a la aplicación de la responsabilidad disciplinaria y patrimonial, tanto de la autoridad nominadora que omita la aplicación de las normas de carrera, como de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en el evento de que omita las funciones que la Constitución Política le ha otorgado. Por tanto, se debe garantizar ante todo, la continuidad del servicio público (…)." Sentencia C-793 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño. AV. Alfredo Beltrán Sierra. AV. Jaime Araujo Rentería.

114 M.P. Jaime Araújo Rentería.

115 El acto administrativo es “la expresión de la voluntad emanada de la autoridad, encaminada a producir efectos jurídicos a nivel general y/o particular y concreto.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 24 de junio de 2021, Rad. 25000-23-37-000-2016-01398-01(25011), C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto.

116 Sentencia SU-917 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. SPV. Nilson Pinilla Pinilla.

117 M.P. Alejandro Martínez Caballero. SV. Fabio Morón Díaz y Susana Montes de Echeverri.

118 Ibíd.

119 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. SPV. Nilson Pinilla Pinilla.

120 Resumen elaborado a partir de la Sentencia SU-917 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. SPV. Nilson Pinilla Pinilla y la Sentencia T-204 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. SPV. Nilson Pinilla Pinilla.

121 La Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la provisionalidad no debe entenderse como una facultad de nombramiento y remoción irrestricta. Los cargos de carrera y los de libre nombramiento y remoción son los dos extremos de estabilidad en el empleo en la función pública. La regla general es la estabilidad laboral reforzada para los cargos de carrera, mientras que los cargos de libre nombramiento y remoción sí implican discrecionalidad del nominador, ya que éste, en atención a la naturaleza de sus funciones, los designa con base en consideraciones intuito personae. Entre estos dos extremos, “es decir entre los cargos de carrera y los de libre nombramiento y remoción, se encuentran los nombramientos en provisionalidad en los cargos de carrera, los que ostentan una estabilidad laboral relativa o intermedia”, por lo que “su empleador no tiene tal discrecionalidad para disponer del cargo.” Sentencia SU-054 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. AV. María Victoria Calle Correa. AV. Jorge Iván Palacio Palacio. AV. Luis Ernesto Vargas Silva.

122 Sentencia SU-917 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. SPV. Nilson Pinilla Pinilla.

123 Sentencia C-753 de 2008. M.P. Jaime Araújo Rentería.

124 Sentencia C-503 de 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

125 Ley 906 de 2004, artículos 24 y 25.

126 Decreto Ley 020 de 2014, artículo 3.

127 Ibíd.

128 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

129 “Por la cual se otorgan facultades extraordinarias pro tempore al Presidente de la República para modificar la estructura y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y expedir su Régimen de Carrera y situaciones administrativas”.

130 Decreto ley 020 de 2014, artículo 2.

131 Ibíd., artículo 3, numeral 1º.

132 Ibíd., artículo 5.

133 Ibídem.

134 Ibíd., artículos 26 y 118.

135 Ibíd., Capítulo III.

136 Se considera que un empleo está vacante definitivamente cuando se produce el retiro del servicio de su titular por cualquiera de las causales establecidas en la Constitución, en el Decreto ley 020 de 2014, o cuando se crea como consecuencia de una modificación de la planta de personal. Los empleos estarán vacantes temporalmente cuando sus titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación transitoria del cargo. Ibíd., artículo 10.

137 Decreto ley 021 de 2014, artículo 6: “Definición. Hay encargo cuando se designa temporalmente a un servidor de la Fiscalía General de la Nación o de las entidades adscritas, para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular desvinculándose o no de las propias de su cargo. // El encargo no interrumpe el tiempo de servicios en el empleo del cual es titular, ni afecta los derechos de carrera del servidor.” Nótese que, a diferencia de otras normas del mismo estatuto que

precisan la calidad del servidor en carrera -ver, por ejemplo, artículos 15, 33 y 36-, esta disposición se refiere de forma general y amplia a “un servidor de la Fiscalía.” En este mismo sentido, la intervención de la Fiscalía transcribe una sentencia del Juzgado 44 Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, de fecha 08 de marzo de 2019, que entre sus consideraciones expuso lo siguiente al explicar el mencionado artículo sobre el encargo: “se entiende que el nombramiento en encargo no es exclusivo ni prioritario de los servidores que se encuentran en carrera, pues así no lo prevé la norma, por el contrario se trata de una situación administrativa en la que se puede encontrar cualquier servidor de la Fiscalía”. Radicado 110013337-0442019-00037-00 Pilar Astrid Rodríguez contra la Fiscalía General de la Nación.

139 Decreto ley 021 de 2014, artículo 6.

140 Ibíd., artículo 7.

141 Ibíd., artículo 10.

142 Decreto ley 020 de 2014, artículo 5.

143 Ibíd., artículos 10 y 11. Ver también Decreto Ley 021 de 2014, artículos 6 y 8.

144 Ibíd., artículos 40 y 41.

145 Ibíd., artículo 5.

146 Aunque estos nombramientos también permiten cubrir plazas de libre y nombramiento y remoción, el cargo de los demandantes se concentra en los eventos en los que la vacante disponible es de carrera.

147 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, artículos 24 y 25.

148 De acuerdo con el Departamento Administrativo de la Función Pública, tal derecho preferencial no es aplicable al régimen general de la Fiscalía General de la Nación. Ver DAFP, concepto 251601 del 16 de julio de 2021. Radicado No.: 20216000251601.

149 “Por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”, artículo

70.

150 La metodología de análisis de este capítulo sigue, principalmente, las consideraciones que expuso la Sentencia C-503 de 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo. Allí se analizó un problema jurídico similar, relacionado con la facultad discrecional del Procurador General de la Nación para designar indistintamente entre empleados provisionales y en encargo para suplir vacancias de carrera administrativa dentro del régimen especial de la Procuraduría General de la Nación. Claro está que cada régimen tiene sus propias particularidades como se hará expreso en este capítulo.

151 M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado.

152 Escrito de subsanación de la demanda, 27 de julio de 2021. pág. 6.

153 Decreto Ley 020 de 2014, artículo 14.

154 Ibíd., artículo 24.

155 Ibíd., artículo 36.

156 Ibíd., artículo 41.

157 Ibíd., artículo 96.

158 Decreto ley 021 de 2014, artículos 15 y 33.

159 Decreto ley 020 de 2014, artículo 11.

160 Sentencia C-503 de 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

161 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 24 de abril de 2020. C.P. César Palomino Cortés. Radicado 11001-03-25-000-2017-00281-00.

162 Sentencia C-084 de 2020. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

163 Sentencias C-288 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SPV. Luis Ernesto Vargas Silva. AV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio. AV. Alberto Rojas

Ríos; y C-034 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. María Victoria Calle Correa y Jorge Iván Palacio Palacio. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV. Martha Victoria Sáchica Méndez.

164 Sentencia C-503 de 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo. Sobre el concepto de núcleo esencial, la Sentencia C-756 de 2008 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra) explicó que este "se ha definido como el mínimo de contenido que el legislador debe respetar, es esa parte del derecho que lo identifica, que permite diferenciarlo de otros y que otorga un necesario grado de inmunidad respecto de la intervención de las autoridades públicas. Y, en sentido negativo debe entenderse "el núcleo esencial de un derecho fundamental como aquel sin el cual un derecho deja de ser lo que es o lo convierte en otro derecho diferente o lo que caracteriza o tipifica al derecho fundamental y sin lo cual se le quita su esencia fundamental."

165 La jurisprudencia no ha sido siempre constante al incluir este último criterio. Sin embargo, recientemente la Sentencia C-345 de 2019 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) unificó la postura de este Tribunal al respecto. Postura que ha venido siendo reiterada, entre otras, por la Sentencia C-161 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera.

166 FGN. Intervención del 03 de septiembre de 2021, suscrita por Director de Asuntos Jurídicos. pág. 26.

167 Constitución Política, artículo 250.

168 Constitución Política, artículo 250, numeral 6.

169 Sentencia C-228 de 2002. MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett, reiterada en la Sentencia C-588 de 2019. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

170 Fiscalía General de la Nación. Intervención del 03 de septiembre de 2021, suscrita por Director de Asuntos Jurídicos. pág. 26.

171 Ibíd., pág. 27.

172 Decreto ley 020 de 2014, artículo 3, numeral 6.

173 “[U]na carrera de encostalados/régimen de no carrera, donde el servidor público está anclado a un cargo y no le es posible moverse hacia ningún lado, ya que tampoco se han presentado concurso para tal efecto.”

174 Sentencia C-034 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. María Victoria Calle Correa y Jorge Iván Palacio Palacio. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV. Martha Victoria Sáchica Méndez (e).

175 Intervención del Departamento Administrativo de la Función Pública. pág. 8.

176 Sentencia C-034 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. María Victoria Calle Correa y Jorge Iván Palacio Palacio. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV. Martha Victoria Sáchica Méndez (e).

177 Decreto ley 020 de 2014, artículo 2.

178 Ibíd., artículo 85.

179 Ibíd., artículos 78, 87 y88.

180 Ibíd., artículo 78.

181 Ibíd., artículo 85.

182 El Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección B, mediante Sentencia del 24 de abril de 2020 (C.P. César Palomino Cortés. Radicado 11001-03-25-000-2017-00281-00) declaró la nulidad de la Resolución 02457 de 2016 que extendió el sistema de evaluación de os empleados en carrera a los provisionales. Allí, señaló que la mencionada resolución “conlleva un despilfarro de recursos materiales, humanos y presupuestales, sin sustento ni razón de ser, dado el carácter temporal de tales vinculaciones; atentando, de contera, contra los principios de eficiencia y eficacia (…) carece de trascendencia para la vida administrativa y la gobernanza de la Entidad (…) toda vez que a la luz del artículo 3 del agosto demandado, no es posible motivar una eventual declaratoria de insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad cuando quiera que la calificación del servicio arroje como resultado el de insuficiente o todo lo contrario, sería posible declarar insubsistente el nombramiento de quien haya obtenido una calificación de sobresaliente”. Al declarar la nulidad, el Consejo de

Estado precisó que la misma “no implica que el hecho mismo de calificar el servicio de los funcionarios nombrados en provisionalidad al interior de la Fiscalía General de la Nación sea contrario a derecho , toda vez que lo jurídicamente se reprocha es que dicha calificación se realice equiparando a este tipo de funcionarios con los de carrera mediante la aplicación de los mismos criterios, parámetros, instrumentos y mecanismos que para medir su desempeño se utilizan, desnaturalizando por ende la razón de ser de unos y otros.”

183 Sentencia C-034 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. María Victoria Calle Correa y Jorge Iván Palacio Palacio. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV. Martha Victoria Sáchica Méndez (e).

185 DAFP. Intervención recibida el 02 de septiembre de 2021. pág. 7.

186 Sentencia C-503 de 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

187 Decreto ley 020 de 2014, artículo 11, numeral 3.

188 Decreto ley 020 de 2014, artículo 3.

189 Intervención de la Unión de Servidores del CTI (UNISERCTI).

190 Decreto Ley 020 de 2014, artículo 24.

191 Ibíd., artículo 36.

192 Ibíd., artículo 41.

193 Ibíd., artículo 96.

194 Decreto ley 021 de 2014, artículos 15 y 33.