

RÉGIMEN ESPECIAL DE CARRERA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN-Usó de la lista de elegibles para proveer únicamente los cargos ofertados en la convocatoria

(...) las finalidades en las que se inscribe la norma impugnada se encuentran en la necesidad de garantizar (i) la gradualidad en el acceso de las personas que harán parte del sistema de carrera; (ii) en la importancia de asegurar la adaptación al cargo, pues el ingreso supone una curva de aprendizaje, en donde, por virtud del período de prueba, es preciso evaluar el desempeño laboral de la persona designada; y, además, (iii) el esquema progresivo de implementación, que surge de lo previsto del precepto legal demandado, asegura igualmente que no se afecte la continuidad en la prestación de servicio de administrar justicia, en lo que refiere a las competencias propias de la Fiscalía General de la Nación (CP art. 250). Todas estas finalidades son legítimas y constitucionalmente importantes.

LISTA DE ELEGIBLES EN FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN-Alcance

SOLICITUD DE SENTENCIA INHIBITORIA-Improcedente por enunciados genéricos de ineptitud sustantiva de la demanda

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

REGIMENES DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Potestad de configuración del legislador

CARRERA ADMINISTRATIVA-Categorías o modalidades/CARRERA ADMINISTRATIVA-Regímenes generales, especiales y específicos

Dos aspectos trascendentales surgen de esta clasificación: (i) los sistemas especiales de carrera de origen constitucional se rigen por sus propias autoridades y por sus propias normas, por lo que, en relación con este punto, solo recurren a las normas del sistema general de carrera, en caso de que sea necesario suplir vacíos normativos en su regulación; y (ii) el sistema general y los sistemas especiales de carrera de creación legal se encuentran bajo la administración y vigilancia de la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC (CP art. 130).

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

El principio del mérito se concreta principalmente en la creación de sistemas de carrera y en el acceso a cargos públicos mediante la realización de concursos o procesos de selección. Por medio de ellos, y a través de criterios objetivos, se busca determinar la idoneidad, capacidad y aptitud de los aspirantes para ocupar un cargo, teniendo en cuenta la categoría del empleo y las necesidades de la entidad. De suerte que, las etapas y pruebas en cada convocatoria deben estar dirigidas a identificar las cualidades, calidades y competencias de los candidatos, para –con base en dichos resultados– designar a quien mayor mérito tiene para ocupar el cargo.

MERITO-No está circunscrito a la carrera administrativa

CARRERA ADMINISTRATIVA-Reglas de nombramiento en provisionalidad

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

CARRERA ADMINISTRATIVA-Reglas de nombramiento en provisionalidad

LISTA DE ELEGIBLES-Naturaleza

APLICACION DE LA LISTA DE ELEGIBLES-Jurisprudencia constitucional

DERECHO DE ACCESO A CARGOS PUBLICOS-Fundamental/DERECHO DE ACCESO A CARGOS PUBLICOS-Alcance

DERECHO DE ACCESO A CARGOS PUBLICOS-Dimensiones

(...) el ámbito de protección del derecho de acceso a cargos y funciones públicas comprende, al menos, cuatro dimensiones: (i) el derecho a posesionarse, el cual aplica frente a las personas que han cumplido con los requisitos establecidos en la Constitución y en la ley para acceder al cargo, de acuerdo con las reglas de cada convocatoria y según los usos que se dispongan en la ley respecto a cada lista de elegibles, en caso de resultar aplicables; (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para tomar posesión de un cargo, diferentes a las establecidas en el concurso de méritos o en la ley; (iii) la facultad de elegir, de entre las opciones disponibles, aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos; y (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima a quien ocupa el cargo público.

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD DE INTENSIDAD INTERMEDIA-Aplicación

En el nivel de intensidad intermedia, se valora que el objetivo de la norma sometida a examen sea legítimo e importante y que el medio utilizado, además de no estar prohibido, sea efectivamente conducente para lograr la finalidad propuesta. En esta categoría se incluye, por lo demás, el deber de determinar que la medida adoptada no sea evidentemente desproporcionada.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

-Sala Plena-

SENTENCIA C-387 DE 2023

Referencia: Expediente D-15062

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 35 (parcial) del Decreto Ley 20 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”

Demandante: Jan Marco Cortés Guzmán

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D.C., cuatro (4) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto Ley 2067 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. El 25 de noviembre de 2022, el ciudadano Jan Marco Cortés Guzmán, en ejercicio de la acción pública prevista en los artículos 40.6, 241 y 242 de la Constitución, presentó demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 35 (parcial) del Decreto Ley 20 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”, por considerar que desconoce el derecho de acceso al desempeño de cargos y funciones públicas y el principio fundamental del mérito para el ingreso a los empleos de carrera en la Fiscalía General de la Nación (en adelante, “FGN”), consagrados en los artículos 40.7 y 125 de la Constitución.

1. En auto del 17 de enero de 2023, el magistrado sustanciador admitió la demanda y ordenó (i) correr traslado del expediente a la Procuradora General de la Nación para que rindiera el

concepto a su cargo (CP arts. 242.2 y 278.5); (ii) fijar en lista el proceso, en aras de permitir la intervención ciudadana (Decreto Ley 2067 de 1991, art. 7°); (iii) comunicar el inicio de esta actuación al Presidente de la República, a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, al Ministerio de Justicia y del Derecho, y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, para que, si lo estimaban conveniente, señalaran las razones para justificar una eventual declaratoria de exequibilidad o inexequibilidad del precepto legal acusado (CP art. 244); e (iv) invitar a participar a varias entidades, asociaciones y universidades, con el fin de que presentaran su opinión sobre la materia objeto de controversia (Decreto Ley 2067 de 1991, art. 13)¹.

1. Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto Ley 2067 de 1991, procede la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia².

A. NORMA DEMANDADA

1. A continuación, se transcribe el contenido del precepto legal acusado, conforme con su publicación en el Diario Oficial No. 49.028 del 9 de enero de 2014, en el que se subraya y resalta el aparte demandado:

DECRETO LEY 20 DE 2014

(enero 9)

Diario Oficial No. 49.028 del 9 de enero 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.

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,

DECRETA

Artículo 35. Listas de elegibles. Las listas de elegibles serán conformadas con base en los resultados del concurso o del proceso de selección, en estricto orden de mérito y con los aspirantes que superen las pruebas en los términos indicados en la convocatoria.

La provisión definitiva de los empleos convocados se efectuará en estricto orden descendente, una vez se encuentre en firme la lista de elegibles y después de adelantarse el estudio de seguridad de que trata el presente decreto-ley.

Una vez los empleos hayan sido provistos en período de prueba, las listas de elegibles resultantes del proceso de selección solo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración de alguna de las causales de retiro del servicio para su titular.

Para los anteriores efectos, las listas de elegibles tendrán una vigencia de dos (2) años.

Parágrafo. Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado del proceso de selección

esté conformada por un número menor de aspirantes al de los empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en periodo de prueba y retirar del servicio a los provisionales, tendrá en cuenta la condición de padre o madre cabeza de familia, de discapacidad y de pre-pensionados, en los términos de las normas de seguridad social vigentes.

A. PRETENSIÓN Y CARGOS DE LA DEMANDA

1. Pretensión. El actor solicita que se declare la exequibilidad condicionada del aparte legal demandado, en el entendido de que “las listas de elegibles que se conformen como resultado del proceso de selección deben ser utilizadas también para proveer las vacantes preexistentes de los empleos ofertados hasta que se agoten y en consideración a su vigencia”³.

1. Antes de especificar el alcance de las acusaciones formuladas, y a modo de introducción, el demandante afirma que el régimen de carrera de la FGN es especial, en virtud del artículo 253 de la Constitución, por lo que su desarrollo normativo se adelanta, en principio, a través de una ley distinta a la Ley 909 de 2004, la cual consagra el régimen general de carrera. A pesar de dicho trato diferenciado que responde a la labor encomendada a la institución, y que se encuentra actualmente previsto en el Decreto Ley 20 de 2014, el esquema normativo que lo desarrolla debe sujetarse a los principios imperantes para el acceso al empleo público previstos en los artículos 40.7 y 125 del texto superior.

1. Cargo 1. Sobre el derecho de acceso al desempeño de cargos y funciones públicas. (CP art. 40.7.). El accionante menciona que la lista de elegibles representa “(...) el acto que consolida derechos para los participantes que se someten a los distintos procedimientos eliminatorios que se empleen en curso de una convocatoria determinada”⁴, pues a través de ella, y en estricto orden, se ocupan las vacantes definitivas de un empleo público, en principio, a partir

del número de plazas a proveer, según lo que se haya ofertado.

1. Para explicar las razones que llevan a considerar que la norma acusada incurre en una restricción desproporcionada e irrazonable del derecho de acceso a los empleos públicos previsto en el artículo 40.7 de la Constitución⁵, el accionante acude como ejemplo a la Convocatoria No. 01 de 2021 de la FGN, a través de la cual se ofrecieron 500 empleos en dicha institución (350 en concurso abierto y 150 en concurso de ascenso).

1. A efectos prácticos, según el actor, en el Acuerdo No. 01 de 2021 “(...) se ofrecieron 40 vacantes para fiscales delegados ante juzgados municipales (de los cuales 18 corresponde a ascenso y 22 a concurso abierto) y 37 ante juzgados del circuito (15 en ascenso y 22 en concurso abierto). De acuerdo con los reportes consignados en la plataforma SIDCA del operador UT Convocatoria FGN – Universidad Libre de Colombia[,] para Fiscales Delegados ante Jueces del Circuito se inscribieron 7.697 aspirantes y para Fiscales Delegados ante los Jueces Municipales 13.121, de los cuales aprobaron el examen eliminatorio en cada caso 1.876 y 3.541 participantes.”⁶ Por su parte, a partir de una acción de cumplimiento tramitada ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se pudo establecer que en la FGN “(...) existen más de 17.000 vacantes para proveer, pues así lo reconoció” dicha entidad⁷. Lo anterior prueba que el número de vacantes ofertadas es significativamente bajo frente al universo de vacantes por cubrir en la FGN.

1. Ello se agrava cuando se advierte la postura de la citada institución expuesta en el trámite de la acción de cumplimiento, en la que –más allá de poner presente la Convocatoria No. 01 de 2021 para un total de 500 empleos– se informa que se decidió por la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación “(...) realizar convocatorias de manera escalonada y progresiva [llamando] (...) a concurso 1.000 cargos para el 2022, 1.000 adicionales para el 2023 y otros 1.000 cargos para el 2024, lo que corresponde al 20% de la planta de carrera de la entidad representado en 3.500 vacantes de la planta de personal de la entidad”⁸.

1. Ante un panorama como el expuesto, es que se advierte el déficit de protección constitucional que genera el precepto legal demandado, pues “(...) niega la posibilidad de que la lista de elegibles que se ha de conformar al culminar el proceso de selección pueda ser utilizada para la totalidad de vacantes que correspondan a los empleos ofertados”⁹, y si bien en la sentencia SU-446 de 2011, la Corte consideró válido que la lista de elegibles sea utilizada solo para los cargos que fueron objeto de convocatoria, esa decisión se justificó sin conocer la totalidad de las vacantes existentes y sobre la base del principio de inamovilidad de las reglas del concurso, en un escenario en el que el propio Legislador ha establecido excepciones al citado mandato permitiendo el uso de las listas más allá del número de plazas a proveer, como se advierte en la Ley 1960 de 2019¹⁰.

1. En este sentido, el accionante señala que mantener “(...) la postura de la inaplicabilidad de la lista de elegibles para cargos vacantes previos a la oferta implicaría que en adelante las entidades que poseen un elevado número de vacantes definitivas cubiertas con provisionales opten por ofertar un número acaso simbólico de empleos a concurso de méritos y con ello, a pesar de que las listas de elegibles se colmen de personal que se somete a reglas de escogencia objetiva, terminen sentenciados a la negativa de acceso a desempeñar funciones públicas, pues de nada sirve superar un riguroso proceso de escogencia para integrar la lista, cuando la oferta corresponde a unas pocas vacantes, siendo que en el trasfondo existen muchas otras susceptibles de ser cubiertas en propiedad”¹¹. Por ello, se considera que el inciso 3° del artículo 35 del Decreto Ley 20 de 2014 es contrario al numeral 7 del artículo 40 de la Constitución, pues restringe “el uso de las listas de elegibles solamente a las vacantes específicamente ofertadas en los empleos inicialmente previstos, negando la posibilidad de que se haga uso de la lista para proveer vacantes definitivas preexistentes en la Fiscalía General de la Nación que no fueron ofertadas por arbitrio institucional”¹².

1. Con tal previsión normativa, como se ilustra en el ejemplo señalado, se adopta una regla desmedida y desproporcionada en relación con el derecho de los ciudadanos de acceder al desempeño de cargos y funciones públicas, ya que (i) se desalienta la oferta de las vacantes

definitivas; (ii) se prioriza el arbitrio institucional; y (iii) se admite que las personas deben resignarse a las vacantes estrictamente ofertadas, a pesar de que existan otras más para cubrir, estando en una lista de elegibles que ya verificó objetivamente su mérito frente a un cargo preexistente del mismo empleo ofertado.

1. Cargo 2. Sobre el principio fundamental del mérito para el acceso a los empleos de carrera en la Fiscalía General de la Nación. (CP art. 125). Para el actor, el inciso 3° del artículo 35 del Decreto Ley 20 de 2014 invierte el mandato constitucional de la provisión del empleo público a través del régimen de carrera regido por el principio del mérito, ya que “estimula la provisionalidad como regla general por encima de la titularidad definitiva por carrera administrativa, pues, aunque la Fiscalía General de la Nación tenga certeza de la preexistencia de un número determinado (y mayor) de vacantes por cubrir, optará por continuar realizando convocatorias en donde el número de vacantes ofrecidas sea simbólica al margen de que el número de integrantes de las listas de elegibles que se compongan puedan solventar en buena medida las faltas definitivas que preexistan en la entidad, bajo el escudo de que las reglas de la convocatoria son inamovibles”¹³.

1. Así las cosas, ante la negativa de ofertar la totalidad de los cargos vacantes (o cuando menos un número razonable), auspiciada en sofismas de buen servicio o de memoria institucional, aparece como herramienta de bloqueo el inciso 3° del artículo 35 del Decreto Ley 20 de 2014, puesto que “(...) termina soslayando la prevalencia de la provisión bajo el régimen de carrera por sistema de méritos[,] al negar la posibilidad de los integrantes de la lista que opten a cargos preexistentes que[,] aun siendo de conocimiento de la institución[,] [decide] no ofertarlos para preservar el sistema de provisionalidad consolidado”¹⁴.

1. Por el conjunto de razones expuestas, y como ya se expuso, el actor propone que el inciso 3° del artículo 35 del Decreto Ley 20 de 2014 sea declarado exequible de forma condicionada, en el entendido de que “las listas de elegibles que se conformen como resultado del proceso de selección deben ser utilizadas también para proveer las vacantes

preexistentes de los empleos ofertados hasta que se agoten y en consideración a su vigencia”¹⁵, solicitud que se justifica en estos términos:

“Se considera que esta pretensión ofrece una solución viable al problema planteado pues, por una parte[,] respeta la libertad de configuración del Legislador (...) para señalar que las listas de elegibles no se usarán para vacantes en empleos que se generen a futuro durante la vigencia de la lista y[,] por la otra, respeta el alcance del concepto de empleo (claramente diferenciado al de vacante, pues un mismo empleo como el de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales puede tener numerosas vacantes definitivas, entendidas estas como una situación administrativa propia de un empleo no provisto en titularidad), al señalar que el uso de la lista se limitará a las vacantes preexistentes de los empleos ofertados (no siendo posible apelar a la similitud con empleos que no fueron objeto de concurso).

Finalmente, porque el hecho de que se use la lista de elegibles que se conforma bajo la égida del principio del mérito para cubrir las vacantes preexistentes que arbitrariamente no fueron ofertadas consulta el derecho de los ciudadanos a desempeñar funciones públicas, salvaguarda el régimen de carrera como regla general para la provisión de empleos vacantes y procura el respeto y defensa del patrimonio público[,] en el sentido de que optimiza las inversiones realizadas en concursos para la provisión de cargos, sin que en contrapartida se pueda afirmar que represente una tensión con derechos fundamentales de ningún actor, o que se comprometa la estructura institucional del Estado”¹⁶.

1. Durante el trámite del presente asunto se recibieron un total de 156 escritos de intervención. De ellos 25 solicitan que se declare la exequibilidad del precepto demandado¹⁷, entre los cuales se encuentran dos, que si bien piden una decisión en ese sentido, en sus explicaciones parecería que igualmente cuestionan en general la aptitud de la demanda¹⁸. Otras 45 intervenciones se refieren a la posibilidad de adoptar un fallo de

exequibilidad condicionada en el mismo sentido que lo propone el actor o mediante una fórmula alternativa¹⁹; mientras que, 21 de ellas, reclaman que la norma acusada se declare inexecutable²⁰. Finalmente, se radicaron 65 alegatos que plantean algunas temáticas sobre la materia, sin proponer un resolutivo en específico.

1. Intervenciones que piden la exequibilidad y al mismo tiempo cuestionan la aptitud de la demanda. La Escuela Superior de Administración Pública (ESAP) y el Departamento Administrativo de la Función Pública señalan que la demanda no satisface las cargas materiales del juicio de constitucionalidad. En cuanto a la primera entidad, se sostiene que lo alegado por el actor, “(...) no deja de ser más que una apreciación subjetiva, en la medida [en] que [el precepto demandado] no resulta violatori[o] de los postulados constitucionales, ni mucho menos present[a] vicios de forma ni de fondo en su formación, puesto que no se evidencian irregularidades durante el trámite o proceso de formación y menos la transgresión a requisitos previamente establecidos, que afecten de alguna manera la eficacia y validez [del texto acusado]”²¹. A lo anterior agrega que no se observa ningún argumento que demuestre que la disposición acusada es inconstitucional, pues si bien existe un despliegue argumentativo en la demanda, no se expresan las razones para justificar que el precepto que se cuestiona es contrario a la Carta Política.

1. Por su parte, en lo que respecta al Departamento Administrativo de la Función Pública, se realiza una aproximación al régimen especial de carrera de la FGN, para concluir que no resulta aplicable lo previsto en la Ley 1960 de 2019 (que modificó el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004²²), extendiendo la aplicación de las listas de elegibles a vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados que surjan luego de la apertura del concurso, pues existe una regulación concreta sobre la materia que se prevé, precisamente, en el precepto legal demandado, en el que se limita la aplicación de las listas a los cargos ofertados. En este sentido, luego de referir a las sentencias SU-446 de 2011 y C-102 de 2022, se concluyó que está claro “que el Decreto Ley 20 de 2014 no consagró explícitamente el uso de las listas de elegibles para vacantes de cargos equivalentes no convocados” y ello, según los precedentes señalados, “(...) resulta constitucionalmente admisible en el ámbito de

libertad de configuración del Legislador”²³.

1. En seguida menciona que la declaratoria de exequibilidad condicionada exige cumplir con dos requisitos específicos: (i) que el cargo plantee un problema de control abstracto de constitucionalidad, y (ii) que la parte actora justifique la postura de no solicitar la inexequibilidad total o parcial de la disposición demandada. Bajo este entendido, para el Departamento Administrativo de la Función Pública, en este caso no hay “lugar a la exequibilidad condicionada de la norma[,] en cuanto no se dan los presupuestos antes referidos y se garantizan parámetros de razonabilidad, en tanto el inciso tercero del [artículo 35] del Decreto Ley 20 de 201[4], no desconoce el derecho de acceso a los empleos públicos previsto en el artículo 40.7, al restringir el uso de las listas (...) solamente a las vacantes específicamente ofertadas en los empleos inicialmente previstos, negando la posibilidad de que se haga uso de la lista para proveer vacantes definitivas preexistentes en la Fiscalía General de la Nación que no fueron ofertadas por arbitrio institucional, ni los derechos de carrera administrativa, como lo es el principio al mérito, [artículo] 125 de la Carta Política[,] al no ofertar la totalidad de los cargos vacantes (...), como quiera que la Fiscalía General de la Nación ha adelantado concursos de manera escalonada o progresiva, garantizando la prestación eficiente del servicio público [de justicia]”²⁴.

1. Con base en lo anterior, el interviniente concluye que no se avizora en la argumentación del accionante la forma como se transgreden los artículos 40.7 y 125 del texto superior, lo que permite inferir que los cargos formulados reflejan una simple “argumentación subjetiva”²⁵, que no satisface los requisitos señalados en el artículo 2° del Decreto Ley 2067 de 1991, en tanto que las acusaciones propuestas no son claras, ciertas, pertinentes, específicas, ni suficientes.

1. Intervenciones que piden la exequibilidad. Para iniciar, los intervinientes coinciden en que el precepto legal acusado no desconoce el derecho de acceso a cargos públicos, en tanto los aspirantes a ocupar empleos en la Fiscalía conocían de antemano el número de cargos a

proveer en cada concurso. Tampoco vulnera el principio del mérito, toda vez que la FGN estableció una planeación para realizar los concursos de manera gradual, y dicho criterio ha sido avalado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

1. El alcance de las listas de elegibles se sujeta a la amplia potestad de configuración del Legislador, quien puede limitar su aplicación a los cargos ofertados, o permitir su uso a empleos distintos a los que inicialmente fueron objeto de convocatoria, cuando éstos sean de la misma naturaleza, perfil y denominación, como lo dispuso este tribunal en la sentencia SU-446 de 2011. Bajo este contexto, la circunstancia de que en este caso se haya optado por la primera alternativa, en nada vulnera el texto superior.

1. Una decisión distinta a la exequibilidad de la norma demandada generaría una clara antinomia con las determinaciones de la Corte, pues en la citada sentencia SU-446 de 2011, bajo el mismo marco constitucional, ya se dispuso que las listas de elegibles se aplican tan solo para los cargos ofertados, sin que exista motivo alguno que permita variar dicho precedente judicial.

1. La pretensión de que todos los cargos se provean en un mismo momento desconocería el criterio de gradualidad (adoptado en la norma acusada, a partir de una lectura armónica con el artículo 118 del Decreto Ley 20 de 2014²⁶), conduciría a la pérdida de memoria institucional y afectaría el servicio de administración de justicia, toda vez que los fiscales requieren conocer y estudiar un alto volumen de procesos, y se demanda una curva de aprendizaje en el quehacer institucional. En este orden de ideas, se afirma que no se vulneran ni el artículo 40 ni el artículo 125 del texto superior, ya que “la determinación del uso de la lista de elegibles [solo] para los cargos convocados no es una manifestación de la limitación para acceder a funciones y cargos públicos, por el contrario, [responde al deber de] (...) garantizar el [ingreso] a [dichos] empleos (...) a través de procesos públicos y meritocráticos”²⁷, de acuerdo con el principio de igualdad en el acceso a la función pública.

1. No es posible aplicar en el régimen de carrera de la FGN la Ley 1960 de 2019, a fin de extender el uso de las listas de elegibles a cargos no convocados, toda vez que prima el Decreto Ley 20 de 2014, como norma especial. En efecto, el régimen general solo tiene aplicación ante vacíos en el sistema específico de carrera, lo cual no ocurre en la materia, pues existe una regulación puntual y concreta en el texto legal demandado, en lo relacionado con el uso de las listas de elegibles.

1. Finalmente, en caso de acceder a la pretensión del actor, se desconocerían los derechos de los funcionarios provisionales o en encargo, que hayan decidido no aspirar a las anteriores y actuales convocatorias, con la expectativa legítima de participar en procesos de selección posteriores. Por una parte, porque se les cambiaría las reglas del concurso, en perjuicio de sus derechos a la igualdad, a la buena fe y a la confianza legítima; y por la otra, porque se les privaría de sus trabajos, de su estabilidad precaria y de su mínimo vital, con una modificación posterior que no pudieron controvertir y frente a la cual no se les garantizó la libertad de elección, bajo “la creencia legítima de que la lista de elegibles no sería utilizada para proveer cargos –por fuera de los ofertados– que no hayan sido provistos en propiedad”²⁸.

1. A lo anterior se añade que, con ocasión de una acción de cumplimiento, se ordenó a la FGN adelantar las gestiones necesarias para obtener las partidas presupuestales dirigidas a implementar los concursos de méritos para cubrir las vacantes definitivas o los cargos que están en nombramiento provisional o en encargo, frente a lo cual, el pasado 21 de febrero de 2023, la Dirección General del Presupuesto Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público informó que se aprobó el cupo para comprometer la apropiación de vigencias futuras para los años 2024 y 2025, por valores de \$ 57.889.224.304 respectivamente. Por lo tanto, utilizar la lista de elegibles para proveer cargos que no fueron convocados, también atentaría contra las gestiones presupuestales y contractuales adelantadas por la entidad, para dar solución a lo dispuesto por el juez de cumplimiento.

1. Intervenciones que piden la exequibilidad condicionada. Para iniciar, se afirma que la norma demandada vulnera el derecho de acceso a cargos públicos, el cual les asiste a quienes integran las listas de elegibles. Asimismo, contradice el principio del mérito y el mandato según el cual, por regla general, el régimen de carrera debe ser el mecanismo de ingreso al servicio público. En esta medida, el desconocimiento de los referidos mandatos beneficia a los provisionales y, además, restringe el derecho al trabajo de los aspirantes que superaron las etapas del concurso.

1. Por otra parte, advierten que la realización de varios concursos, hasta 2028, requiere de una inversión de más de 400 billones de pesos, lo cual implica altos costos para el erario público. De ahí que usar las listas de elegibles para proveer cargos no ofertados materialice los principios de economía, eficiencia y eficacia consagrados en el artículo 209 del texto superior.

1. En cuanto al sistema de carrera de la FGN, los intervinientes destacan que la sentencia C-102 de 2022 advirtió sobre su implementación deficitaria, la cual asciende al 23%. A su juicio, los alegatos de la citada entidad, sobre la conservación de la memoria institucional y la continuidad en el servicio de administración de justicia, no justifican la gradualidad de las convocatorias. Lo anterior, en tanto la Rama Judicial, la Procuraduría y la Contraloría han realizado concursos para proveer la totalidad de los empleos disponibles y ello no ha afectado su actividad misional.

1. Si bien el Legislador goza de un amplio margen de configuración para regular la forma como se concretan los concursos públicos, lo cierto es que, en lo referente a las listas de elegibles, se autolimitó en dicha potestad normativa, en lo relacionado con la aplicación del citado principio de gradualidad, “(...) puesto que la Ley 1960 de 2019[,] modificatoria del artículo 14 de la Ley 904 de 2004[,] que restringía la provisión de cargos a los descritos en la OPC (Oferta Pública de Cargos), impedía aprovechar las listas de elegibles para otros cargos vacantes por el sistema de carrera no considerados por la OPC. Este cambio de orientación

(...) para el régimen general de carrera, examinado en perspectiva de las carreras especiales, si bien no tiene oponibilidad directa, jurídicamente refleja un principio general de aplicación extensiva a supuestos especiales, dado el vacío que en este sentido pueda ocurrir”²⁹.

1. Lo anterior materializaría los principios de eficacia y eficiencia en la función pública, en tanto que supondría menos esfuerzos administrativos y un menor costo para el Estado, si se aprovecha una OPC exitosa “en el número de aspirantes aprobatorios y que supera la expectativa funcional por proveer (...), [para extender con ellos] el principio de carrera a otros cargos igualmente vacantes en la institución[,] dada la compatibilidad técnica que puede existir respecto de empleos de una misma estructura de función pública”³⁰.

1. De manera particular, el Sindicato de Procuradores Judiciales (PROCURAR) argumenta que el precepto acusado es contrario a los artículos 40.7 y 125 superiores, ya que favorece los nombramientos en provisionalidad. Sumado a lo anterior, desconoce los principios que orientan la función pública, en tanto la realización sucesiva de concursos impide la optimización de los recursos. En este sentido, solicita la declaratoria de exequibilidad condicionada, en el entendido de que “las listas de elegibles podrán ser usadas para proveer vacantes definitivas equivalentes o iguales no convocadas”.

1. Por otro lado, se advierte que la norma transgrede el principio de igualdad, ya que el uso de las listas para proveer cargos no ofertados se ha admitido en otros regímenes de carrera. Incluso, la Ley 1960 de 2019 admite dicha posibilidad. Se destaca, asimismo, que el precepto cuestionado desconoce la orden de la sentencia SU-446 de 2011, relativa a la provisión de todos los empleos de carrera de la FGN, en un plazo determinado.

1. Sumado a lo anterior, la realización de concursos sucesivos supone un gasto injustificado. De ahí que la Corte deba revisar lo decidido en la citada sentencia SU-446 de 2011, en cuanto a la posibilidad de mantener el criterio restrictivo en el uso de las listas de elegibles.

1. Se señala que el artículo 118 del Decreto Ley 20 de 2014 no puede considerarse como vigente ni aplicable, pues el plazo concedido para los concursos progresivos o graduales ya feneció, y ello conduce a que la regla del artículo 35 cuestionado, que limita el alcance de las listas a los cargos ofertados, se someta a esas mismas consecuencias. Bajo este contexto, ante la ausencia de reglas especiales para el uso de las listas de elegibles, es necesario acudir por remisión normativa a la Ley 909 de 2004.

1. Finalmente, se considera que el escaso desarrollo que han tenido los concursos y los pocos cargos que son ofertados, pone de presente un claro estado de cosas inconstitucional, frente al cual no puede contemplarse la permanencia de una norma como la que se cuestiona, que impide la plena vigencia del sistema meritocrático, “sin incurrir con ello en el error judicial”.

1. Intervenciones que no plantean una fórmula de decisión específica. Algunos intervinientes presentan argumentos a favor de restringir el uso de las listas de elegibles. Así se señala que la sentencia SU-446 de 2011 indicó que aquellas solo pueden emplearse para proveer los cargos ofertados en la convocatoria. Además, las Leyes 909 de 2004 y 1960 de 2019 no resultan aplicables, en tanto son ajenas al régimen de carrera especial de la FGN. Por otra parte, la provisión total de cargos afectaría los procesos de investigación y vulneraría los derechos de los funcionarios nombrados en provisionalidad.

1. En esta línea, el Sindicato Nacional de Investigadores y Operadores de la Investigación Penal (OSINAL) destaca que la realización de los concursos de méritos debe materializar el

principio de planeación. A lo anterior añade que las decisiones de la Fiscalía tienen que ser acordes con los derechos y la estabilidad que les asiste a los servidores provisionales.

1. Por el contrario, otros intervinientes sugieren que el uso de las listas de elegibles debería ampliarse para proveer cargos no ofertados en la convocatoria, en tanto la realización de varios concursos supone un detrimento patrimonial para el Estado. Y, por lo demás, deben protegerse los derechos adquiridos de quienes integran las listas de elegibles.

A. CONCEPTO DE LA PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

1. En escrito del 17 de mayo de 2023, la Procuradora General de la Nación rindió el concepto a su cargo y le solicitó a la Corte que declare la exequibilidad de la norma acusada. Para comenzar, pone de presente que, según la jurisprudencia constitucional, el Legislador cuenta con un amplio margen de configuración para regular los concursos públicos, entre ellos, el régimen especial de la FGN (CP arts. 40.7, 125 y 253). Con todo, advierte que dicha libertad no es absoluta, en tanto que debe ser aplicada conforme con criterios de razonabilidad. En este caso, como se trata de normas que integran el sistema de carrera dentro de la FGN, y se demanda la violación del principio del mérito y el derecho de acceso a cargos públicos, se debe seguir el precedente planteado en la reciente sentencia C-102 de 2022, y realizar un juicio de proporcionalidad de nivel intermedio.

1. Así las cosas, en primer lugar, la norma acusada persigue una finalidad importante desde el punto de vista constitucional, pues busca que los procesos de selección de personal en la FGN no afecten la continuidad de la administración de justicia, según lo ordena el artículo 228 de la Carta Política³¹, el cual impone la obligación de prestar este servicio de forma permanente y regular, sin interrupciones en el tiempo ni en el espacio. En este orden de ideas, la provisión de cargos vacantes únicamente a los ofertados, de acuerdo con la lista de elegibles, se refuerza con el mandato previsto en el artículo 118 del Decreto Ley 20 de 2014,

pues en él se dispone que “[p]ara garantizar la continuidad del servicio y su no afectación, los concursos para proveer los empleos de carrera de la fiscalía se realizarán de manera gradual y en distintos tiempos, teniendo en cuenta las plantas globales a las cuales pertenezcan los empleos a proveer”³². Estos concursos, por lo demás, debían de haberse realizado “dentro de los tres (3) años siguientes a la entrada en vigencia del presente decreto”, incluyendo “(...) los cargos de carrera que se encuentren vacantes definitivamente o que estén provistos mediante nombramiento provisional o encargo.”

1. En virtud de lo expuesto, para el Ministerio Público, es claro que el Legislador extraordinario advirtió que la FGN se encontraba en mora de proveer un número significativo de plazas mediante concurso de méritos, por lo que dispuso un término de tres (3) años para su realización; pero, al mismo tiempo, señaló que su implementación se llevaría a cabo de “manera gradual y en distintos tiempos”, con el fin de “(...) evitar cambios masivos de servidores que puedan derivar en traumatismos en la gestión de las causas jurisdiccionales a cargo de la entidad”³³. En este sentido, no es posible extender la lista de elegibles, más allá de los cargos ofertados, sin vulnerar el esquema gradual de ejecución de los procesos de selección de personal, que se inscribe dentro de la obligación constitucional de garantizar la continuidad en el servicio.

1. En tercer y último lugar, la disposición impugnada no es evidentemente desproporcionada, ya que pondera los principios y bienes constitucionales en tensión. Por una parte, materializa el ejercicio legítimo de la función legislativa en la ordenación de los sistemas de carrera. Y, por la otra, no afecta el derecho de acceso a cargos públicos ni el principio del mérito, toda vez que, si bien no se proveen de manera inmediata todas las vacantes existentes, se trata de una situación temporal, debido a que la entidad está obligada a adelantar procesos de selección para suplir todas las plazas disponibles, en un plazo razonable. Por consiguiente, el precepto legal demandado no contraría los artículos 40.7 y 125 del texto superior.

1. Sobre la base de lo expuesto, se aclara igualmente que el presunto desacato de la FGN de proveer todas las vacantes en el término previsto en el artículo 118 del Decreto Ley 20 de 2014, es un asunto que escapa al ámbito de la acción pública de inconstitucionalidad, prevista para cuestionar la validez de las normas y no para reprochar su presunto desconocimiento. Por ende, esta discusión desborda la naturaleza y el objeto de este proceso, máxime cuando corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en virtud del trámite previo de una acción de cumplimiento, adoptar las medidas que resulten pertinentes para solventar la citada controversia³⁴.

1. Finalmente, en el siguiente cuadro se resumen de forma concreta la totalidad de las intervenciones y solicitudes formuladas en relación con la norma sometida a control, con la aclaración de que en el Anexo # 1 se incluye una exposición más detallada y pormenorizada del amplio número de intervenciones ciudadanas (139) radicadas en este proceso, muchas de las cuales corresponden a formatos tipo o a una reproducción de argumentos³⁵.

Interviniente

Cuestionamiento/Comentario

Solicitud

Escuela Superior de Administración Pública

Se sostiene que lo alegado por el actor, “(...) no deja de ser más que una apreciación subjetiva, en la medida [en] que [el precepto legal demandado] no resulta violatori[o] de los postulados constitucionales, ni mucho menos present[a] vicios de forma ni de fondo en su formación, puesto que no se evidencian irregularidades durante el trámite o proceso de formación y menos la transgresión a requisitos previamente establecidos, que afecten de

alguna manera la eficacia y validez del [texto acusado]”³⁶. A lo anterior se agrega que no se observa ningún argumento que demuestre que la disposición acusada es inconstitucional, pues si bien existe un despliegue argumentativo en la demanda, no se expresan las razones para justificar que el precepto que se cuestiona es contrario a la Carta Política.

Exequibilidad y dudas sobre la aptitud

Departamento Administrativo de la Función Pública

No hay lugar a la exequibilidad condicionada de la norma, en cuanto no se cumplen los presupuestos para ello y, además, el precepto demandado garantiza “parámetros de razonabilidad, en tanto el inciso tercero del [artículo 35] del Decreto Ley 20 de 201[4], no desconoce el derecho de acceso a los empleos públicos previsto en el artículo 40.7, al restringir el uso de las listas (...) solamente a las vacantes específicamente ofertadas en los empleos inicialmente previstos, negando la posibilidad de que se haga uso de la lista para proveer vacantes definitivas preexistentes en la Fiscalía General de la Nación que no fueron ofertadas por arbitrio institucional, ni los derechos de carrera administrativa, como lo es el principio al mérito, [artículo] 125 de la Carta Política[,] al no ofertar la totalidad de los cargos vacantes (...), como quiera que la Fiscalía General de la Nación ha adelantado concursos de manera escalonada o progresiva, garantizando la prestación eficiente del servicio público [de justicia]” ³⁷.

Con base en lo anterior, el interviniente concluye que no se avizora en la argumentación del accionante la forma como se transgreden los artículos 40.7 y 125 del texto superior, lo que permite inferir que los cargos formulados reflejan una simple “argumentación subjetiva”, que no cumple con los requisitos señalados en el artículo 2° del Decreto Ley 2067 de 1991.

Exequibilidad y dudas sobre la aptitud

Procuradora General de la Nación

La norma cuestionada no es contraria a los artículos 40.7 y 125 del texto superior, en tanto supera un juicio de proporcionalidad de intensidad intermedia. En primer lugar, persigue una

finalidad importante, pues busca que los procesos de selección de personal en la FGN no afecten la continuidad del servicio público de administración de justicia.

En segundo lugar, la medida es conducente para alcanzar el fin propuesto, en tanto el uso restringido de las listas de elegibles asegura que los cambios de personal, derivados de concursos de méritos, respondan a criterios de planeación y no ocasionen modificaciones abruptas en la gestión de las causas a cargo de la Fiscalía.

En tercer lugar, la norma que se cuestiona no es evidentemente desproporcionada, ya que pondera los principios y bienes en tensión. Por una parte, materializa el ejercicio legítimo de la función legislativa en la ordenación de los sistemas de carrera. Y, por otra, no afecta el derecho de acceso a cargos públicos ni el principio del mérito, toda vez que la provisión parcial de las vacantes es una situación temporal, pues la FGN está obligada a adelantar procesos de selección para suplir todas las plazas disponibles, en un plazo razonable, sin perjuicio de los controles que, por vía judicial, ha venido adelantando la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, circunstancia que escapa al juicio abstracto de constitucionalidad.

Exequibilidad

Fiscalía General de la Nación

No es posible aplicar en el régimen de carrera de la FGN la Ley 1960 de 2019, a fin de extender el uso de las listas de elegibles a cargos no convocados, toda vez que prima el Decreto Ley 20 de 2014, como norma especial. En efecto, el régimen general solo tiene aplicación ante vacíos en el sistema específico de carrera, lo cual no ocurre en la materia, pues existe una regulación puntual y concreta en la norma demandada, en lo relacionado con el uso de las listas de elegibles.

En seguida, resalta que el alcance de las listas depende de la amplia libertad de

configuración del Legislador, quien puede limitar su uso a los cargos ofertados, o permitir su aplicación a empleos diversos a los que fueron objeto de convocatoria, cuando éstos sean de la misma naturaleza, perfil y denominación, como lo dispuso este tribunal en la sentencia SU-446 de 2011. Bajo este contexto, la circunstancia de que en este caso se haya optado por la primera alternativa, en nada vulnera el texto superior.

Por otra parte, proveer todos los cargos en el mismo momento, o hacerlo de alguna otra forma que implique desconocer el criterio de gradualidad, conduciría a la pérdida de memoria institucional y afectaría el servicio de administración de justicia. En este orden de ideas, se destaca que el número de empleos de la entidad asciende a 17.000, algunos de ellos ocupados en provisionalidad y otros en encargo. Pretender que su cambio se haga de forma inmediata, pone en tela de juicio la continuidad y oportunidad en el acceso a la justicia, toda vez que los fiscales requieren conocer y estudiar el alto volumen de procesos, y se demanda una curva de aprendizaje en el quehacer institucional.

Por tal motivo, y según el artículo 118 del Decreto Ley 20 de 2014, los concursos de mérito deben llevarse a cabo garantizando precisamente la continuidad del servicio, de forma gradual y en distintos tiempos, lo que impide que se pueda utilizar la lista de elegibles para proveer cargos no convocados, pues se vulneraría este mandato del Legislador que, en armonía con el precepto legal demandado, busca asegurar la prestación permanente de la administración de justicia. Actuar en contra de estos mandatos afectaría, por lo demás, el criterio de sostenibilidad fiscal, ya que adelantar un único concurso tendría un costo equivalente a \$ 409.652.719.700, lo que excedería la apropiación presupuestal dada a la FGN.

A lo anterior se añade que, con ocasión de una acción de cumplimiento, se ordenó a la Fiscalía adelantar las gestiones necesarias para obtener las partidas presupuestales dirigidas a implementar los concursos de méritos para cubrir las vacantes definitivas o los cargos que están en nombramiento provisional o en encargo, frente a lo cual, el pasado 21 de febrero de

2023, la Dirección General del Presupuesto Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público informó que se aprobó el cupo para comprometer la apropiación de vigencias futuras para los años 2024 y 2025, por valores de \$ 57.889.224.304 respectivamente. Por lo tanto, utilizar la lista de elegibles para proveer cargos que no fueron convocados, también atentaría contra las gestiones presupuestales y contractuales adelantadas por la entidad, para dar solución a lo dispuesto por el juez de cumplimiento.

Finalmente, en caso de acceder a la pretensión del actor, se desconocerían los derechos de los funcionarios provisionales o en encargo, que hayan decidido no aspirar a las anteriores y actuales convocatorias, con la expectativa legítima de participar en procesos de selección posteriores. Por una parte, porque se les cambiaría las reglas del concurso, en perjuicio de sus derechos a la igualdad, a la buena fe y a la confianza legítima; y por la otra, porque se les privaría de sus trabajos y de su mínimo vital, con una modificación posterior que no pudieron controvertir y frente a la cual no se les garantizó la libertad de elección, bajo “la creencia legítima de que la lista de elegibles no sería utilizada para proveer cargos –por fuera de los ofertados– que no hayan sido provistos en propiedad”³⁸.

Exequibilidad

Ministerio del Trabajo

La norma demandada se ajusta a la Constitución, siendo el mérito uno de los ejes definitorios del sistema de carrera.

Exequibilidad

Universidad Externado de Colombia

El Decreto Ley 20 de 2014 materializa el principio del mérito mediante la realización de los concursos de ingreso y ascenso en la FGN. De igual forma, el artículo acusado, al regular las listas de elegibles, atiende al mencionado principio, en tanto establece el orden de provisión de los cargos.

El uso restringido de las listas de elegibles tan solo a los empleos convocados y a las vacantes definitivas que se generen en esos mismos empleos, responde a la libertad de configuración del Legislador, que, en este caso puntual, tiene como sustento las razones que fueron dadas en la sentencia SU-446 de 2011, para circunscribir su aplicación a las plazas a proveer.

Por otra parte, acceder a la pretensión del actor desconocería la planeación realizada por la FGN, así como sus capacidades presupuestales.

Por último, se concluye que no se vulneran ni el artículo 40 ni el artículo 125 del texto superior, ya que “la determinación del uso de la lista de elegibles [solo] para los cargos convocados no es una manifestación de la limitación para acceder a funciones y cargos públicos, por el contrario, [responde al deber de] (...) garantizar el [ingreso] a [dichos] empleos (...) a través de procesos públicos y meritocráticos”³⁹, de acuerdo con el principio de igualdad en el acceso a la función pública.

Exequibilidad

Asociación Colegio Nacional de Servidores y Exservidores del Cuerpo Técnico de Investigación (ACOLCTI)

En caso de que la norma objeto de demanda no sea declarada exequible, se desconocerían los derechos de los funcionarios nombrados en provisionalidad, más aún, cuando ellos no participaron en el concurso, debido a que ninguna norma indicaba que de no hacerlo se afectaría su continuidad en la entidad.

Exequibilidad

Sindicato de Servidores de la Fiscalía General de la Nación (SERFIGEN)

La norma acusada no desconoce el derecho de acceso a cargos públicos, ya que, cuando se abre la convocatoria, la persona conoce el número de cargos a proveer. Tampoco vulnera el

principio del mérito, toda vez que la FGN estableció una planeación para la realización gradual de los concursos. Sumado a lo anterior, los nombramientos no graduales distorsionarían la administración de justicia, afectando la memoria institucional y el sustento de los funcionarios provisionales.

Exequibilidad

Unión de Servidores del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación (UNISERCTI)

Los concursos para acceder a la carrera administrativa en la FGN deben realizarse de manera gradual, sin generar zozobras, y con modelos inclusivos e incluyentes, en los que tengan cabida todo tipo de competencias. Los concursos no corresponden a modelos abstractos de ingreso, pues en áreas como el CTI, se debe contar con una alta carga de operatividad, capacidad de análisis y destrezas físicas y psicológicas.

En este sentido, el artículo demandado no contraría el derecho de acceso a cargos públicos, en tanto quienes participaron en las convocatorias existentes conocían de antemano, conforme con las reglas del concurso, el número de cargos ofertados, limitación para el uso de la lista de elegibles que responde a lo resuelto por este tribunal en la sentencia SU-446 de 2011.

Tampoco desconoce el principio del mérito, debido a que la FGN estableció un cronograma para la realización de concursos, que apela al normal funcionamiento de la administración de justicia y a la preservación de la memoria histórica de la entidad. Todo cargo que se encuentre por fuera de las convocatorias existentes exige “un concurso nuevo para su provisión”, so pena de vulnerar el principio constitucional de legalidad, la confianza legítima y la seguridad jurídica de quienes no aspiraron, incluidos aquellos trabajadores que se encuentran en provisionalidad o en encargo, con la convicción de poder hacerlo en el futuro, aún respecto del empleo que ocupan en la actualidad.

Finalmente, los cargos ofertados se explican a partir de unos criterios únicos y precisos de selección, que no necesariamente son los que aplicarían para otros concursos y para otros cargos, es decir, que el mérito allí evaluado no puede trasladarse automáticamente a otro tipo de empleos, por más de que la nominación del cargo pueda ser similar.

Exequibilidad

Unidad Nacional de Trabajadores de Justicia (UNITRAJ)

El precepto acusado no contradice los artículos 40.7 y 125 de la Constitución, pues desde el año 2007, la FGN adelanta concursos de méritos. Estos deben realizarse de forma escalonada, de acuerdo con los recursos presupuestales existentes y evaluando la necesidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio. Por lo demás, la norma demandada tan solo consagra lo resuelto en la sentencia SU-446 de 2011, en la que se estableció que las listas de elegibles solo pueden emplearse para proveer los cargos ofertados. Por esa razón, la Corte no debe reabrir dicho debate.

Exequibilidad

Sindicato Nacional de Servidores Públicos de la Fiscalía General de la Nación (SINTRAFISCALÍA)

La norma demandada guarda armonía con el principio del mérito y con la potestad que tiene el Legislador para regular lo relativo a la estructura y al funcionamiento de la Fiscalía, en los términos del artículo 253 del texto superior. La regulación que se cuestiona garantiza las reglas del concurso y su aplicación se acompaña de distintos mandatos, en los que se ha previsto la gradualidad en la convocatoria.

En cuanto al reproche del número de cargos ofertados (500 en la última convocatoria), se trata de una cuestión que no es del todo predicable de la Fiscalía, ya que ella depende de los recursos que le son asignados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Una decisión distinta a la exequibilidad de la norma demandada generaría una clara antinomia con las determinaciones de la Corte, pues en la sentencia SU-446 de 2011, bajo el mismo marco constitucional, ya se dispuso que las listas de elegibles se aplican tan solo para los cargos ofertados, sin que exista motivo alguno que permita variar dicho precedente judicial.

Exequibilidad

15 ciudadanos⁴⁰

La norma acusada no desconoce el derecho de acceso a cargos públicos, en tanto los aspirantes conocían de antemano el número de cargos a proveer en cada convocatoria. Tampoco vulnera el principio del mérito, ya que la FGN estableció una planeación para realizar los concursos de manera gradual.

Exequibilidad

Sindicato de Procuradores Judiciales (PROCURAR)

El precepto legal acusado es contrario a los artículos 40.7 y 125 del texto superior, ya que favorece los nombramientos en provisionalidad. A lo anterior agrega que la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) y el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP) han conceptualizado sobre la posibilidad de utilizar las listas de elegibles para proveer vacantes definitivas de cargos iguales o equivalentes no convocados, en virtud de lo previsto en la Ley 1960 de 2019⁴².

Por otra parte, se afirma que la apertura de un concurso de méritos implica un gran esfuerzo administrativo y económico, por lo que su ejecución sucesiva impide la optimización de los recursos y desconoce los principios de economía, eficacia y eficiencia de la función pública (CP art. 209). Por ello, se propone que se declare exequible la norma demandada, en el entendido de que “las listas de elegibles podrán ser usadas para proveer vacantes definitivas equivalentes o iguales no convocadas”⁴³.

Exequibilidad condicionada, en el entendido de que “las listas de elegibles podrán ser usadas para proveer vacantes definitivas equivalentes o iguales no convocadas”

Asociación de Trabajadores del Estado (ATRAES)

La importancia del sistema de carrera radica en que materializa el principio del mérito y garantiza la independencia y la transparencia en el acceso al empleo público.

Exequibilidad condicionada, en el sentido propuesto por el actor

Movimiento Carrera Judicial Total en la Fiscalía General de la Nación

Para el interviniente, si bien el Legislador goza de un amplio margen de configuración para regular la forma como se concretan los concursos públicos, lo cierto es que, en lo referente a las listas de elegibles, se autolimitó en dicha potestad normativa, en lo relacionado con la aplicación del principio de gradualidad, “(...) puesto que la Ley 1960 de 2019[,] modificatoria del artículo 14 de la Ley 904 de 2004[,] que restringía la provisión de cargos a los descritos en la OPC (Oferta Pública de Cargos), impedía aprovechar las listas de elegibles para otros cargos vacantes por el sistema de carrera no considerados por la OPC. Este cambio de orientación (...) para el régimen general de carrera, examinado en perspectiva de las carreras especiales, si bien no tiene oponibilidad directa, jurídicamente refleja un principio general de aplicación extensiva a supuestos especiales, dado el vacío que en este sentido pueda ocurrir”⁴⁴

Lo anterior materializaría los principios de eficacia y eficiencia en la función pública, en tanto que supondría menos esfuerzos administrativos y un menor costo para el Estado, si se aprovecha una OPC exitosa “en el número de aspirantes aprobatorios y que supera la expectativa funcional por proveer (...), [para extender con ellos] el principio de carrera a otros cargos igualmente vacantes en la institución[,] dada la compatibilidad técnica que puede existir respecto de empleos de una misma estructura de función pública”⁴⁵.

Finalmente, se advierte que la gradualidad no puede justificar el derroche de recursos,

paralizar la independencia de la Rama Judicial y mantener un estado de cosas inconstitucional, bajo el régimen de provisionalidad.

Exequibilidad condicionada, en el sentido propuesto por el actor

42 ciudadanos⁴⁶

La norma demandada vulnera el derecho de acceso a cargos públicos, pues contradice el principio del mérito y el mandato según el cual, por regla general, el régimen de carrera debe ser el mecanismo de ingreso al servicio público. Lo anterior, por cuanto beneficia a los funcionarios provisionales y, además, restringe el derecho al trabajo de los aspirantes que superaron las etapas del concurso.

Se resalta que la conservación de la memoria institucional y la continuidad en el servicio no justifican la gradualidad de las convocatorias, lo cual supone altos costos para el Estado y desconoce el artículo 209 superior. En este sentido, se sugiere la aplicación de la Ley 1960 de 2019, la cual habilita usar las listas de elegibles para proveer cargos no ofertados.

Exequibilidad condicionada

Sindicato de Trabajadores Defensores del Mérito (SINTRAMÉRITO)

El sindicato señala que el artículo 118 del Decreto Ley 20 de 2014 no puede considerarse como vigente ni aplicable, pues el plazo concedido para los concursos progresivos o graduales ya feneció, y ello conduce a que la regla del artículo 35 cuestionado, que limita el alcance de las listas a los cargos ofertados, se someta a esas mismas consecuencias. Bajo este contexto, ante la ausencia de reglas especiales para el uso de las listas de elegibles, es necesario acudir por remisión normativa a la Ley 909 de 2004.

Por otra parte, se asegura que el precepto demandado beneficia a los funcionarios nombrados en provisionalidad (se invoca que corresponden a 17.000), pues se vulneran los

derechos de quienes conforman las listas de elegibles (en particular, el acceso a la función pública) y se desconocen los principios que rigen la administración pública previsto en el artículo 209 de la Carta. Ello a pesar de las órdenes que se han venido dando por los jueces de cumplimiento.

Finalmente, se considera que el escaso desarrollo que han tenido los concursos y los pocos cargos que son ofertados, pone de presente un estado de cosas inconstitucional, frente al cual no puede contemplarse la permanencia de una norma como la que se cuestiona, que impide la plena vigencia del sistema meritocrático, “sin incurrir con ello en el error judicial”.

Inexequibilidad

20 ciudadanos⁴⁷

La norma acusada contradice el artículo 125 del texto superior, ya que permite la continuidad de funcionarios en provisionalidad y desconoce distintas garantías que les asisten a los aspirantes, como el derecho de acceder a cargos públicos, del derecho al trabajo y al debido proceso.

Sumado a lo anterior, la realización de concursos sucesivos supone un gasto injustificado. De ahí que la Corte deba revisar lo decidido en la sentencia SU-446 de 2011, en cuanto a la posibilidad de mantener el criterio restrictivo en el uso de las listas de elegibles.

Inexequibilidad

Asonal Judicial

La redacción del Decreto Ley 20 de 2014 se basó en la sentencia SU-446 de 2011, conforme con la cual los concursos de la FGN deben ser graduales y únicamente se pueden ocupar con la lista de elegibles, los empleos que hayan sido ofertados.

Hace un llamado, en todo caso, para que se revise la situación de provisionalidad en instituciones como la Fiscalía, pues retirar a estos empleados que llevan entre 10 o 30 años de servicios de forma ininterrumpida puede llegar a ser lesiva de sus derechos humanos, ante la imposibilidad de ocupar rápidamente otra fuente de empleo, pues muchos de ellos sufren enfermedades o tienen incapacidades como consecuencia, precisamente, de las labores a su cargo.

Ninguna

Asonal Judicial – Cúcuta

Advierte que la desvinculación de provisionales derivará en acciones legales contra el Estado, debido a que el término de su vinculación es indefinido.

Ninguna

Sindicato Nacional de Investigadores y Operadores de la Investigación Penal (OSINAL)

La realización de los concursos de méritos debe materializar el principio de planeación. A ello se agrega que las decisiones de la Fiscalía tienen que atender a la estabilidad y a la protección constitucional que les asiste a los servidores nombrados en provisionalidad.

Ninguna

62 ciudadanos⁴⁸

Algunos ciudadanos presentan argumentos a favor de restringir el uso de las listas de elegibles. En efecto, la sentencia SU-446 de 2011 indicó que aquellas solo pueden emplearse para proveer los cargos ofertados en la convocatoria. Además, las Leyes 909 de 2004 y 1960 de 2019 no resultan aplicables, en tanto son ajenas al régimen de carrera especial de la FGN. Por otra parte, la provisión total de cargos colapsaría los procesos de investigación y vulneraría los derechos de los funcionarios nombrados en provisionalidad.

Por otra parte, otros ciudadanos sugieren que el uso de las listas de elegibles debería ampliarse para proveer cargos no ofertados en la convocatoria. Lo anterior, en tanto la realización de varios concursos supone un detrimento patrimonial para el Estado, al tiempo que deben protegerse los derechos adquiridos de quienes integran las listas de elegibles.

Ninguna

I. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

1. La Corte Constitucional es competente para resolver la controversia planteada en virtud del artículo 241.5 del texto superior, en la medida en que se trata de una acción promovida por un ciudadano en contra de una norma que integra un decreto ley⁴⁹, cuya expedición se originó en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución⁵⁰, a partir de las facultades extraordinarias que le fueron otorgadas al Gobierno Nacional, por medio de los literales b) y c) del artículo 1° de la Ley 1654 de 2013, con miras, entre otras, a clasificar los empleos y expedir el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas⁵¹.

A. CUESTION PREVIA: EXAMEN DE APTITUD DE LA DEMANDA

1. Aptitud de la demanda. Reiteración de jurisprudencia. El Decreto Ley 2067 de 1991, que contiene el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deben surtirse ante la

Corte Constitucional, en el artículo 2°, precisa que las demandas de inconstitucionalidad deben presentarse por escrito, en duplicado, y deben cumplir con los siguientes requisitos: (i) señalar las normas que se cuestionan y transcribir literalmente su contenido o aportar un ejemplar de su publicación oficial; (ii) especificar los preceptos constitucionales que se consideran infringidos; (iii) presentar las razones por las cuales dichos textos se estiman violados; (iv) si la acusación se basa en un vicio en el proceso de formación de la norma demandada, se debe establecer el trámite fijado en la Constitución para expedirlo y la forma en que éste fue quebrantado; y (v) la razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda. El tercero de los requisitos antedichos, que se conoce como el concepto de la violación⁵², implica una carga material y no meramente formal, que lejos de satisfacerse con la presentación de cualquier tipo de razones, exige la formulación de unos mínimos argumentativos, que se deben apreciar a la luz del principio *pro actione*.

1. Tales mínimos han sido desarrollados, entre otras providencias, en las sentencias C-1052 de 2001, C-856 de 2005 y C-108 de 2021, y se identifican en la jurisprudencia como las cargas de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia. Así, al decir de la Corte, hay claridad cuando existe un hilo conductor de la argumentación que permite comprender el contenido de la demanda y las justificaciones en las cuales se soporta; hay certeza cuando la acusación recae sobre una proposición jurídica real y existente y no sobre una que el actor deduce de manera subjetiva; hay especificidad cuando se define o se muestra cómo la norma legal demandada vulnera la Carta; hay pertinencia cuando se emplean argumentos de naturaleza estrictamente constitucional y no de estirpe legal, doctrinal, de conveniencia o de mera implementación; y hay suficiencia cuando la demanda tiene alcance persuasivo, esto es, cuando es capaz de suscitar una duda mínima sobre la validez de la norma legal demandada, con impacto directo en la presunción de constitucionalidad que le es propia.

1. Si bien por regla general el examen sobre la aptitud de la demanda debe realizarse en la etapa de admisibilidad, el ordenamiento jurídico permite que este tipo de decisiones se adopten en la sentencia⁵³, teniendo en cuenta que en algunas oportunidades el incumplimiento de los requisitos formales y materiales de la acusación no se advierte desde

un principio, o los mismos suscitan dudas, o se prefiere darle curso a la acción para no incurrir en un eventual exceso formal frente al ejercicio del derecho de acción de los ciudadanos. En este orden de ideas, la jurisprudencia de la Corte ha distinguido ambas etapas procesales y ha manifestado que la decisión del ponente sobre la admisión no compromete la evaluación que, en términos de autonomía, puede realizar la Sala Plena sobre la aptitud sustancial de la demanda, ya que, a partir del desarrollo del proceso, esta autoridad tiene la posibilidad de efectuar un análisis con mayor rigor, detenimiento y profundidad sobre la acusación formulada, sobre la base de las distintas intervenciones y de los conceptos que se incorporan al expediente. Al respecto, este tribunal ha dicho que:

“Aun cuando en principio, es en el auto admisorio donde se define si la demanda cumple o no con los requisitos mínimos de procedibilidad, ese primer análisis responde a una valoración apenas sumaria de la acción, llevada a cabo únicamente por cuenta del magistrado ponente, razón por la cual, la misma no compromete ni define la competencia del Pleno de la Corte, que es en quien reside la función constitucional de decidir de fondo sobre las demandas de inconstitucionalidad”⁵⁴.

1. Aptitud en el caso concreto. En el asunto bajo examen, se observa que la Procuraduría General de la Nación y la casi totalidad de las intervenciones realizadas concuerdan en que la demanda formulada satisface las exigencias previstas en el Decreto Ley 2067 de 1991, para provocar un juicio de fondo. Tan solo dos de los intervinientes, en concreto, la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP) y el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP), si bien solicitan una decisión de exequibilidad, en sus explicaciones parecería que igualmente cuestionan en general la aptitud de la demanda.

1. Un examen a los argumentos planteados por ambos intervinientes descarta la falta de idoneidad de la demanda. Así, para comenzar, como se mencionó en el acápite de antecedentes, la ESAP sostiene que lo alegado por el actor, “(...) no deja de ser más que una apreciación subjetiva, en la medida [en] que [el precepto demandado] no resulta violatori[o]

de los postulados constitucionales, ni mucho menos present[a] vicios de forma ni de fondo en su formación, puesto que no se evidencian irregularidades durante el trámite o proceso de formación y menos la transgresión a requisitos previamente establecidos, que afecten de alguna manera la eficacia y validez [del texto acusado]”⁵⁵. A lo anterior agrega que no se observa ningún argumento que demuestre que la disposición acusada es inconstitucional, pues si bien existe un despliegue argumentativo en la demanda, no se expresan las razones para justificar que el precepto que se cuestiona es contrario a la Carta Política.

1. Como se advierte de lo expuesto, la ESAP propone dos razones para concluir que la demanda corresponde a una apreciación subjetiva por parte del actor, que no satisface los requisitos mínimos para provocar un juicio de constitucionalidad. El primer motivo se concreta en que el precepto legal acusado no viola los preceptos constitucionales invocados y los cargos formulados no acreditan la ocurrencia de un vicio de forma ni de fondo en su aprobación. Esta aproximación, lejos de cuestionar la aptitud de la demanda, lo que brinda es una argumentación dirigida a justificar que no existen vicios o irregularidades que afecten la validez y eficacia del texto legal, por lo que no se propone ningún argumento para suponer que está ante la ausencia de un cargo de inconstitucionalidad, pues lo que realmente se busca es descartar lo alegado por el actor, para ratificar la presunción de constitucionalidad que cobija a la norma demandada. Una controversia de esta naturaleza necesariamente supone adelantar el juicio de fondo.

1. Y el segundo motivo que se alega supone que la acusación realizada no expone ningún argumento que, más allá de las afirmaciones planteadas por el accionante, justifique que el precepto que se cuestiona es contrario a los mandatos previstos en la Constitución. Sobre este particular, en la reciente sentencia C-100 de 2022, la Corte señaló que no caben las solicitudes genéricas de ineptitud de la demanda, en las que los intervinientes solo plantean un enunciado, o recurren a alegatos comunes, o se refieren de forma abstracta al incumplimiento de una o de todas las cargas necesarias para provocar un juicio de fondo, sin poner de presente argumentos concretos que se deriven de un examen particular de la acusación realizada y que sirvan de soporte a la solicitud de inhibición. En estos eventos,

dado el carácter deliberativo que tiene la acción pública de inconstitucionalidad⁵⁶, y siempre que exista una argumentación mínima que habilite un pronunciamiento de mérito, cuya aptitud sustancial es susceptible de ser verificada por el pleno de este tribunal, cabe continuar con la causa propuesta y avanzar en el estudio de fondo de los cargos planteados⁵⁷.

1. Dicha argumentación mínima supone una constatación que (i) puede provenir del control de admisibilidad realizado por el magistrado sustanciador, cuya labor tendría que ser ratificada por el pleno de la Corte (como sucedió, por ejemplo, en las sentencias C-100 de 2022 y C-212 de 2022), o (ii) por el estudio directo u oficioso que sobre la aptitud de la demanda realice la Sala Plena, al tratarse de una competencia amplia y autónoma cuyo ejercicio no es susceptible de ser limitado por la falta de suficiencia de las intervenciones, ni por la evaluación inicial que se haya efectuado por el ponente. Sin embargo, en un escenario en el que la mayoría de los intervinientes y el concepto de la Procuraduría General de la Nación no cuestionan la aptitud de la demanda, la existencia de solicitudes genéricas de inhibición opera en favor de la prosperidad del principio *pro actione*⁵⁸.

1. Al revisar la demanda, se advierte que el accionante circunscribe el juicio de constitucionalidad a la aparente vulneración del derecho de acceso al desempeño de cargos y funciones públicas y al principio fundamental del mérito para el ingreso a los empleos de carrera en la FGN, consagrados en los artículos 40.7 y 125 de la Constitución. Ambos por razón de la limitación que se consagra en la norma acusada, por virtud de la cual las listas de elegibles solo operan para proveer los cargos que fueron sometidos a concurso y las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos, con ocasión de la configuración de alguna de las causales de retiro del servicio para su titular. Esta restricción –prevista en el inciso 3° del artículo 35 del Decreto Ley 20 de 2014– se estima desproporcionada e irrazonable, al no permitir que las listas de elegibles puedan ser utilizadas para ocupar la totalidad de vacantes que existan en los mismos empleos ofertados, así ellos no hayan sido incluidos en las convocatorias.

1. De esta manera, se presenta un desconocimiento del derecho de acceso al desempeño de cargos y funciones públicas, dado que (i) el alcance restringido de las listas de elegibles desalienta la oferta de vacantes definitivas, lo que se constata en la práctica con la Convocatoria No. 01 de 2021 de la FGN, en la que se ofrecieron solamente 500 empleos, cuando existen más de 17.000 cargos vacantes para proveer; (ii) prioriza el arbitrio institucional, ya que se permite ofertar un número simbólico de empleos, manteniendo la provisionalidad como esquema de ingreso a la función pública; e (iii) impone a las personas el deber de resignarse a las vacantes estrictamente ofertadas, a pesar de que existan otras más para cubrir, estando en una lista de elegibles en la que ya verificó objetivamente el mérito, frente a un cargo preexistente del mismo empleo ofertado.

1. Así las cosas, ante la negativa de ofertar la totalidad de los cargos vacantes (o cuando menos un número razonable), auspiciada en sofismas de buen servicio o de memoria institucional, aparece como herramienta de bloqueo el texto legal que es objeto de demanda, puesto que “(...) termina soslayando la prevalencia de la provisión bajo el régimen de carrera por sistema de méritos[,] al negar la posibilidad de los integrantes de la lista que opten a cargos preexistentes que[,] aun siendo de conocimiento de la institución[,] [decide] no ofertarlos para preservar el sistema de provisionalidad consolidado”⁶⁰.

1. Por el conjunto de razones expuestas, y como ya se expuso, el actor propone que el inciso 3° del artículo 35 del Decreto Ley 20 de 2014 sea declarado exequible de forma condicionada, en el entendido de que “las listas de elegibles que se conformen como resultado del proceso de selección deben ser utilizadas también para proveer las vacantes preexistentes de los empleos ofertados hasta que se agoten y en consideración a su vigencia”⁶¹.

1. A juicio de este tribunal, y a diferencia de lo manifestado por la ESAP, los cargos

propuestos sí satisfacen los requerimientos que se exigen para provocar un juicio de fondo, o en otras palabras, sí existe una argumentación mínima que lleve a un fallo de mérito. En efecto, se acredita la carga de claridad, en tanto se advierte un hilo conductor en la argumentación que permite comprender el contenido de la demanda, la cual se basa en el alcance que tienen las listas de elegibles dentro de los concursos o procesos de selección que adelanta la FGN. Se satisface la carga de certeza, ya que las razones que se expresan para justificar la inconstitucionalidad que se alega, se sustentan en una proposición jurídica real y existente, cuya lectura se deriva del carácter restrictivo que la norma acusada le otorga al uso de las citadas listas de elegibles.

1. De igual manera, se observa la carga de especificidad, ya que la oposición que se propone es objetiva y verificable, y no corresponde a argumentos vagos, abstractos o globales. En efecto, el accionante contrastó el contenido de la norma acusada frente a lo dispuesto en los artículos 40.7 y 125 de la Constitución e indicó las razones por las cuales el precepto demandado debe condicionarse en su alcance. Por lo demás, si bien utilizó como ejemplo de sus argumentos la Convocatoria No. 01 de 2021 de la FGN, no se limitó a hacer referencia a eventuales defectos de la misma, sino que apeló a su existencia con la sola idea de exteriorizar el alcance de las controversias constitucionales que propone.

1. También se satisface el cumplimiento de la carga de pertinencia, ya que se propone una acusación dirigida a justificar el presunto desconocimiento del derecho de acceso al desempeño de cargos y funciones públicas (art. 40.7) y al principio fundamental del mérito para el ingreso a los empleos de carrera en la FGN (CP art. 125), derivada de la circunstancia de que no se permite utilizar las listas de elegibles para ocupar la totalidad de vacantes que existan en los mismos empleos ofertados, así ellos no hayan sido incluidos en las convocatorias. Esta restricción afecta el derecho en mención, en palabras del accionante, porque desalienta la oferta de vacantes definitivas, prioriza el arbitrio institucional y resigna la posibilidad de ingreso a la función pública, a pesar de que los aspirantes están en una lista de elegibles en la que ya se verificó el mérito, frente a un cargo preexistente del mismo empleo ofertado⁶². Y, además, también vulnera el principio constitucional en mención, pues

“(…) estimula la provisionalidad como regla general por encima de la titularidad definitiva por carrera administrativa”⁶³. De esta manera, se trata de acusaciones que suponen claramente un reproche de naturaleza constitucional.

1. Finalmente, se cumple asimismo con la carga de suficiencia, toda vez que los argumentos propuestos despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que cabe provocar un juicio de fondo, como lo sugiere la Procuraduría General de la Nación y las más de 100 intervenciones que se presentan en este caso.

1. Con base en estas mismas consideraciones, se excluyen igualmente las razones que fueron propuestas por el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP) para cuestionar la aptitud de la demanda, ya que este interviniente propone que los cargos reseñados reflejan una simple “argumentación subjetiva”⁶⁴, sin especificar los motivos por los cuales se desconocen las cargas de certeza, claridad, pertinencia, especificidad o suficiencia (solicitud genérica de ineptitud), aunado a que el resto de la argumentación que se expone se concreta en justificar la exequibilidad de la norma demandada, como supuestos de controversia que solo pueden resolverse adelantando el juicio de fondo.

1. En este sentido, (i) el interviniente afirma que la Ley 1960 de 2019 no resulta aplicable a los concursos de la FGN, por cuanto existe en el precepto legal acusado una regla especial que exceptúa el mandato allí previsto, por virtud del cual se permite en el régimen general de carrera aplicar las listas de elegibles a las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan luego de la apertura del concurso. (ii) Dicha regla no existe en los procesos de selección de la Fiscalía, por lo que no es procedente su aplicación, pues en esta materia se prioriza el amplio margen de configuración del Legislador, como se ratificó en las sentencias SU-446 de 2011 y C-102 de 2022. A lo que se agrega que (iii) la disposición impugnada no desconoce el derecho de acceso a los empleos públicos ni el principio del mérito, por cuanto los concursos deben ser escalonados y progresivos, para garantizar la prestación eficiente del servicio de justicia, el cual se podría ver comprometido con un

cambio integral del personal.

1. Ahora bien, antes de proceder con el planteamiento del problema jurídico, y a pesar de que nadie formuló ningún reparo sobre el particular, cabe destacar que en el asunto bajo examen se satisfacen asimismo los requisitos que este tribunal ha dispuesto para efectos de provocar un juicio de constitucionalidad, cuando tan solo se presenta una solicitud que busca la declaratoria de exequibilidad condicionada del precepto legal impugnado.

1. Al respecto, en las sentencias C-029 de 2021 y C-284 de 2021, se manifestó que: “(...) la postura vigente de la jurisprudencia constitucional exige que, cuando se trata de demandas de inconstitucionalidad cuya pretensión única es la exequibilidad condicionada de la norma acusada, se deben cumplir dos requisitos específicos: (i) que el cargo plantee un problema de control abstracto de constitucionalidad, esto es de confrontación entre una ley y la Constitución; y (ii) que la parte actora justifique mínimamente la decisión de no solicitar la inexequibilidad total o parcial de la disposición demandada.”

1. En el caso concreto, la Sala Plena estima que se satisfacen los presupuestos previamente indicados, en relación con los dos cargos de inconstitucionalidad que se proponen, en los que se solicita que se declare la exequibilidad condicionada del inciso 3° del artículo 35 del Decreto Ley 20 de 2014. En relación con el primer presupuesto, porque –como se deriva del examen de aptitud precedente– resulta claro que las censuras plantean una confrontación de la lectura de la norma acusada con el derecho de acceso al desempeño de cargos y funciones públicas (art. 40.7) y con el principio fundamental del mérito para el ingreso a los empleos de carrera en la FGN (CP art. 125). Y, frente al segundo presupuesto, porque el actor estima que debe preservarse, en todo caso, la libertad de configuración del Legislador, para evitar que las listas de elegibles se utilicen en empleos que se generen en el futuro, por lo que no cabe la expulsión total del precepto legal demandado del ordenamiento jurídico⁶⁵.

1. En consecuencia, la Sala Plena mantendrá su competencia para juzgar el precepto legal acusado (inciso 3° del artículo 35 del Decreto Ley 20 de 2014), al concluir que la demanda cumple con los requisitos exigidos en el Decreto Ley 2067 de 1991 y en la jurisprudencia reiterada de la Corte, según se acreditó previamente en esta sentencia, lo que se refuerza con la circunstancia de que ninguna de las intervenciones que de alguna manera parecían cuestionar la aptitud de la demanda ofrecieron razones para llegar a una conclusión distinta. Y que, además, se dio cumplimiento a los presupuestos que esta corporación ha exigido, cuando se trata de demandas de inconstitucionalidad cuya pretensión única es la exequibilidad condicionada de la norma legal impugnada.

1. Teniendo en cuenta el contenido de la demanda, lo señalado en las distintas intervenciones y el concepto de la Procuraduría General de la Nación, le corresponde a la Corte decidir si el inciso 3° del artículo 35 del Decreto Ley 20 de 2014, al establecer que las listas de elegibles resultantes de los procesos de selección adelantados por la Fiscalía General de la Nación solo podrán ser usadas para proveer las vacantes definitivas que se generen en los empleos inicialmente provistos por los concursos, y no para suplir vacantes preexistentes de los empleos ofertados pero que no fueron convocados, resulta contrario al derecho de acceso al desempeño de cargos y funciones públicas y al principio fundamental del mérito para el ingreso a empleos de carrera en la citada institución, según lo dispuesto en los artículos 40.7 y 125 del texto superior.

1. Con el fin de abordar la definición del citado problema jurídico, la Sala Plena se referirá (i) al régimen de carrera administrativa y al concurso público; (ii) al principio constitucional del mérito como mandato rector del acceso al empleo público; (iii) al sistema de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y su implementación inconclusa; (iv) a la acción de cumplimiento respecto del artículo 118 del Decreto Ley 20 de 2014; (v) a la lista de elegibles y a su alcance en la FGN, a partir de lo resuelto en la sentencia SU-446 de 2011 y lo señalado en la Ley 1960 de 2019 (art. 6); y (vi) al derecho de acceso al desempeño de cargos y funciones públicas (CP art. 40.7). Con base en lo anterior, (vii) se procederá con la solución

del caso concreto.

A. EL RÉGIMEN DE CARRERA ADMINISTRATIVA Y EL CONCURSO PÚBLICO

1. El artículo 125 de la Constitución señala que “[l]os empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera”, salvo algunas excepciones⁶⁶, y precisa que “[l]os funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público”. Esta norma superior, además de establecer que el régimen de carrera opera como regla general de vinculación con el Estado y que el concurso público es el instrumento por excelencia para determinar el mérito, salvo cuando la Constitución o la ley fijen otras clases de nombramiento; también dispone que es (i) obligación 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; (ii) que el retiro del servicio se produce por calificación insatisfactoria, violación al régimen disciplinario y las demás causales constitucionales y legales; y (iii) que se prohíbe que la filiación política influya en el nombramiento, ascenso o remoción de un empleado de carrera⁶⁷.

1. En este orden de ideas, el Constituyente de 1991 consideró como elemento fundamental para el ejercicio de la función pública el principio del mérito y previó a la carrera, por su condición de sistema técnico de administración del componente humano, como el mecanismo general de vinculación al servicio público, siendo necesario para ello recurrir al concurso⁶⁸, el cual se constituye en el instrumento adecuado para que, bajo parámetros objetivos, no discriminatorios, transparentes y claros, se garantice la selección de las personas mejor calificadas integralmente⁶⁹.

1. Sin perjuicio de lo anterior, se reservó al amplio margen de configuración del Legislador, todos aquellos aspectos en los que se desenvuelve el régimen de carrera, el carácter

instrumental de los concursos y las reglas particulares para fijar el mérito respecto de cada empleo, a partir de la habilitación que sobre el particular establece el citado artículo 125 de la Constitución⁷⁰, en armonía con el mandato genérico que se le confiere al Congreso de “expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas (...)”, según lo previsto en el artículo 150.23 de la Carta. En todo caso, el ejercicio de esta atribución está sujeta a los límites sustantivos que se derivan del propio texto superior, como ocurre con la necesidad de que toda medida se inscriba en la lógica de realizar los fines del Estado (CP art. 1°); de asegurar la efectividad de los derechos de participación de los ciudadanos (CP art. 2°) y, en concreto, el derecho de acceso a la función pública (CP art. 40.7); y de garantizar los principios que rigen el desenvolvimiento de la función administrativa (CP art. 209). Todo ello conforme con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

1. Por esta razón, si bien se reconoce entonces que el Legislador dispone de una amplia competencia para delimitar las condiciones de cada régimen de carrera⁷¹, no se trata de una competencia ilimitada, puesto que, como se infiere de lo expuesto, además de los límites sustanciales ya reseñados, “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”⁷².

1. En este sentido, esta corporación ha resaltado el carácter instrumental de la carrera administrativa para la consecución de finalidades institucionales y para la garantía de los derechos fundamentales⁷³. Así, frente al primero, se ha indicado que la carrera contribuye a que el Estado sea eficaz y eficiente⁷⁴, y ejerza sus quehaceres en atención a las pautas de moralidad, imparcialidad y transparencia⁷⁵. Respecto del segundo, se ha señalado que la carrera incide de manera definitiva en los derechos de participación que tienen los ciudadanos, en la protección de las posiciones fundamentales de las que son titulares los trabajadores y en el derecho a la igualdad, tanto en el trato como en las oportunidades.

1. Por lo demás, en nuestro ordenamiento jurídico la carrera administrativa se organiza en tres categorías: (i) el sistema general de carrera; (ii) los sistemas especiales de carrera de origen constitucional; y (iii) los sistemas especiales de carrera de creación legal⁷⁶. El sistema general de carrera se deriva del artículo 125 de la Constitución y está previsto para la gran mayoría de empleos públicos en los niveles nacional y territorial, central y descentralizado, siendo regulado por la Ley 909 de 2004. Los sistemas especiales de carrera de origen constitucional tienen fundamento directo en el texto superior y comprenden a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional⁷⁷; a la Fiscalía General de la Nación⁷⁸; a la Rama Judicial⁷⁹; a la Registraduría Nacional del Estado Civil⁸⁰; a la Contraloría General de la República⁸¹; a la Procuraduría General de la Nación⁸²; y a los entes universitarios autónomos⁸³. Y los sistemas especiales de carrera de creación legal, son aquellos que, aunque carecen de un referente normativo en la Constitución, “se conciben como una manifestación de la potestad del Legislador de someter el ejercicio de ciertas funciones institucionales a un régimen propio, cuando las particularidades de una entidad justifican la adopción de un estatuto singular, por supuesto dentro de los mandatos generales que la Constitución traza en el ámbito de la función pública”⁸⁴. Así, el artículo 4° de la Ley 909 de 2004 establece algunos sistemas específicos de carrera administrativa⁸⁵.

1. Dos aspectos transcendentales surgen de esta clasificación: (i) los sistemas especiales de carrera de origen constitucional se rigen por sus propias autoridades y por sus propias normas, por lo que, en relación con este punto, solo recurren a las normas del sistema general de carrera, en caso de que sea necesario suplir vacíos normativos en su regulación⁸⁶; y (ii) el sistema general y los sistemas especiales de carrera de creación legal se encuentran bajo la administración y vigilancia de la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC (CP art. 130)⁸⁷.

1. Por último, la Corte ha resaltado la obligatoriedad de las reglas que rigen los concursos públicos. Así, la jurisprudencia ha señalado que estas “deben respetarse de principio a fin, tanto por sus destinatarios como por la administración, lo que incluye obviamente la actividad a cargo del Legislador, sin que resulte válido proceder a modificar o cambiar sus

bases o los efectos que de él derivan, pues ello equivaldría no solo a un desconocimiento de la confianza legítima, sino de múltiples derechos y principios de raigambre constitucional, como ocurre con los principios de transparencia, publicidad, buena fe, moralidad e imparcialidad, y los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo”⁸⁸.

A. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL MÉRITO COMO MANDATO RECTOR DEL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

1. Como ya se mencionó, el artículo 125 de la Constitución elevó a un rango superior el principio del mérito como criterio predominante para la designación y promoción de servidores públicos. Para ello, como regla general, consagró que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y que el ingreso a ella se hará mediante concurso público.

1. Según lo ha explicado esta corporación⁸⁹, la constitucionalización de este principio busca tres propósitos fundamentales. El primero de ellos es asegurar el cumplimiento de los fines estatales y de la función administrativa previstos en los artículos 2 y 209 superiores. En este sentido, se ha dicho que la prestación del servicio público por personas calificadas se traduce en eficacia y eficiencia de dicha actividad. Además, como criterio de selección, el mérito provee de imparcialidad a la función pública.

1. El segundo es materializar distintos derechos de la ciudadanía. Por ejemplo, (i) el derecho de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos; (ii) el derecho al debido proceso, visto desde la fijación de reglas y criterios de selección objetivos y transparentes previamente conocidos por los aspirantes; y (iii) el derecho al trabajo, ya que, una vez un servidor público adquiere derechos de carrera, solo la falta de mérito puede ser causal, en principio, para su remoción.

1. Y, el tercer propósito perseguido por el artículo 125 superior, es la igualdad de trato y oportunidades, ya que con el establecimiento de concursos públicos, en los que el mérito es el criterio determinante para acceder a un empleo, cualquier persona puede participar, sin que dentro de este esquema de selección, se toleren tratos diferenciados injustificados, así como la arbitrariedad del nominador. Concretamente, la Corte ha sostenido que el principio de mérito “constituye plena garantía que desarrolla el principio a la igualdad, en la medida en que contribuye a depurar las prácticas clientelistas o políticas en cuanto hace al nombramiento de los servidores públicos o cuando fuese necesario el ascenso o remoción de los mismos, lo que les permite brindarles protección y trato sin discriminación de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.”⁹⁰.

1. El principio del mérito se concreta principalmente en la creación de sistemas de carrera y en el acceso a cargos públicos mediante la realización de concursos o procesos de selección. Por medio de ellos, y a través de criterios objetivos, se busca determinar la idoneidad, capacidad y aptitud de los aspirantes para ocupar un cargo, teniendo en cuenta la categoría del empleo y las necesidades de la entidad. De suerte que, las etapas y pruebas en cada convocatoria deben estar dirigidas a identificar las cualidades, calidades y competencias de los candidatos, para –con base en dichos resultados– designar a quien mayor mérito tiene para ocupar el cargo.

1. Respecto de la función del concurso público como garantía de cumplimiento del mérito, en la sentencia C-588 de 2009, en la cual se declaró inexecutable el Acto Legislativo 01 de 2008, “por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política”, esta corporación afirmó que:

“Estrechamente vinculado al mérito se encuentra el concurso público, pues el Constituyente lo previó como un mecanismo para establecer el mérito y evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa⁹¹. Así pues, el sistema de concurso ‘como regla general regula el ingreso y el

ascenso' dentro de la carrera⁹² y, por ello, 'el proceso de selección entero se dirige a comprobar las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos', pues solo de esta manera se da cumplimiento al precepto superior conforme al cual 'el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes'⁹³.

El concurso es así un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo, e impide que prevalezca la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios 'subjetivos e irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen (...), motivos ocultos, preferencias personales, animadversión o criterios tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión pública o filosófica, para descalificar al aspirante'⁹⁴."

1. En desarrollo del mandato constitucional expuesto, y dentro del sistema general de carrera, el Legislador expidió la Ley 909 de 2004, entre otras, para regular el ingreso y ascenso a los empleos de carrera dentro de la mayoría de las entidades públicas. El artículo 27 de esta ley definió a la carrera administrativa como "un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer (...) estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público". Por lo demás, estableció que, para lograr dicho objetivo, el ingreso, permanencia y ascenso en los empleos se hará tan solo por el mérito, a través de procesos de selección en los que se garantice la transparencia y objetividad. Dentro de este contexto, el artículo 28 enlistó y definió los principios que deberán orientar la ejecución de dichos procesos, entre los que se encuentran, además del propio mérito⁹⁵, la libre concurrencia e igualdad en el ingreso, la publicidad, la transparencia, la eficacia y la eficiencia.

1. Ahora bien, cabe mencionar que en la reciente sentencia C-102 de 2022, la Corte aclaró que, aunque el concurso público como instrumento para acreditar el mérito en el régimen de carrera está expresamente previsto en la Constitución, dicha circunstancia no excluye la exigibilidad del mencionado principio para el acceso a cualquier otro tipo de cargo en el Estado, así respecto de su designación, nominación o elección no se exija la obligación de adelantar un concurso⁹⁶.

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. El mérito no necesariamente es sinónimo de capacidades técnicas y títulos académicos, pues en un sentido amplio cubija tanto calificaciones objetivas como la valoración -transparente- de aspectos subjetivos necesarios para acreditar la aptitud, como lo es la idoneidad moral del aspirante.”⁹⁷

1. La citada sentencia, por lo demás, se refirió a varias reglas vinculadas con el mérito, su demostración en el caso de los nombramientos provisionales o en encargo, y la atribución de la que es titular el nominador para cubrir vacantes dentro del sistema de carrera, con empleados inscritos en la misma o con personas ajenas, mediante el uso de las figuras ya mencionadas del encargo y la provisionalidad⁹⁸. En concreto, y para efectos de esta providencia, cabe destacar las siguientes reglas:

(i) 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. Sobre el particular, en la sentencia C-102 de 2022, se expuso que a diferencia de los servidores en carrera, los empleados en provisionalidad no

han superado concurso alguno de méritos y, sin embargo, han venido ocupando de forma progresiva cargos de carrera en las distintas entidades públicas. Sobre la validez constitucional de dichos nombramientos, se destacó la sentencia C-077 de 2004, en la que la Corte estudió varias disposiciones del régimen especial de la Procuraduría General de la Nación y admitió la procedencia de dichos nombramientos, por cuanto: (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 de un proceso de selección con sus respectivas etapas, esto es, de un tiempo mínimo para su desarrollo y ejecución; (ii) el nombramiento tiene carácter esencialmente temporal, de acuerdo con los límites y condiciones previstos por el Legislador, vinculados especialmente con la elaboración del concurso para ocupar dichos empleos mediante el sistema de carrera; y (iii) el nombramiento no posibilita la designación de personas que no cumplan con los requisitos del cargo, pues “nadie podrá posesionarse en un empleo (...) sin el lleno de los requisitos constitucionales y legales exigidos.”

Posteriormente, se citó la sentencia C-753 de 2008, en el contexto del régimen especial del sector defensa previsto por el Decreto Ley 091 de 2007, y se reiteró que (i) “el nombramiento en provisionalidad o en encargo son excepciones a la regla general”; y (ii) que estas excepciones son válidas “en aras de preservar la continuidad del servicio público [a cargo] de la administración, y no vulneran el principio de carrera administrativa ni el principio de igualdad de oportunidades, siempre [que] el Legislador fije claros límites temporales a ella, y la administración justifique dichos nombramientos en provisionalidad o en encargo mediante actos administrativos motivados.”

i. La designación de empleados en provisionalidad o por encargo, en la medida en que deben constar en un acto administrativo, implican la sujeción al deber de motivación. Al respecto, en la sentencia C-102 de 2022, se sostuvo que este tribunal ha explicado que la motivación de los actos administrativos 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 explícitos los fundamentos o razones de hecho y de derecho de sus decisiones.”⁹⁹

Por lo demás, se aclaró que, si bien la jurisprudencia 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, también lo está cuando se decide decretar una desvinculación, debido al impacto que se produce sobre los derechos fundamentales del trabajador. Además, debe 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 públicos, en caso de presentarse vacantes temporales o definitivas.

i. 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 mismo sistema de carrera, en encargo o provisionalidad. Para la Corte, en la providencia en mención, este asunto fue resuelto en la sentencia C-503 de 2020, al menos en el ámbito de la carrera especial de la Procuraduría General de la Nación, en la que se señaló 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, se enfatizó que “la facultad que se concede al Procurador para proveer cargos de carrera vacantes mediante encargo o provisionalidad es excepcional.” Esta misma posición se adoptó en citada la sentencia C-102 de 2022, para el caso concreto de los empleos de la Fiscalía General de la Nación.

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, y que si bien su exigibilidad se concreta principalmente en la creación de sistemas de carrera y en el acceso a cargos públicos mediante la realización de concursos o procesos de selección, dicha circunstancia no excluye la aplicación del mencionado principio para el acceso a cualquier otro tipo de cargo en el Estado, así respecto de su designación, nominación o elección no se exija la obligación de adelantar un concurso.

1. El artículo 253 de la Constitución establece que “[l]a 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”. El artículo 159 de la Ley 270 de 1996 reitera 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”¹⁰⁰. Por su parte, el artículo 3.2 de la Ley 909 de 2004 (sistema general de carrera) establece que sus disposiciones se aplicarán, con carácter supletorio, a los servidores públicos de las carreras especiales, tales como la Fiscalía General de la Nación, en caso de que sea necesario suplir vacíos normativos en su regulación¹⁰¹.

1. En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 1654 de 2013¹⁰², el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 20 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”. El artículo 2° del citado instrumento define a la carrera especial de la FGN 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; [a la vez que se dirige a] proteger los derechos de los servidores a la estabilidad y permanencia en los mismos; [y] a desarrollar las capacidades técnicas y funcionales del servidor mediante la

capacitación, los estímulos y el ascenso”.

1. En la ya citada sentencia C-102 de 2022, la Corte señaló que, a pesar de la consagración del régimen especial de carrera de la Fiscalía General de la Nación y la adopción del concurso público como criterio ordinario para la designación de sus servidores, “la jurisprudencia ha constatado cómo este mandato se ha venido postergando en el tiempo”. En este contexto, en el fallo en mención se identificaron tres providencias que reflejan las dificultades que han surgido para materializar dicho sistema de carrera especial: las sentencias T-131 de 2005, C-279 de 2007 y SU-446 de 2011.

1. En la sentencia T-131 de 2005, la Corte estudió un amparo que pretendía exigir que se ejecutara una sentencia 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 2000, relacionadas con el régimen de carrera dentro de dicha institución. Esta corporación concluyó que la tutela no era procedente para exigir la efectividad de la sentencia; más, sin embargo, sí resultaba oportuna para amparar “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).” Así mismo, indicó 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 [somete a] las normas contenidas en los artículos 125 y 253 de la Constitución.” En consecuencia, este tribunal dispuso el amparo y dictó una orden compleja para que la FGN tomara medidas concretas, efectivas y conducentes para realizar los concursos dentro de un término razonable y, de esa manera, poner en práctica el régimen de carrera¹⁰³.

1. Luego, en la sentencia C-279 de 2007, la Corte estudió una demanda contra varias disposiciones de la Ley 938 de 2004 –que reemplazó el Decreto 261 de 2000– debido a que, en opinión del accionante, permitía que los funcionarios de la Fiscalía 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. Este tribunal decidió 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 debía ser motivado por razones del servicio específicas. Adicional a lo expuesto, se estableció que era exequible el inciso 1° del artículo 70 de la Ley 938 de 2004, el cual 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 debía “haber culminado la aplicación del sistema de carrera en la entidad, mediante los concursos públicos de mérito correspondientes”, ya que la situación existente conllevaba a la violación de “los derechos a la igualdad y al debido proceso, así como la vulneración de los principios constitucionales que rigen el acceso por mérito” a la función pública.

1. Bajo el impulso de la anterior decisión, en ese mismo año, la entidad convocó a concurso a 4.697 empleos a través de seis convocatorias. Este proceso de selección ocasionó algunas disputas, que fueron analizadas en la sentencia SU-446 de 2011, mediante el estudio de dos grupos de casos acumulados¹⁰⁴. La Corte resolvió las particularidades de cada uno de ellos y llamó de nuevo la atención sobre la necesidad y urgencia de convocar a concursos públicos para superar el escenario generalizado de provisionalidad en la FGN, para lo cual le ordenó a dicha entidad realizar los procesos de selección necesarios en el término de seis meses. Así, se señaló que:

“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.”

1. Con posterioridad a esta determinación, se expidió el Decreto Ley 20 de 2014, en cuyo artículo 118 se dispone las convocatorias a concurso dentro de un plazo específico de tres años siguientes a la entrada en vigor del citado instrumento. Sin embargo, como se advirtió en la sentencia C-102 de 2022, el término se cumplió sin que se materializara en su integridad el sistema de carrera, por lo que se presenta un escenario de implementación inconclusa, para cuya superación se ha venido dando curso a una acción de cumplimiento ante la justicia administrativa, sobre la base de 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”¹⁰⁵. El precepto legal en cita, como ya se ha advertido en esta providencia, dispone lo siguiente:

“Artículo 118. Convocatorias a concurso o proceso de selección. 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.

Para garantizar la continuidad del servicio y su no afectación, los concursos para proveer los empleos de carrera de la Fiscalía se realizarán de manera gradual y en distintos tiempos, teniendo en cuenta las plantas globales a las cuales pertenezcan los empleos a proveer.

Con el mismo fin señalado en el inciso anterior, los concursos o procesos de selección para proveer los empleos de carrera de las entidades adscritas se adelantarán de manera gradual y en distintos tiempos.”

1. Con base en las pruebas recaudadas en este proceso y cuya información proviene de la Subdirección de Talento Humano de la FGN¹⁰⁶, es posible agrupar los siguientes datos alrededor del proceso de implementación integral del sistema de carrera en la citada entidad:

i. El número de cargos que conforman la planta de personal de la FGN se encuentra establecido en los Decretos Leyes 016 y 017 de 2014, 898 de 2017 y 2010 de 2019, así como en las Leyes 2111 de 2021 y 2197 de 2022. Estos corresponden a 24.749 empleos.

i. Dentro de este número, los cargos con derechos de carrera ascienden a 24.530, en los niveles jerárquico, asistencial, profesional y técnico. Ello significa que porcentualmente el sistema de carrera llega al 99,11% de la FGN.

i. De conformidad con el párrafo 1° del artículo 2° del Decreto Ley 18 de 2014, la planta de personal es global y flexible, de ahí que se encuentre en constante cambio y en ajustes permanentes, en respuesta a las situaciones que diariamente se presentan. A pesar de ello, para el 3 de febrero de 2023, se contaba con 19.720 vacantes definitivas (80,39% de los

cargos de carrera de la FGN); de ellos 17.101 están ocupados en provisionalidad (69,71% de los cargos de carrera) y 722 se encuentra ocupados en encargo (2,9% de los cargos de carrera).

i. En total, para la fecha en mención, se encuentran inscritos 4.810 servidores con derecho de carrera dentro de la FGN, lo cual asciende a un 19.60% de los cargos sujetos a dicho sistema de provisión.

i. En estos momentos está en proceso de finalización la Convocatoria No. 01 de 2021 de la FGN, con el propósito de proveer 500 vacantes definitivas en la planta de personal. En la medida en que ya se encuentra consolidada la lista de elegibles, la STH dispuso los estudios de seguridad tendientes a iniciar los nombramientos en período de prueba.

i. Finalmente, se informó que no “existen antecedentes en los que se haya aplicado lo establecido en el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 [artículo 6 de la Ley 1960 de 2019] dentro del régimen especial de carrera de la FGN. Lo anterior debido a que [esta entidad] cuenta con un sistema especial de carrera previsto en el Decreto Ley 20 de 2014. [En este sentido], [el] artículo 35 de esa normatividad prevé que las listas de elegibles solo podrán ser utilizadas para proveer los cargos ofertados en la convocatoria o proceso de selección. (...) Bajo ese entendido, la citada disposición es norma especial para la FGN y, en virtud de esta última, no es posible utilizar las listas de elegibles para ocupar cargos que se generen con posterioridad a la convocatoria”¹⁰⁸.

A. LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO RESPECTO DEL ARTÍCULO 118 DEL DECRETO LEY 20 DE 2014

1. El 6 de febrero de 2020, la señora Luz Patricia Agudelo, en calidad de presidenta de la Asociación de Trabajadores Estatales de la Fiscalía General de la Nación, presentó acción de cumplimiento en contra dicha entidad, con el fin de que se le ordenara efectuar los mandatos previstos en el artículo 118 del Decreto Ley 20 de 2014, previamente transcrito.

1. En sentencia del 4 de marzo de 2020, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, declaró el incumplimiento por parte de la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación de lo establecido en la citada norma. Al respecto, el citado tribunal consideró que el precepto legal invocado “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) [es] actualmente exigible”.

1. Además, el tribunal señaló que, si bien se han realizado convocatorias, estas no han sido para todos los cargos de carrera que tiene la entidad y que se encuentran ocupados por personas nombradas en provisionalidad o en encargo, sin que pueda presumirse que la no convocatoria a concurso esté justificada. 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.”¹⁰⁹ En consecuencia, y como ya se dijo, declaró el incumplimiento y le ordenó al representante legal de la Comisión de la Carrera Especial de la FGN, 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 méritos en 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. La citada decisión fue confirmada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia del 22 de octubre de 2020. Sobre el particular, la mencionada corporación estimó 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 definitivamente o aquellas provistas mediante nombramiento provisional o en encargo), lo cierto es que el artículo 118 del Decreto Ley 20 de 2014 se dictó hace más de tres años, lo que demuestra que la argumentación expuesta para justificar su no cumplimiento carece de vocación de prosperidad. En efecto, más allá del cambio puntual que pudo ocurrir en el año 2017, “la accionada ha contado con un lapso superior a 6 años, para atender la exigencia impuesta en el decreto ley en mención”. De otra parte, precisó que era necesario aclarar el fallo impugnado, en el sentido de que “el plazo concedido para acatar lo dispuesto en el artículo 118 del Decreto Ley 20 de 2014, no lo es para la consecución de recursos económicos, pues [ello] está regulado por el mismo decreto en [el] artículo 46[110], sino para adelantar las actividades necesarias a fin de convocar a concurso los cargos de carrera, vacantes de manera definitiva o provistos mediante nombramiento provisional o en encargo”.

1. Por lo demás, y con miras a precisar el alcance de la orden dada, el Consejo de Estado aclaró que el artículo 118 del Decreto Ley 20 de 2014 es actualmente exigible, pues el mismo no ha sido “derogado o suspendido”, y si bien transcurrió el plazo previsto para llevar a cabo la totalidad de los concursos, tal circunstancia no significa que se haya agotado en su objeto, sino que existe un incumplimiento, el cual debe ser solventado por el juez competente para ello.

1. El 24 de marzo de 2021, la accionante solicitó que se sancione a la Fiscalía General de la Nación por desacato, al considerar que las gestiones adelantadas por dicha entidad son insuficientes para dar cumplimiento a lo resuelto en las sentencias en mención, puesto que del total de vacantes que se encuentran para proveer, solo se convocó a concurso a 500 empleos (Convocatoria No. 01 de 2021). Este incidente se sometió a consideración del

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en Sección Primera, Subsección B, el cual, en providencia del 25 de agosto de 2022, declaró en desacato a varios miembros de la Comisión de la Carrera Especial de la FGN, los sancionó pecuniariamente y los instó “a darle cabal cumplimiento a la orden impartida dentro del asunto de la referencia en sentencia del 4 de marzo de 202[0], y confirmada por el Consejo de Estado en fallo del 22 de octubre de 2020.” Sobre el particular, se estimó que el número de empleos convocados a concurso frente a los más de 17.000 cargos de carrera que se encuentran para proveer “resulta irrisorio”, y precisó que alegar la posible pérdida de la memoria institucional no es de recibo, “(...) pues la implementación y uso de las tecnologías permite el almacenamiento y archivo de los documentos que constituyen [dicha] memoria (...)”.

1. De otra parte, señaló que los argumentos expuestos por la entidad en relación con la gradualidad de los concursos, “hubiese sido de recibo para la Sala en el evento de que se hubiese realizado un esfuerzo mayor por convocar a un mayor número de cargos de carrera a concurso; sin embargo, el número de vacantes ofertada en la convocatoria que se adelanta (...) es muy bajo en comparación con el número total de cargos de carrera que se encuentran para proveer, siendo este el único proceso de selección por concurso de mérito que se encuentra actualmente en ejecución”.

1. La sanción impuesta fue confirmada por el Consejo de Estado en providencia del 7 de diciembre de 2022, en la que advirtió un grave incumplimiento, “pues solo se ha diseñado un concurso –para 500 personas–. Adicionalmente, tampoco existen [sic] un plan institucional vinculante de la manera en que se adelantarán los demás concursos, solo un cronograma el cual ya fue desatendido porque no se convocaron a concurso los cargos previsto [sic] para el 2022”. Por lo demás, se desvirtuó la imposibilidad presupuestal esbozada por la Fiscalía, dado que dicho tema “fue debidamente definido en la providencia de la Sección al indicar que el aspecto presupuestal no es un obstáculo[,] por cuanto el artículo 46 del Decreto 20 de 2014 determinó las fuentes de financiación para materializar su objeto”, y precisó que “(...) con los argumentos que los sancionados exponen, a hoy se mantiene la incertidumbre de cuándo se va a materializar el artículo 118 del Decreto 20 de 2014”. Finalmente, en auto del

28 de febrero de 2023, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dispuso obedecer y cumplir lo resuelto por el Consejo de Estado en la citada providencia del 7 de diciembre de 2022.

1. Sobre la lista de elegibles. En el sistema general de carrera, el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 regula las etapas del proceso de selección o concurso, siendo una de ellas la elaboración de la lista de elegibles (numeral 4). Al respecto, la redacción original de la norma establecía que: “Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso”¹¹¹. Por su parte, el párrafo 1° del artículo 7 del Decreto 1227 de 2005, por el cual se reglamenta la citada ley, reiteró dicho uso de la lista de elegibles, en los siguientes términos: “Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004”¹¹².

1. En vigencia de la redacción original del citado numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, esta corporación se pronunció en relación con la naturaleza y alcance de la lista de elegibles, e igualmente sobre la potestad de configuración del Legislador en dichas materias. Así, en la sentencia SU-913 de 2009¹¹³, la Corte señaló que las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, “son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme, salvo expresas excepciones legales”. Además, indicó que las listas, “en tanto acto administrativo particular, concreto y positivo, [son] creador[as] de derechos, los cuales encuentran protección legal por vía de la teoría de la estabilidad relativa del acto

administrativo, así como protección constitucional por virtud del artículo 58 superior (...)"'. De igual manera, agregó que la consolidación del derecho que otorga el haber sido incluido en una lista de elegibles, "se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer", y precisó que, una vez en firme, "[e]l acto administrativo que contiene la lista de elegibles no puede ser modificado en sede administrativa, sin perjuicio de la posible impugnación que se surta en sede judicial por fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria".

1. Por otra parte, en la sentencia SU-446 de 2011, sobre la cual se volverá más adelante, esta corporación reiteró la naturaleza de acto administrativo particular de la lista de elegibles y su obligatoriedad para la administración. Adicionalmente, indicó que la lista "es una fase hito y concluyente del sistema de nombramiento por vía del concurso público, dado que, a través de su conformación, la entidad pública [-]con fundamento en los resultados de las distintas fases de selección[-] organiza en estricto orden de mérito el nombre de las personas que deben ser designadas en las plazas ofertadas en la convocatoria, observando para ello, las precisas reglas fijadas en ésta".

1. Aunado a lo anterior, la Corte señaló que la conformación de la lista de elegibles materializa el principio del mérito del artículo 125 de la Constitución, en lo que corresponde a la consolidación de los procesos de selección, y precisó que su uso "se impone solo para proveer las vacantes y los cargos en provisionalidad que registre la entidad durante su vigencia, siempre y cuando se trate de las plazas ofertadas en el respectivo concurso".

1. La anterior postura fue reiterada en la sentencia T-654 de 2011, al resaltar que la conformación de la lista de elegibles "obliga a las entidades nominadoras a proveer exclusivamente el número de plazas ofertadas en cada una de las convocatorias o las que se generen durante su vigencia, siempre y cuando se refieran al mismo cargo para el cual se ofertó el concurso[,] en donde el nombramiento debe hacerse en estricto orden de mérito con quienes se encuentren en el primer lugar en la lista. Las plazas que no correspondan a la

convocatoria o que con posterioridad resulten vacantes, requerirán de un nuevo concurso”. Así, en esta providencia se negó la pretensión de la accionante, quien había ocupado un lugar en la lista de elegibles que superaba el número de vacantes convocadas, pero que solicitó su nombramiento en una entidad, en un cargo equivalente que había sido creado con posterioridad a la convocatoria.

1. Lo resuelto en la sentencia SU-446 de 2011. En esta providencia, y como se mencionó con anterioridad, la Corte estudió dos grupos de casos acumulados con ocasión de las disputas que surgieron en el marco de las convocatorias a concurso que abrió la Fiscalía General de la Nación en el año 2007¹¹⁴. En el primer grupo de casos seleccionados se encontraban quienes participaron en una o dos de las seis convocatorias que abrió la entidad, y aunque superaron el concurso, por el puesto que ocuparon en el registro de elegibles y que excedía el número de plazas a proveer, según los términos de cada una de ellas, no fueron nombrados en la entidad.

1. Respecto de este primer grupo, la Corte determinó si la Fiscalía General de la Nación vulneró sus derechos a la igualdad, al acceso a cargos públicos y al principio del mérito. Sobre el particular, se concluyó que no era posible la utilización de la lista de elegibles para ocupar un número mayor de plazas de las que fueron convocadas, por cuanto ésta solo tiene la vocación de servir para la provisión de los cargos objeto de la convocatoria, en donde el número de vacantes o empleos a proveer es una regla de forzosa observancia, excepción hecha de los casos en que el Legislador expresamente incluya una cláusula que admita su utilización para un número mayor de plazas ofertadas, en el evento de que se presenten vacantes en su vigencia. Por lo anterior, se resolvió que los tutelantes no tenían derecho a ser nombrados en propiedad dentro de la entidad y que, por tal motivo, sus derechos fundamentales no fueron vulnerados, como consecuencia de la decisión del ente fiscal de negarse a vincularlos en el régimen especial de carrera.

1. Entre los distintos temas que este tribunal abordó para justificar su decisión se destacan,

en primer lugar, el carácter obligatorio de las convocatorias tanto para la administración como para los participantes y el público en general, de ahí que ella genera reglas que son obligatorias y cuyo desconocimiento lesiona el derecho al debido proceso, como los principios de buena fe, confianza legítima, publicidad, transparencia e imparcialidad. Las normas de la convocatoria sirven de autocontrol y autovinculación, por lo que la administración debe respetarlas, de suerte que la selección de los aspirantes para acceder a los empleos ofertados no depende de la voluntad del nominador, sino de lo que previamente haya sido regulado.

1. En segundo lugar, el carácter obligatorio de las convocatorias conduce a que las pautas del concurso sean inmodificables e intangibles, por lo que no es posible variar ninguna fase del proceso y, menos aún, desconocer la inmodificabilidad de las listas de elegibles (una vez éstas se encuentren en firme), pues ello quebrantaría el derecho a la igualdad y los principios de buena fe y confianza legítima.

1. En tercer lugar, las listas de elegibles tienen una vocación transitoria, la cual se explica por dos objetivos fundamentales. El primero, refiere a la obligatoriedad del registro de elegibles, “porque durante su vigencia la administración debe hacer uso de él para llenar las vacantes que originaron el llamamiento a concurso”. Por su parte, el segundo objetivo supone la existencia de una limitación para la entidad convocante, por virtud de la cual “no podrá realizar concursos para proveer las plazas a las que [estos se] refiere[n], hasta tanto no se agoten las vacantes que fueron ofertadas, de forma que se satisfagan no solo los derechos subjetivos de quienes hacen parte de este acto administrativo[,] sino principios esenciales de la organización estatal como el mérito para ocupar cargos públicos”.

1. En cuarto lugar, el artículo 125 del texto superior exige convocar a concurso público cuando existan vacantes en cargos de carrera, con el propósito de cumplir con la regla de provisión por la vía del mérito. Sin embargo, dado el carácter transitorio de las listas y la regla de que la convocatoria debe precisar cuál es el número de cargos a proveer, es claro

que su uso debe limitarse específicamente a los cargos “convocados y no otros”, pues de ello depende, entre otras, el mandato de igualdad de oportunidades frente a quienes no participaron del concurso y el principio de imparcialidad de la administración. Bajo esta consideración, en el fallo en cita, se manifestó que:

“Es importante señalar, entonces, que la lista o registro de elegibles tiene dos cometidos, el primero, que se provean las vacantes, los encargos o las provisionalidades para las cuales se convocó el respectivo concurso y no para otros, porque ello implicaría el desconocimiento de una de las reglas específicas de aquel: el de las plazas a proveer. El segundo, que durante su vigencia, la administración haga uso de ese acto administrativo para ocupar solo las vacantes que se presenten en los cargos objeto de la convocatoria y no otros. Por tanto, no se puede afirmar que existe desconocimiento de derechos fundamentales ni de principios constitucionales cuando la autoridad correspondiente se abstiene de proveer con dicho acto empleos no ofertados. // ¿Qué significa esta última función de la lista o registro de elegibles? Nada diverso a que las entidades públicas en cumplimiento del artículo 125 de la Constitución Política están obligadas a proveer únicamente las vacantes que se presenten en la respectiva entidad y que correspondan estrictamente a los cargos ofertados, respetando siempre el orden de su conformación.

Cuando esta Corporación afirma que la lista o registro de elegibles tiene por vocación servir para que se provean las vacantes que se presenten durante su vigencia, se está refiriendo a los cargos objeto de la convocatoria y no a otros, pese a que estos últimos puedan tener la misma naturaleza e identidad de los ofrecidos. En otros términos, el acto administrativo en análisis tiene la finalidad de servir de soporte para la provisión de los empleos que fueron objeto de concurso y no de otros. En consecuencia, si en vigencia de la lista se presenta una vacante, ésta se podrá proveer con ella si la plaza vacante fue expresamente objeto de la convocatoria que le dio origen. Los cargos que se encuentren por fuera de ésta requerirán de un concurso nuevo para su provisión. // Fuerza concluir, entonces, que el uso del registro o lista de elegibles se impone sólo para proveer las vacantes y los cargos en provisionalidad que registre la entidad durante su vigencia, siempre y cuando se trate de las plazas

ofertadas en el respectivo concurso.” Énfasis conforme con el texto original.

1. En quinto lugar, la Corte precisó que esta conclusión no contradecía lo expuesto en la sentencia C-319 de 2010, sobre el deber de la administración de hacer uso del registro de elegibles cuando existan vacantes de la misma identidad de los cargos convocados, por cuanto en dicho fallo se analizó una norma especial que el Legislador previó, en ejercicio de su libertad de configuración, para establecer unas condiciones particulares en la aplicación de las listas de elegibles para el caso de la carrera especial de la Defensoría del Pueblo. Por consiguiente, y en relación con el alcance de estas últimas y las distintas alternativas que pueden existir respecto de su uso, este tribunal resaltó que “es potestad del Legislador señalar en la ley general de carrera o en las leyes de carrera especial que con el registro de elegibles se pueden proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos”. En este orden de ideas, aclaró que, aunque la FGN también tiene un régimen especial de carrera, para su ejecución no se consagró una norma igual o similar a la que fue analizada en el caso de la Defensoría, por lo que no existen supuestos de hecho iguales que exijan un mismo tratamiento jurídico.

1. En desarrollo de estas consideraciones, la Corte concluyó que no era posible utilizar el registro de elegibles en la FGN, para ocupar un número mayor de plazas de las que fueron convocadas, “[p]orque la lista de elegibles solo tiene la vocación de servir para la provisión de los empleos objeto de la convocatoria, en donde el número de éstos es una regla de forzosa observancia”, excepción hecha de los casos en que el Legislador “expresamente incluya una cláusula que admita su utilización para un número mayor de plazas ofertadas en el evento de vacantes en su vigencia”. En caso de proceder en sentido contrario, a juicio de este tribunal, se presentaría “una modificación e inobservancia de las pautas de las diversas convocatorias, hecho que la Sala no puede aceptar, porque se vulnerarían, entre otros, los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y el mandato del artículo 125 constitucional”. Finalmente, cabe señalar que, por fuera de este examen particular y según se explicó con anterioridad, ante la implementación inconclusa del régimen de carrera en la FGN, en esta providencia se ordenó que, en el término de seis meses contados a partir de la

notificación del citado fallo, se inicien “los trámites para convocar el concurso o concursos públicos necesarios para proveer todos y cada uno de los cargos de carrera que (...) son ejercidos en provisionalidad y los que se encuentran vacantes (...)”.

1. Por su relación con el asunto bajo examen, cabe referir en particular a lo resuelto en la sentencia C-319 de 2010. En dicha oportunidad, la norma objeto de pronunciamiento disponía que: “Artículo 145 de la Ley 201 de 1995. Lista de elegibles. La lista de elegibles se establecerá por resolución y de acuerdo con los resultados del concurso, tomando los candidatos aprobados y en riguroso orden de mérito. La lista de elegibles tendrá vigencia hasta de seis (6) meses y con las personas que figuren en ella se deberán proveer las vacantes que se presenten en los cargos para los cuales se conformó. También podrá utilizarse esta lista para proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación.”¹¹⁵

1. Bajo el amparo del amplio margen de configuración del Legislador, por una parte, la Corte concluyó que el uso de la lista de elegibles para proveer cargos de igual grado y denominación no vulneraba la Constitución, por cuanto (i) se nombraban personas que superaron un concurso de méritos para el mismo cargo, es decir, no se trataba de un mecanismo de ingreso automático a la función pública; (ii) la norma se aplicaba en supuestos muy puntuales, dado que la lista debe estar vigente (6 meses), a cuya expiración deberá hacerse un nuevo concurso; y (iii) “las dificultades presupuestales que [afectaban] a la Defensoría del Pueblo, y que le [impedían] realizar constantes concursos de méritos, a efectos de proveer las vacantes que se [presentaran] en los cargos de carrera administrativa, [justificaban] que el nominador [acudiera] a una lista de elegibles, debidamente conformada por ciudadanos que participaron en igualdad de condiciones, a efectos de proveer otro cargo de idéntico grado y denominación que [se encontraba] vacante, en vez de recurrir al expediente de la provisionalidad.”

1. Bajo estas consideraciones, si bien la Corte admitió que el ideal en un sistema de carrera

es que “cada vez que se presente una vacante en la administración pública”, se abra “un concurso de méritos y [se surta] el cargo únicamente con quienes participaron en el mismo”, tal conclusión terminaba lesionando la valoración concreta realizada por el Legislador para el caso de la carrera especial de la Defensoría, sobre todo por las dificultadas presupuestales que aquejaban a dicha entidad y que conducía “a la imposibilidad de realizar concursos públicos con la necesaria regularidad”¹¹⁶. En todo caso, este tribunal decidió condicionar el alcance de la palabra “podrá” contenida en la norma estudiada, “en el entendido de que cuando se trate de proveer una vacante de grado igual, correspondiente a la misma denominación, el empleo de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador”, por cuanto no se trata de una potestad de la que se pueda disponer, al tener como objeto, en este caso, la finalidad de “(...) hacer más eficiente el uso del talento humano y de los recursos públicos”.

1. Aunado a lo anterior, y por otra parte, este tribunal consideró que la expresión “o inferior”, para proveer cargos en carrera de manera definitiva, sí vulneraba el artículo 125 superior, pues afectaba la expectativa válida que tenían los ciudadanos de presentarse a un concurso de méritos en la Defensoría del Pueblo, toda vez que las personas que decidían no postularse a una convocatoria por no cumplir con los requisitos para un cargo, gozaban de la alternativa de aspirar para ingresar a la función pública, al momento en que se abrieran los concursos para cargos de inferior grado, posibilidad que desaparecía con la norma legal demandada. En este sentido, se explicó que: “Tal expectativa válida se verá frustrada si el nominador, en vez de convocar a un nuevo concurso de méritos, debe recurrir a una lista de elegibles, ya conformada pero para otros cargos. Este estado de cosas conduce, en la práctica, a que un grupo de ciudadanos no puedan entrar a competir por ocupar determinados cargos en la Defensoría del Pueblo, por cuanto las vacantes a las que podrían aspirar siempre serán ocupadas por personas que concursaron para ocupar cargos de grado superior, pero que por necesidad aceptan ser nombrados en grados inferiores. Tal situación desconoce abiertamente el principio de igualdad de oportunidades, que inspira la redacción del artículo 125 superior.”¹¹⁷

1. La introducción en el sistema general de carrera de la Ley 1960 de 2016 (art. 6). Con posterioridad a lo expuesto, el Congreso de la República expidió la Ley 1960 de 2019¹¹⁸, que introdujo cambios en el sistema general de carrera frente al uso de las listas de elegibles. Así, el artículo 6 de la citada ley modificó el artículo 31.4 de la Ley 909 de 2004 (ya citado al comienzo de este acápite), en el sentido de establecer que con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no solo las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también aquellas “vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad”¹¹⁹.

1. Sobre esta norma, la Corte se ha pronunciado en el ámbito de la acción de tutela. Así, en la sentencia T-340 de 2020, este tribunal tuvo que analizar si se presentaba una violación de los derechos del accionante al trabajo y al acceso a los cargos públicos, como consecuencia de la decisión del ICBF, de no acudir a la lista de elegibles contenida en un acto administrativo de 2018, para ocupar una vacante que se generó con posterioridad a la Convocatoria No. 433 de 2016, realizada por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Esta corporación reiteró que el Legislador, en su margen de configuración, ha optado por previsiones distintas en el uso de la lista de elegibles y, en casos concretos, ha permitido su aplicación para vacantes de igual grado y denominación que no hayan sido objeto de convocatoria, como lo estableció en la sentencia C-319 de 2010, respecto de la carrera especial de la Defensoría del Pueblo.

1. De otra parte, se pronunció sobre la aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 y precisó que dicho cambio normativo “regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley”. Así, la Corte concluyó que, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley, respecto del uso de la lista de elegibles, “hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de

elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente”. (subrayado fuera de texto).

1. En todo caso, y en el ámbito de lo dispuesto por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, esta corporación precisó que el uso de la lista de elegibles se predica respecto de las vacantes que surjan con posterioridad, y no que sean preexistentes, por lo que no se entiende afectado el deber de las entidades de recurrir a los concursos para llenar las vacantes definitivas. En la medida que en el caso concreto se cumplían con las condiciones previstas para la aplicación de la citada norma, dado el uso retrospectivo de su contenido normativo, se decidió confirmar el amparo a los derechos invocados que había sido dispuesto por el juez de instancia y ratificar la obligación de proceder con el nombramiento de la accionante en carrera¹²⁰.

1. Con posterioridad, en la sentencia T-081 de 2021, la Corte estudió varias acciones de tutela en las que se pretendían que las listas de elegibles fueran utilizadas para proveer cargos nuevos creados en el ICBF por el Decreto 1479 de 2017, en virtud de la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019. Esta corporación precisó que dicha ley extendió la regla para la utilización de las listas de elegibles frente a las vacantes definitivas no convocadas de cargos equivalentes que surgieran con posterioridad a la realización del concurso y, a partir de la sentencia T-340 de 2020, “se admitió la aplicación retrospectiva de esta nueva disposición normativa para las listas de elegibles que estuviesen en firme al momento de su entrada en vigor (27 de junio de 2019), siempre que se comprobara que se encontraba vigente”.

1. Frente a los casos concretos, este tribunal advirtió que, al analizar este tipo de controversias, “los jueces de tutela tienen la carga de revisar si, en el marco de la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019, la[s] listas de elegibles en firme, al momento de su entrada en vigor[,] para que sean usadas en vacancias definitivas de cargos equivalentes no convocados, realmente se trata de un empleo que cumple con todas las características que han sido determinadas por la CNSC para tal efecto. De no hacerlo y ordenar el nombramiento a una persona con funciones esencialmente diferentes al cargo inicial por el que se concursó, puede resultar, como se mencionó, un sacrificio del principio constitucional del mérito. En efecto, no se cumpliría con una de las finalidades transversales de esta garantía superior como lo es contar con una planta de personal idónea y capacitada que presta sus servicios con experiencia y conocimiento en pro de los intereses generales”. Bajo esta consideración, se negaron los amparos propuestos, pues a diferencia del caso estudiado en la sentencia T-340 de 2020, los cargos en los que aspiraban a ser nombrados los accionantes no podían ser considerados equivalentes a los inicialmente ofertados, por lo cual no resultaba aplicable el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.

1. Finalmente, en la sentencia C-331 de 2022, la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de distintas disposiciones del Decreto Ley 071 de 2020, en el ámbito del sistema específico de carrera de la DIAN. Una de ellas relativa al uso de la lista de elegibles para proveer vacantes de empleos ofertados como consecuencia del retiro del servicio del titular (artículo 34)¹²¹. De acuerdo con la demanda, la palabra “podrá” contenida en la citada norma vulneraba el principio del mérito en la provisión de empleos públicos, porque facultaba al nominador a proveer vacantes sin seguir el orden de la lista de elegibles, es decir, a partir de “un criterio radicado en el libre y subjetivo parecer del nominador que puede saltarse, en el momento que él lo determine, el mérito de los ganadores del concurso”.

1. Luego de integrar la unidad normativa con la totalidad del artículo demandado y de plantear el problema jurídico¹²², este tribunal resaltó el carácter vinculante de la lista de elegibles en el nombramiento por concurso de méritos y señaló que, con ocasión de la reforma introducida por la Ley 1960 de 2019, “(...) el Legislador varió parcialmente la regla de utilización de la lista de elegibles que antes traía la Ley 909 de 2004[,] (...) [en la que se]

estipulaba que ese registro solo debía usarse en la provisión de las vacantes ‘para las cuales se efectuó el concurso’, [con la nueva regla que] (...) estatuye que con dicha lista también se [puede] proveer las vacantes definitivas de cargos equivalentes a los que salieron a concurso, aunque no hayan sido convocados, y que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad.” En este fallo se resalta que esta regla fue aplicada por la Corte en las sentencias T-340 de 2020 y T-081 de 2021, en el ámbito del sistema general de carrera, siempre que se trate de cubrir “(...) nuevas vacantes definitivas que se produzcan con posterioridad a la convocatoria del concurso y que correspondan al ‘mismo empleo’ que fue ofertado en términos de denominación, grado, código, funciones, propósitos y asignación básica”.

1. De otra parte, indicó que, en el marco de los sistemas especiales de carrera, la Corte “ha reconocido que el Legislador puede estipular que la lista de elegibles se use para proveer cargos diferentes a los ofertados en la convocatoria del concurso, siempre que ambos tipos de empleos compartan la misma naturaleza, perfil y denominación”¹²³, siguiendo para ello los argumentos señalados por esta corporación en las citadas sentencias SU-446 de 2011 y C-319 de 2010. En todo caso, y sin perjuicio del esquema o categoría de carrera, resaltó que la obligatoriedad de la lista de elegibles proviene esencialmente de los derechos de los concursantes.

1. Con base en el cargo formulado, este tribunal declaró la inexecutable de las expresiones “siempre y cuando la convocatoria así lo prevea” y “podrá”, contenidas en el inciso 2° del artículo 34 del Decreto Ley 071 de 2020, luego de concluir que vulneraban el principio del mérito establecido en el artículo 125 de la Constitución¹²⁴. De otra parte, entendió que de la Carta surge la obligación del nominador de respetar el orden descendiente establecido en la lista de elegibles para proveer las vacantes sobrevinientes de los empleos ofertados, por lo que, en aras de evitar un vacío normativo que afectara la coherencia sistémica de la norma, se decidió sustituir la palabra “podrá” por “deberá”. Por ende, en el ámbito de los concursos de la DIAN, el precepto demandado quedaría entonces con el siguiente tenor literal: “La lista de elegibles deberá ser utilizada en estricto orden descendente para proveer única y

exclusivamente las vacantes que pudieren presentarse en los empleos que fueron ofertados como consecuencia del retiro del servicio del titular”¹²⁵.

A. EL DERECHO DE ACCESO AL DESEMPEÑO DE CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS¹²⁶

1. El artículo 40 de la Constitución establece que “todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (...)”. Como se infiere de la norma transcrita, la posibilidad de acceder a cargos públicos es un derecho fundamental de aplicación inmediata que tiene como fundamento el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, en igualdad de condiciones y con base en parámetros objetivos¹²⁷. Este derecho comprende una fase de protección que se concreta en el acceso a los cargos y funciones públicas, y que cubre a las personas que no han ingresado al servicio del Estado.

1. Este primer ámbito de protección se aplica, como lo ha expuesto la Corte, “(...) a los cargos que se proveen por el sistema de carrera administrativa e implica, [por excelencia], que todos los ciudadanos que cumplen los requisitos previstos en [una] convocatoria pued[en] participar en los concursos sin discriminación alguna, y [deben recibir] igual tratamiento durante su desarrollo”¹²⁸. Particularmente, al referirse a esta modalidad de salvaguarda constitucional, este tribunal ha resaltado que “(...) consiste en la posibilidad que tienen los ciudadanos de presentarse a concursar para proveer dichos cargos, una vez se hayan cumplido los requisitos previstos en la convocatoria para postularse.”¹²⁹ De ahí que exista un fuerte vínculo entre este derecho con el mandato de igualdad y con la libre concurrencia, razón por la cual se proscribe “(...) cualquier acto arbitrario del Estado fundado en criterios discriminatorios o desproporcionados que impidan la participación del ciudadano en estos certámenes”¹³⁰.

1. En todo caso, este derecho envuelve un segundo ámbito de protección, que se concreta en la posibilidad de amparar únicamente el desempeño en el empleo o cargo público, lo que cobija a la persona que cumple con los requisitos para acceder al cargo, o que efectivamente ya lo está desempeñando. A juicio de esta corporación, esta dimensión se aplica, por lo general, a todo tipo de cargos y garantiza que las personas que han sido nombradas o elegidas, una vez cumplan los requisitos del empleo, puedan tomar posesión de él. A ello se agrega la tutela que se brinda a quien ya se encuentra ejerciendo la función pública, ámbito en el que la Carta asegura que el ciudadano no sea desvinculado del cargo sin motivo constitucional o legal que lo justifique, o que se le impida la ejecución de sus atribuciones de manera arbitraria.

1. En este orden de ideas, el ámbito de protección del derecho de acceso a cargos y funciones públicas comprende, al menos, cuatro dimensiones¹³¹: (i) el derecho a posesionarse, el cual aplica frente a las personas que han cumplido con los requisitos establecidos en la Constitución y en la ley para acceder al cargo, de acuerdo con las reglas de cada convocatoria y según los usos que se dispongan en la ley respecto a cada lista de elegibles, en caso de resultar aplicables; (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para tomar posesión de un cargo, diferentes a las establecidas en el concurso de méritos o en la ley; (iii) la facultad de elegir, de entre las opciones disponibles, aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos; y (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima a quien ocupa el cargo público.

1. La Corte también ha señalado que el derecho a acceder a cargos públicos no es absoluto, pues está sujeto a límites cuyo origen deviene del cumplimiento de requisitos constitucionales y legales¹³². Por ello, “(...) quienes pretendan acceder al desempeño de funciones públicas deben someterse [a la observancia] de ciertas reglas y exigencias que procuran la realización del interés general y garantizan [la efectividad] de los principios de la función pública dispuestos en el artículo 209 de la Constitución”¹³³. Asimismo, y en línea con lo señalado en esta sentencia, se ha precisado que el artículo 125 superior establece que

el principio constitucional del mérito opera como el mandato por excelencia para el acceso a cargos públicos¹³⁴.

1. De otra parte, el artículo 150.23 de la Constitución señala que el Legislador está facultado para expedir las leyes que rigen el ejercicio de las funciones públicas, lo que se traduce en la posibilidad de establecer requisitos de acceso y permanencia en los cargos públicos¹³⁵. Este precepto, a su vez, se complementa con lo dispuesto en el artículo 125 de la Carta, en el que se otorga al Congreso una amplia potestad de configuración en la materia, al consagrar que “[e]l ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar el mérito y las calidades de los aspirantes”¹³⁶. En este sentido, y a partir de lo regulado en ambas disposiciones, se ha resaltado que los requisitos o limitaciones para acceder a cargos públicos tienen diversas manifestaciones y se materializan a través de distintas instituciones, tales como las condiciones mínimas para el ejercicio (que incluyen la capacidad técnica o profesional del aspirante, los aspectos relacionados con las calidades personales y la idoneidad moral), las prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades, conflictos de intereses, medidas disciplinarias y el concurso de méritos¹³⁷.

1. Por otro lado, la Corte ha señalado que la protección, el respeto y el desarrollo por parte del Estado del derecho a acceder a cargos públicos implica un examen distinto, según el momento en el que se presenta su ejercicio¹³⁸. Así, “por una parte, en el nivel abstracto (propio de los juicios de control de constitucionalidad), el debate gravita sobre las restricciones, las limitaciones o las condiciones de ingreso al ejercicio de la función pública y la verificación del cumplimiento de los requisitos de proporcionalidad, de razonabilidad y del respeto por su núcleo esencial. Por otra parte, cuando se está en el escenario de la acción de tutela, lo que se pretende establecer es si a una persona le ha sido desconocida la posibilidad de acceder a un cargo público (...)”¹³⁹.

1. Por último, esta corporación ha resaltado que las limitaciones que en ejercicio de la amplia

facultad de configuración establezca el Legislador a este derecho fundamental deben ser razonables y proporcionadas¹⁴⁰, por lo que cabe examinar su impacto a partir de los fines del Estado (CP art. 2), del objetivo que justifica cada medida y de los principios que rigen la función pública. Por lo demás, también se ha precisado que, en el ámbito específico de los cargos de carrera, el Legislador tiene competencia para diseñar requisitos relacionados con el mérito¹⁴¹. Así, y en línea con lo señalado en esta sentencia, la Corte ha entendido que “el mérito no se agota en la capacidad técnica o profesional del aspirante, sino que incluye aspectos relacionados con las calidades personales y la idoneidad moral. Estos requisitos, sin embargo, no permiten la utilización de criterios subjetivos como el clientelismo o el nepotismo, así como tampoco permiten el diseño de requisitos sustentados en criterios discriminatorios como la raza, sexo, el género, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión u la opinión filosófica o política, entre otros”¹⁴².

A. EXAMEN DEL CASO CONCRETO

1. En el caso bajo examen, conforme se planteó al momento de formular el problema jurídico, le corresponde a la Corte decidir si el inciso 3° del artículo 35 del Decreto Ley 20 de 2014, al establecer que las listas de elegibles resultantes de los procesos de selección adelantados por la Fiscalía General de la Nación solo podrán ser usadas para proveer las vacantes definitivas que se generen en los empleos inicialmente provistos por los concursos, y no para suplir vacantes preexistentes de los empleos ofertados pero que no fueron convocados, resulta contrario al derecho de acceso al desempeño de cargos y funciones públicas y al principio fundamental del mérito para el ingreso a empleos de carrera en la citada institución, según lo dispuesto en los artículos 40.7 y 125 del texto superior.

1. En concreto, para el actor, la limitación que se consagra en la norma acusada resulta desproporcionada e irrazonable, al no permitir que las listas de elegibles puedan ser utilizadas para ocupar la totalidad de vacantes que existan en los mismos empleos ofertados, así ellos no hayan sido incluidos en las convocatorias. Dicha restricción supone un

desconocimiento del derecho de acceso al desempeño de cargos y funciones públicas (CP art. 40.7), dado que (i) el alcance restringido de las listas de elegibles desalienta la oferta de vacantes definitivas, lo que se constata en la práctica con la Convocatoria No. 01 de 2021 de la FGN, en la que se ofrecieron solamente 500 empleos, cuando existen más de 17.000 cargos vacantes para proveer; (ii) prioriza el arbitrio institucional, ya que se permite ofertar un número simbólico de empleos, manteniendo la provisionalidad como esquema de ingreso a la función pública; e (iii) impone a las personas el deber de resignarse a las vacantes estrictamente ofertadas, a pesar de que existan otras más para cubrir, estando en una lista de elegibles en la que ya verificó objetivamente el mérito, frente a un cargo preexistente del mismo empleo ofertado.

1. Por lo demás, también se vulnera el principio fundamental del mérito (CP art. 125), en la medida en que la limitación existente “(...) estimula la provisionalidad como regla general por encima de la titularidad definitiva por carrera administrativa, pues, aunque la Fiscalía General de la Nación tenga certeza de la preexistencia de un número determinado (y mayor) de vacantes por cubrir, optará por continuar realizando convocatorias en donde el número de vacantes ofrecidas sea simbólica al margen de que el número de integrantes de las listas de elegibles que se compongan puedan solventar en buena medida las faltas definitivas que preexistan en la entidad, bajo el escudo de que las reglas de la convocatoria son inamovibles”¹⁴³.

1. Por el conjunto de razones expuestas, el actor propone que el inciso 3° del artículo 35 del Decreto Ley 20 de 2014 sea declarado exequible de forma condicionada, en el entendido de que “las listas de elegibles que se conformen como resultado del proceso de selección deben ser utilizadas también para proveer las vacantes preexistentes de los empleos ofertados hasta que se agoten y en consideración a su vigencia”¹⁴⁴.

1. En resumen, las intervenciones que solicitan declarar la exequibilidad del precepto legal demandado, entre otras, exponen los siguientes argumentos: (i) no se vulnera ninguno de los

preceptos invocados, toda vez que los aspirantes a ocupar empleos en la Fiscalía conocían de antemano el número de cargos a proveer en cada convocatoria; (ii) existe una planeación para realizar los concursos de manera gradual, a partir de los recursos autorizados por el Ministerio de Hacienda; (iii) el alcance de las listas de elegibles depende del amplio margen de configuración del Legislador, siendo la opción escogida una alternativa posible; (iv) una decisión como la que propone el accionante generaría una antinomia jurisprudencial frente a lo resuelto en la sentencia SU-446 de 2011; y (v) la aplicación de la lista de elegibles en los términos reclamados afectaría la memoria institucional de la FGN y la continuidad del servicio de justicia, ya que el ingreso a un cargo demanda una curva de aprendizaje en el quehacer institucional.

1. Adicionalmente, se manifiesta que (vi) la Ley 1960 de 2019 no aplica en el sistema especial de carrera de la Fiscalía, pues con lo previsto en la norma acusada se descarta la existencia de un vacío normativo en la materia, que obligue a recurrir de forma supletoria a la regulación propia del sistema general de carrera; (vii) una eventual declaratoria de inexequibilidad desconocería los derechos a la igualdad, a la buena fe, a la confianza legítima, al trabajo, a la estabilidad precaria y al mínimo vital de los funcionarios provisionales o en encargo, que hayan decidido no aspirar a las anteriores y actuales convocatorias, con la expectativa legítima de participar en procesos de selección posteriores, ya sea que correspondan a los cargos que actualmente ocupan o a aquellos que se ajustan a su mérito; y, finalmente, (viii) la FGN ya adelantó las gestiones presupuestales y de planeación para efectuar los concursos restantes que permitan materializar integralmente el régimen de carrera, por lo que, en caso de acogerse la pretensión del demandante, se desconocerían los compromisos asumidos y se generaría un impacto fiscal no cuantificado.

1. Para quienes acompañan la solicitud del accionante, (a) la norma vigente solo beneficia a los provisionales y restringe el derecho al trabajo de los aspirantes que superaron con éxito las etapas del concurso. Además, (b) si se accede a la pretensión del actor, se ahorraría el alto costo de realizar nuevos procesos de selección, en términos acordes con los principios de

economía, eficacia y eficiencia de la función pública previstos en el artículo 209 del texto superior. A lo anterior (c) se agrega que la memoria institucional y la continuidad del servicio de justicia no justifican la gradualidad de las convocatorias, pues se han realizado concursos en otras entidades para proveer la totalidad de los empleos disponibles y ello no ha afectado su labor funcional. De manera adicional, se afirma que, con la expedición de la Ley 1960 de 2019, (d) el Legislador se autolimitó en el alcance de las listas de elegibles, cuya existencia debe servir de principio general de aplicación extensiva en otro tipo de carreras¹⁴⁵.

1. Por último, para quienes la norma debe ser expulsada del ordenamiento jurídico, su rigor normativo es contrario al artículo 125 superior, ya que permite la continuidad de los provisionales y desconoce los derechos de acceso a cargos públicos, trabajo y debido proceso de los aspirantes. También se señala que se vulnera el derecho a la igualdad, ya que en otros regímenes de carrera sí se permite el uso de las listas de elegibles, en los términos en que se plantea por el actor. A ello se añade que los concursos sucesivos suponen un gasto injustificado para el Estado y que, en caso de mantenerse la norma demandada, se impediría la plena vigencia del sistema meritocrático.

1. La Procuradora General de la Nación pide declarar la exequibilidad de la norma demandada, al considerar que no es contraria a los artículos 40.7 y 125 del texto superior, en tanto supera un juicio de proporcionalidad de intensidad intermedia. En primer lugar, persigue una finalidad importante, pues busca que los procesos de selección de personal en la FGN no afecten la continuidad del servicio público de administración de justicia. En segundo lugar, la medida es conducente para alcanzar el fin propuesto, en tanto el uso restringido de las listas de elegibles asegura que los cambios de personal, derivados de concursos de méritos, respondan a criterios de planeación y no ocasionen modificaciones abruptas en la gestión de las causas a cargo de la Fiscalía.

1. En tercer lugar, la norma que se cuestiona no es evidentemente desproporcionada, ya que pondera los principios y bienes en tensión. Por una parte, materializa el ejercicio legítimo de

la función legislativa en la ordenación de los sistemas de carrera. Y, por otra, no afecta el derecho de acceso a cargos públicos ni el principio del mérito, toda vez que la provisión parcial de las vacantes es una situación temporal, pues la FGN está obligada a adelantar procesos de selección para suplir todas las plazas disponibles, en un plazo razonable, sin perjuicio de los controles que, por vía judicial, ha venido adelantando la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, circunstancia que escapa al juicio abstracto de constitucionalidad.

El alcance del precepto legal demandado y el contexto en el que se introduce

1. La expresión demandada hace parte del Decreto Ley 20 de 2014, en el que se establecen las reglas aplicables al régimen especial de carrera de la FGN, en desarrollo de lo previsto en el artículo 253 de la Constitución Política. Este sistema, como ya se mencionó, busca garantizar la igualdad de oportunidades para acceder a los empleos de carrera de la citada entidad, previa demostración del mérito, el cual se consagra asimismo como principio que orienta los procesos de selección (art. 3146), vinculándolo con la acreditación de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los cargos.

1. La administración de la carrera especial corresponde a la Comisión de Carrera Especial de la FGN (art. 4). En general, para efectos de ocupar los distintos empleos que existen en la mencionada entidad, se admiten cuatro clases de nombramiento: ordinario, en período de prueba, provisional o en encargo¹⁴⁷. Según las cifras que ya fueron expuestas, en la Fiscalía actualmente existen 24.749 empleos, de ellos 24.530 son de carrera (99,11%), se cuenta con 19.720 vacantes definitivas (80.39% de los cargos de carrera), estando ocupados 17.101 por empleados en provisionalidad y 722 por empleados en encargo (lo que corresponde al 69.71% y 2,9% de los cargos de carrera, respectivamente). En total están inscritos con derecho de carrera 4.810 servidores, lo cual asciende al 19.60% del total de los cargos sujetos a dicho sistema de provisión.

1. Para lograr el ingreso y el ascenso dentro del sistema de carrera especial de la FGN, se exige adelantar concursos o procesos de selección (arts. 12 y 13), “en los cuales podrán participar todas las personas que acrediten los requisitos y condiciones requeridos para el desempeño de los empleos, sin ningún tipo de discriminación” (art. 23). Las etapas que deben comprender estos concursos son las siguientes: (i) convocatoria; (ii) inscripciones; (iii) verificación del cumplimiento de requisitos mínimos para el desempeño del cargo; (iv) publicación de la lista de admitidos; (v) aplicación de pruebas de selección; (vi) conformación de la lista de elegibles; (viii) estudio de seguridad y (ix) período de prueba (art. 27).

1. Sin pretender referir a cada una de ellas, y limitándose a las etapas que mayor repercusión tienen para resolver este caso, este tribunal destaca la convocatoria, al definirse como la “norma que regula el proceso de selección, obliga a la entidad convocante, a las instituciones contratadas para apoyar la realización del concurso y a los participantes”. En ella, entre otras, se debe consignar la “[i]dentificación del empleo a proveer: i) denominación, ii) código, iii) asignación básica, iv) número de plazas a proveer, v) ubicación del empleo, vi) funciones, vii) requisitos de estudios, de experiencia y competencias laborales, cuando estas hayan sido establecidas” (art. 28).

1. En línea con lo señalado en esta providencia, se dispone que las listas de elegibles se deberán conformar con base en los resultados de los concursos, “(...) en estricto orden de mérito y con los aspirantes que superen las pruebas en los términos indicados en la convocatoria” (art. 35). Antes de proceder con la provisión de los cargos, se tiene que realizar un estudio de seguridad, de cuyo resultado depende la conveniencia o no del ingreso de la persona a la entidad¹⁴⁸. En firme la lista de elegibles, se realizará el nombramiento del aspirante en período de prueba en el empleo objeto de concurso, “(...) en el cual el servidor deberá demostrar su capacidad de adaptación al cargo, su eficiencia, competencia, habilidades y aptitudes en el desempeño de las funciones. El período de prueba deberá iniciarse con la inducción en el puesto, en los términos adoptados por la Fiscalía General de la Nación” (art. 40). Este período tiene una duración de seis meses y si el empleado obtiene una evaluación satisfactoria adquiere los derechos de carrera, en caso contrario, “deberá ser

declarado insubsistente” (art. 41).

1. Como ya se explicó en el presente fallo, a pesar de la implementación inconclusa del sistema de carrera especial de la FGN, lo cierto es que existe un mandato imperativo para su consolidación definitiva previsto en el artículo 118 del decreto en mención. Esta norma exige convocar a concurso todos los cargos que se encuentren vacantes definitivamente o que estén provistos mediante nombramiento provisional o en encargo. La vacancia definitiva se define, a su vez, como aquella que es producto del retiro del servicio del titular del cargo por cualquiera de las causales establecidas en la Constitución o la ley, o cuando se crea un empleo por efecto de la modificación de la planta de personal (art. 10).

1. Por lo demás, el artículo 118 dispone que los concursos deberán realizarse de manera gradual y en distintos tiempos, para garantizar la continuidad del servicio y su no afectación, “teniendo en cuenta las plantas globales a las cuales pertenezcan los empleos a proveer”.

1. Dentro de este esquema normativo se introduce la norma acusada, para cuya interpretación debe tenerse en cuenta lo previsto en su inciso 2, conforme con el cual: “La provisión definitiva de los empleos convocados se efectuará en estricto orden descendente, una vez se encuentre en firme la lista de elegibles y después de adelantarse el estudio de seguridad de que trata el presente decreto-ley.” Allí, en seguida, la disposición demandada establece que: “Una vez los empleos hayan sido provistos en período de prueba, las listas de elegibles resultantes del proceso de selección solo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración de alguna de las causales de retiro del servicio para su titular”. Luego de lo cual la norma concluye señalando que: “(...) las listas de elegibles tendrán una vigencia de dos (2) años”.

1. Como se deriva de lo anterior, el artículo 35 del Decreto Ley 20 de 2014 permite el uso de

las listas de elegibles dentro de las convocatorias adelantadas por la FGN, en dos hipótesis: (i) para la provisión definitiva de los cargos que fueron sometidos a concurso, en estricto orden descendente, a partir de los resultados del proceso de selección; y (ii) para proveer, de manera específica, las vacantes definitivas que se generen en los mismos empleos que fueron inicialmente provistos con lista, a partir de la configuración de alguna de las causales de retiro del servicio para su titular. En este sentido, es claro que se excluye su uso para cargos diferentes a los convocados. Por tal motivo, y en virtud de las razones que se exponen, es que el actor pide su extensión para “(...) proveer las vacantes preexistentes de los empleos ofertados hasta que se agoten y en consideración” a la vigencia de la lista de elegibles, lo que incluye tanto los empleos con vacancia definitiva como aquellos actualmente ocupados por provisionales y en encargo.

1. Nótese, por lo demás, que el accionante no cuestiona la provisión definitiva de los cargos, a partir del número de empleos ofertados y de los resultados del proceso de selección, sino exclusivamente su aplicación específica para las vacantes definitivas que se generen, durante la vigencia de la lista, en esos mismos empleos, por situaciones administrativas que impliquen el retiro del servidor inicialmente designado. Para el demandante, si bien esta última decisión, en principio, se ajusta al margen de configuración del Legislador, para que ella resulte totalmente ajustada a la Carta (CP art. 40.7 y 125), se debería igualmente incluir la obligación de tener que recurrir a la lista para proveer las vacantes definitivas preexistentes en la FGN que no fueron ofertadas por arbitrio institucional, solo así se garantiza el derecho de acceso a la función pública de los aspirantes y se realiza el principio del mérito, toda vez que se podrá superar el estado de provisionalidad en el que se encuentra la mayoría de la entidad. Ello supone que la lista de elegibles necesariamente debe estar integrada por un número mayor de aspirantes al de cargos que se identificaron como plazas a proveer en la convocatoria.

1. Finalmente, como se advierte por varios de los intervinientes, la norma que se acusa se remonta a lo resuelto por este tribunal en la sentencia SU-446 de 2011, en donde la Corte concluyó que, en el régimen de carrera especial de la FGN, no es posible la utilización de las

listas de elegibles para ocupar un número mayor de plazas de las que fueron convocadas, entre otras, para garantizar las reglas del concurso.

1. Como se ha mencionado, el accionante alega el desconocimiento de los artículos 40.7 y 125 de la Constitución, por parte del inciso 3° del artículo 35 del Decreto Ley 20 de 2014. En el primero de ellos, se consagra el derecho de acceso al desempeño de cargos y funciones públicas, al señalar que: “(...) [t]odo 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 (...)”. Por su parte, en la segunda de las disposiciones en mención, se establece el principio fundamental del mérito como garantía para el desarrollo de la carrera administrativa, para lo cual se establece el deber de realizar concursos públicos, a la vez que se consagra el mandato de que “[e]l ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”.

1. Por lo demás, el examen que se debe adelantar en este caso supone tener en cuenta que la FGN tiene un régimen especial de carrera de origen constitucional, como lo dispone el artículo 253 superior, al indicar que “[l]a 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 (...)”.

1. La Corte ha empleado el juicio de proporcionalidad como herramienta metodológica para estudiar la constitucionalidad de medidas legislativas¹⁴⁹, técnica a la que se debe recurrir en este caso, en la medida en que el actor propone que la violación a los mandatos constitucionales que por él se invocan, se deriva del carácter desproporcionado e irrazonable del precepto demandado, al no permitir que las listas de elegibles puedan ser utilizadas para ocupar la totalidad de vacantes que existan en los mismos empleos ofertados, así ellos no

hayan sido incluidos en las convocatorias.

1. A través de este juicio se indaga por tres aspectos: (i) el fin que se busca con la medida; (ii) el medio que se emplea; y (iii) la relación medio – fin¹⁵⁰, para lo cual se recurre a distintas intensidades (leve, intermedio y estricto) que inciden en su desarrollo. Según jurisprudencia reiterada de la Corte, en el nivel de intensidad leve debe examinarse que la finalidad y el medio sean legítimos, esto es, que no estén prohibidos por la Constitución, y que el medio sea idóneo o adecuado para alcanzar dicho fin¹⁵¹. En el nivel de intensidad intermedia, se valora que el objetivo de la norma sometida a examen sea legítimo e importante y que el medio utilizado, además de no estar prohibido, sea efectivamente conducente para lograr la finalidad propuesta. En esta categoría se incluye, por lo demás, el deber de determinar que la medida adoptada no sea evidentemente desproporcionada¹⁵². Por último, en el nivel de intensidad estricto se exige verificar que el fin sea legítimo, importante e imperioso y que el medio, más allá de ser legítimo, adecuado y conducente, también sea necesario o menos gravoso para la consecución del fin¹⁵³. A lo que se agrega, como última etapa de valoración, la carga de examinar y comprobar si la medida es proporcionada en sentido estricto¹⁵⁴.

1. En el asunto bajo examen, como lo propone la Procuraduría General de la Nación, el nivel apropiado de juicio es el intermedio. Para ello, y como se señaló en la sentencia C-102 de 2022, se descarta la posibilidad de recurrir al nivel estricto, ya que la norma acusada tiene 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 los mecanismos a través de los cuales se torna efectivo el mérito de los aspirantes para su ingreso, incluyendo el alcance que tendría la lista de elegibles¹⁵⁵. A ello que se agrega que no se advierten criterios sospechosos de discriminación en el precepto impugnado y, menos aún, que se vulnere la situación particular y concreta de sujetos vulnerables o grupos marginados. A lo anterior se añade que no cabe aplicar el nivel leve, pues la referida potestad de autonomía legislativa se disminuye en razón de los límites sustantivos que se derivan del propio texto superior, conforme con los cuales, según se señaló en esta

providencia, toda medida legislativa que se adopte respecto del régimen de carrera (así sea en los esquemas especiales de rango constitucional) debe inscribirse en la lógica de realizar los fines del Estado (CP art. 1°); de asegurar la efectividad de los derechos de participación de los ciudadanos (CP art. 2°) y, en concreto, el derecho de acceso a la función pública (CP art. 40.7); y de garantizar los principios propios del sistema de carrera (como ocurre con el mérito) y de aquellos que rigen el desenvolvimiento de la función pública (CP art. 209).

1. Definida entonces la intensidad del test, le corresponde a la Sala Plena de la Corte examinar que (i) el fin de la norma acusada sea legítimo y constitucionalmente importante; (ii) que el medio utilizado sea efectivamente conducente para alcanzar dicho propósito; y que (iii) la medida no sea evidentemente desproporcionada¹⁵⁶.

1. La norma acusada cumple con una finalidad legítima y constitucionalmente importante. La definición del alcance de las listas de elegibles, como se advierte de las distintas sentencias que se han pronunciado sobre la materia y que han sido descritas en esta providencia¹⁵⁷, se somete a un amplio margen de configuración del Legislador. Desde esta perspectiva, (i) se advierten aquellas que solo permiten su uso para ocupar las plazas que fueron convocadas (el esquema original de la Ley 909 de 2004, art. 31.4); o que, aunado a lo anterior, (ii) extienden su exigibilidad a las vacantes definitivas que se produzcan en los mismos empleos inicialmente provistos por la lista, durante el tiempo de su vigencia, con ocasión de la aplicación de alguna de las causales de retiro del titular (el antiguo mandato del régimen general de carrera previsto en el Decreto 1227 de 2005, art. 7, par. 1° y también el caso de la DIAN, consagrado en el artículo 34 del Decreto Ley 071 de 2020¹⁵⁸); o (iii) que, igualmente, permiten ser utilizadas para proveer vacantes de igual grado y denominación que existan en la entidad (el caso de la Defensoría del Pueblo previsto en la Ley 201 de 1995, art. 145¹⁵⁹); o (iv) que, asimismo, autorizan recurrir a ellas para cubrir vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad (el nuevo esquema que se plantea, para el sistema general de carrera, en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2016).

1. Por esta razón, respecto de la consagración legal de estas alternativas, la Corte siempre ha mantenido una regla de deferencia hacia la actuación del Legislador, al tener en cuenta, entre otras razones, las particularidades de cada sistema de carrera; el número de cargos que están sometidos a ese esquema de provisión; la capacidad técnica, operativa y financiera para realizar concursos; las fuentes de financiación; la gradualidad en su desarrollo; y las funciones o atribuciones que se cumplen por parte de la entidad que debe realizar los procesos de selección respectivos. En este orden de ideas, se destaca como, en la sentencia SU-446 de 2011, esta corporación resaltó que frente a las distintas alternativas que pueden existir respecto de la utilización de las listas de elegibles, “es potestad del Legislador señalar en la ley general de carrera o en las leyes de carrera especial que con el registro de elegibles se pueden proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación”¹⁶⁰. Y, por su parte, en la sentencia C-331 de 2022, se indicó que, en el marco de los sistemas especiales de carrera, este tribunal “ha reconocido que el Legislador puede estipular que la lista de elegibles se use para proveer cargos diferentes a los ofertados en la convocatoria del concurso, siempre que ambos tipos de empleos compartan la misma naturaleza, perfil y denominación”¹⁶¹. No existe entonces un único esquema previsto en la Constitución respecto de la forma como se deben aplicar las listas de elegibles.

1. Las finalidades en las que se inscribe la norma demandada se encuentran en la necesidad de garantizar (i) la gradualidad en el acceso de las personas que harán parte del sistema de carrera; (ii) en la importancia de asegurar la adaptación al cargo, ya que el ingreso supone una curva de aprendizaje, en donde, por virtud del período de prueba, es preciso evaluar el desempeño laboral de la persona designada; y, además, (iii) el esquema progresivo de implementación, que surge de lo previsto en la disposición acusada, asegura igualmente que no se afecte la continuidad en la prestación de servicio de administrar justicia, en lo que refiere a las competencias propias de la Fiscalía General de la Nación (CP art. 250). Todas estas finalidades son legítimas y constitucionalmente importantes.

1. En primer lugar, la decisión del Legislador de limitar en la FGN la aplicación de las listas de

elegibles a la provisión definitiva de los cargos que fueron sometidos a concurso, y a las vacantes definitivas que se generen en los mismos empleos, a partir de la configuración de alguna de las causales de retiro del servicio para su titular, lo que hace es restringir la aplicación de dichas listas a la determinación de los cargos por proveer definidos en la convocatoria, sin que pueda extenderse a otro tipo de vacantes o empleos que no hayan sido expresamente incluidos dentro del concurso.

1. Esta limitación supone entonces que, a menos que se decida hacer una única convocatoria para ocupar todos los cargos de carrera dentro de la Fiscalía, la forma como se implementará este régimen de carrera especial, es por medio de un esquema gradual de convocatoria, en el que, de forma progresiva y sucesiva en el tiempo, se vayan ocupando las vacantes definitivas y los cargos que estén provistos mediante nombramiento provisional o en encargo. No permitir entonces que las listas se apliquen por fuera de los cargos convocados, necesariamente conduce a que cada vacante deba ser llamada a concurso, y de ahí que obligatoriamente se apele a un esquema de gradualidad en el acceso de las personas que harán parte del sistema de carrera especial. Lo anterior se confirma con lo previsto en el artículo 118 del Decreto Ley 20 de 2014, en el que, como se ha mencionado en esta providencia, se dispuso un término de tres años para convocar a concurso todos los cargos de carrera vacantes, ordenando, para ello, que se realicen procesos de selección de “manera gradual y en distintos tiempos, teniendo en cuenta las plantas globales a los cuales pertenezcan los empleos a proveer”.

1. La gradualidad en el ingreso a la carrera no es contraria a la Carta y, menos aún, desconoce los derechos de acceso a la función pública o el principio del mérito en el ingreso a la carrera (CP arts. 40.7 y 125), ya que se trata de un móvil legítimo que se sustenta en razones de planeación y organización, y que, por tal motivo, es igualmente importante, ya que permite verificar las necesidades del servicio y definir las habilidades, aptitudes y capacidades que se vayan requiriendo para la designación de los distintos cargos.

1. En segundo lugar, la convocatoria gradual a concurso, derivada del carácter restrictivo de las listas de elegibles, en los términos ya explicados, también asegura que la FGN pueda ir consolidando la adaptación de las personas designadas a los cargos, a través de esquemas de control, pues el ingreso a la función pública, por más de que se haya superado las pruebas de selección impuestas, supone una curva de aprendizaje, respecto de las labores puntuales que les corresponde cumplir a los funcionarios de dicha entidad, en términos de técnicas de investigación, reglas para adelantar registros o allanamientos, esquemas para asegurar la cadena de custodia, o formas de actuar dentro de las audiencias, etc.¹⁶² Por tal motivo, incluso se prevé el período de prueba dentro del régimen especial, para evaluar el desempeño laboral de la persona designada y, en caso de que no obtenga una evaluación satisfactoria, pueda ser declarada insubsistente.

1. La adaptación al cargo en nada resulta contraria a la Carta de 1991 y goza de suma importancia para no afectar el funcionamiento ordinario de la Fiscalía, cuando todavía quedan por cubrir el 80.39% de los cargos de carrera, cuya implementación instantánea o en mayor medida de aquella que haya sido prevista en la convocatoria, podría perturbar precisamente esas labores de seguimiento y control, necesarias para ir logrando una articulación funcional en la planta, en especial, dado su carácter global.

1. Y, en tercer lugar, el esquema progresivo de implementación, que surge de lo previsto en la disposición acusada, asegura igualmente que no se afecte la continuidad en la prestación de servicio de administrar justicia, en lo que refiere a las competencias propias de la Fiscalía General de la Nación (CP art. 250). En efecto, los procesos de selección sujetos a un desarrollo gradual y en distintos tiempos, evita que se presenten cambios masivos de servidores que puedan derivar en traumatismo en la gestión de las causas jurisdiccionales a cargo de la citada entidad, lo que resulta acorde con la Constitución, y goza de especial importancia en el escenario de la Fiscalía, dado que, como parte de la Rama Judicial (CP arts. 116 y 249), se encuentra sujeta al principio constitucional de continuidad (CP art. 228), el cual impone “la obligación de prestar el servicio en forma permanente y regular, sin interrupciones en el tiempo ni en el espacio”¹⁶³.

1. Por lo demás, y en la medida en que ello fue objeto de controversia en varias de las intervenciones, es preciso aclarar que en el régimen especial de carrera de la Fiscalía no resulta aplicable lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, pues dicha norma hace parte del sistema general de carrera, respecto de la cual el precepto legal demandado establece un esquema distinto de aplicación de las listas de elegibles, de suerte que no existe un vacío normativo que permita su utilización de forma supletoria, como lo indica el artículo 3° de la Ley 909 de 2004. Así las cosas, y como se expuso previamente en esta sentencia, una de las consecuencias de que exista un régimen especial de carrera de origen constitucional, es que puede regirse por sus propias autoridades y por sus propias normas, de acuerdo con los límites que establezca la Constitución.

1. El medio utilizado es efectivamente conducente para alcanzar los fines que emanan de la norma. En este punto, cabe señalar que la aplicación de las listas de elegibles a los cargos convocados, y a las vacantes definitivas que se produzcan en ellos durante su término de vigencia, siguiendo lo manifestado con anterioridad, lleva a que indudablemente se puedan obtener los fines que se buscan con la norma.

1. En este sentido, en cuanto a la gradualidad y a la adaptación en los cargos, como técnica de planeación y organización de los concursos, por cuanto la decisión de que para cada empleo vacante deba impulsarse un proceso de selección, conduce a que se le permita al nominador ir realizando las convocatorias respectivas, de manera progresiva y continua en el tiempo, para ajustarlas a las necesidades del servicio (en cuanto al número de plazas a proveer, la ubicación del empleo y las funciones a ejecutar¹⁶⁴), a la vez que se le autoriza ir ocupando progresivamente los cargos vacantes hasta que la entidad quede con un esquema de implementación de la carrera en un 100%, a través de un modelo de control y verificación, en el que, como se deriva de la existencia del período de prueba, se pueda asegurar que los distintos puestos que se vayan ocupando tengan en las personas designadas la idoneidad necesaria y, además, que ello pueda hacerse a través de una articulación funcional de la planta, que resulte acorde con su carácter global.

1. Por lo demás, en lo que refiere a la continuidad en el servicio, la decisión de limitar el uso de la lista de elegibles, para suplir únicamente los cargos ofertados en la convocatoria, asegura que los cambios que se presenten en el personal de la entidad, como resultado del concurso de méritos, sigan el ya mencionado esquema de planeación y organización, con el que se impide modificaciones abruptas en la gestión de las causas que le corresponden a la Fiscalía, según las competencias previstas en el artículo 250 del texto superior.

1. La medida adoptada no es evidentemente desproporcionada. Para llegar a esta conclusión, se debe tener en cuenta que la norma busca un equilibrio entre, por una parte, el amplio margen de configuración del Legislador en la definición del alcance de las listas de elegibles y, por la otra, el conjunto de derechos y principios constitucionales que tienen aplicación en esta materia. Así las cosas, se destacan las siguientes razones que subyacen a la medida adoptada:

i. Primero, la jurisprudencia de la Corte ha admitido un amplio margen de configuración en la definición del alcance de las listas de elegibles por parte del Legislador, con la reserva de garantizar la designación de los puestos a proveer convocados en el concurso, “en estricto orden de mérito”, con los aspirantes que superaron las pruebas de selección. Por ello, de ahí en adelante, (i) se han admitido las hipótesis para que las listas se usen en vacantes que se generen en los mismos cargos durante su vigencia (como ocurre con la norma que se cuestiona); o (ii) para cargos vacantes de igual grado y denominación que existan en la entidad; o (iii) para cubrir vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad. En este sentido, como ya se dijo, no existe una fórmula única de carácter constitucional aplicable a la materia.

i. Segundo, aunque los aspirantes que están en una lista de elegibles, por razón del

desarrollo de los concursos, en principio¹⁶⁵, han acreditado el mérito suficiente para ocupar un cargo vacante en la entidad, no por ello se impone la obligación constitucional de que necesariamente deba asignárseles un cargo que esté en dicha condición, por fuera de los que fueron sometidos a concurso, como lo propone el accionante. Ello es así, por una parte, porque el Legislador puede determinar cuál es el alcance que tendrían las listas de elegibles en cada entidad en particular, a partir de los objetivos que se buscan con ella; y, por la otra, porque esos propósitos deben tener respaldo en fines constitucionales válidos, como ocurre, en este caso, con los mandatos de gradualidad, adaptación y continuidad. Nótese que éstos gozan de especial trascendencia en este caso, cuando todavía falta por ocupar 19.720 vacantes, que corresponden a un 80.39% de los cargos de carrera.

Por otra parte, en las sentencias C-135 de 2018 y C-084 de ese mismo año, la Corte se pronunció sobre las listas de elegibles, y determinó que no existe un derecho adquirido a un ocupar un cargo público, por la sola circunstancia de estar incluido dentro de una de ellas, pues necesariamente se requiere de la existencia de una vacante y de que la misma sea susceptible de ser cubierta por su incorporación dentro un concurso de méritos, salvo que el Legislador disponga de una regla distinta respecto de la aplicación de la lista, como ya se ha mencionado en esta providencia. En este sentido, en el primero de los fallos en cita, se dijo que:

“Por su parte, en el segundo cargo en el que existe plena coincidencia, se encuentra que la Corte en la Sentencia C-084 de 2018 se pronunció sobre la obligatoriedad de las reglas dispuestas en los concursos públicos para acceder a los sistemas de carrera, y los límites constitucionales que ellas le imponen al legislador, en especial, en lo que atañe al respeto de las listas de elegibles. Luego de lo cual se abordó el examen de constitucionalidad de la Ley 1821 de 2016, con énfasis en lo ocurrido en los concursos de méritos adelantados para el ingreso a las carreras notarial y judicial, concluyendo que la provisión de cargos en la función pública se realiza sobre la base de la existencia de vacantes, de suerte que, mientras tal fenómeno no ocurra, se está en presencia de una mera expectativa, la cual es susceptible de modificación por medio de la ley. En este orden de ideas, se puntualizó que no cabe alegar

que existe un derecho adquirido, en la medida en que para que ello confluya se requiere acreditar que (a) la persona participó en un concurso de méritos; (b) que el nombre fue incluido en la lista de elegibles y (c) que existe una vacante para ser designado. Con sujeción a lo anterior, se descartó la acusación formulada –que ahora nuevamente se repite– y se procedió a declarar la exequibilidad de la ley en cita.”¹⁶⁶

i. Tercero, no existe una limitación gravosa en cuanto al derecho de acceder a cargos públicos (CP arts. 40.7 y 125), pues éste debe canalizarse a través de las formas y condiciones que defina la ley, por lo que restringir el alcance de las listas de elegibles por razones válidas que no desconozcan la Constitución, lejos de vulnerar el citado derecho, lo que hace es regularizar los supuestos a través de los cuales el mismo resulta exigible, entendiendo que, si en un concurso concreto una persona no logró ocupar una de las vacantes disponibles por la convocatoria, ella podrá en todo caso presentarse y participar en los concursos subsiguientes, hasta tanto se implemente de forma total e integral el régimen especial de carrera.

Precisamente, como ya se mencionó en esta providencia, el derecho de acceso a los cargos públicos que se proveen por el sistema de carrera implica la garantía para que todos los ciudadanos que cumplen con los requisitos de la convocatoria puedan participar en los concursos sin discriminación alguna. No obstante, al no tratarse de un derecho absoluto, la posibilidad de ingreso a un cargo depende no solo de las exigencias que se impongan para el mismo, sino también de las reglas que se hayan fijado en la convocatoria y del alcance que tenga la lista de elegibles, aspectos que se sujetan al ámbito de configuración del Legislador y que excluyen decisiones arbitrarias que carezcan de un fin válido, lo que no ocurre en el presente caso.

i. Cuarto, tampoco se presenta una restricción excesiva al principio del mérito, ya que la limitación en el alcance de la lista de elegibles se fijó por el Legislador de manera preexistente al adelantamiento de los concursos, la misma responde a lo resuelto por este tribunal en la sentencia SU-446 de 2011 y no supone un privilegio para los funcionarios en provisionalidad o en encargo, cuyo mérito para estar en los cargos que ocupan, pese al tipo

de nombramiento, debe estar justificado por el deber de motivación de los actos administrativos¹⁶⁷.

Ahora bien, cabe aclarar que, en cuanto a lo resuelto por la Corte en citada sentencia SU-446 de 2011, este tribunal entiende que su alusión en el presente fallo no significa que se trate de un precedente en la materia, pues la decisión versa sobre una acción de tutela, ni que concierna a una providencia respecto de la cual se establezca un fenómeno de cosa juzgada (CP art. 243), ya que en ella no se realizó el examen abstracto de validez de una norma jurídica.

Sin embargo, en la mencionada providencia se destacó que, al igual que lo establece la disposición actualmente demandada, no era posible utilizar la lista de elegibles para ocupar un número mayor plazas de las que fueron convocadas, al entender que dicha determinación no vulnera ni lesiona el debido proceso, la confianza legítima, la buena fe, ni ningún otro derecho fundamental o principio constitucional¹⁶⁸, en tanto se trata de una de las opciones válidas que respecto del alcance de las listas puede acoger el Legislador, frente a la cual es posible apelar a una solución distinta, a partir del examen de los fines que sean invocados y de las medidas justificadas que pretendan realizarse, como se destacó en dicha providencia, con la referencia a la sentencia C-319 de 2010, en el caso de la carrera especial de la Defensoría del Pueblo. Por ello, como se ha mencionado varias veces, esta corporación resaltó que “(...) es potestad del Legislador señalar en la ley general de carrera o en las leyes de carrera especial que con el registro de elegibles se pueden proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos”¹⁶⁹. De ahí que, se reitera, no existe una fórmula única de carácter constitucional aplicable a la materia.

Por último, también cabe puntualizar que el sistema de carrera y la superación del concurso público son las formas que, por excelencia, permiten acreditar el mérito para el ejercicio de un cargo. Sin embargo, ello no conduce a que se entienda que el mérito es exclusivo de

dichos mecanismos y que otras de formas de vinculación a la función pública son ajenas a la carga de acreditar las calidades y capacidades necesarias para el desarrollo de las atribuciones propias de un empleo. Por ello, aun cuando es deber del Estado y de todas sus entidades adoptar las medidas necesarias para llevar a cabo los concursos que permitan ocupar todos los cargos de carrera administrativa, a fin de cristalizar de forma plena el principio del mérito, mientras ello ocurre, no puede entenderse que existe un privilegio hacia la provisionalidad o el encargo, y que esas figuras pueden utilizarse sin ningún control, ya que, como lo advirtió este tribunal en la sentencia C-102 de 2022, dichas formas extraordinarias de proveer vacantes exigen el deber de motivar los actos de vinculación, y en virtud de las justificaciones que allí se plasmen, valorar el mérito de las personas para estar en los cargos que ocupan. Por fuera de lo anterior, y siguiendo la jurisprudencia reiterada de esta corporación, bajo ninguna circunstancia el citado deber de motivación suple o reemplaza la obligación de desarrollar de forma plena el sistema de carrera administrativa o tiene la misma potencialidad de concreción del mérito que aquella que se deriva de la realización del concurso público, como lo demanda el artículo 125 del texto superior.

i. Quinto, si bien no se autoriza proveer de manera inmediata todas las vacantes existentes de un determinado cargo con una lista de elegibles vigente, lo cierto es que, como lo sostiene la Procuraduría, se trata de una situación temporal, debido a que la FGN está en la obligación de realizar los procesos de selección necesarios (Decreto Ley 20 de 2014, art. 118), para implementar de forma integral el régimen especial de carrera, con el propósito de ocupar todas las plazas disponibles, ya sea por vacancia definitiva o porque los cargos están ocupados en provisionalidad o en encargo, mandato que, pese a su inobservancia, se encuentra sometido a la verificación de lo resuelto en una acción de cumplimiento, en la que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tiene las herramientas suficientes para lograr la ejecución de lo dispuesto por el Legislador, como en efecto lo ha venido haciendo¹⁷⁰.

Son dichos jueces los que tienen que examinar si el periodo comprendido entre el 2023 y el 2028, como escenario enunciado por la Fiscalía para cristalizar el régimen de carrera, se ajusta a los requerimientos dispuestos en sus órdenes, sin perjuicio de que este tribunal haga

un nuevo llamado para que se adopten las medidas necesarias que lleven a que en el menor término posible, se cumpla con el deber de implementar de forma integral el régimen de carrera en la FGN (como también se hizo en las sentencias T-131 de 2005, C-279 de 2007 y SU-446 de 2011), y se insista en el deber inexorable de cumplir con el nombramiento de las personas que hayan ingresado a las listas de elegibles, respecto de aquellos cargos que hayan sido objeto de convocatoria (por estar vacantes definitivamente o por encontrarse provistos mediante nombramiento provisional o en encargo¹⁷¹), mientras el Legislador no prevea una regla distinta para este régimen especial de carrera.

1. En síntesis, por el conjunto de razones expuestas, la Corte concluye que se debe declarar la exequibilidad del inciso 3° del artículo 35 del Decreto Ley 20 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”.

A. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

1. En el caso bajo examen, conforme se planteó al momento de formular el problema jurídico, le correspondió a la Corte decidir si el inciso 3° del artículo 35 del Decreto Ley 20 de 2014, al establecer que las listas de elegibles resultantes de los procesos de selección adelantados por la Fiscalía General de la Nación solo podrán ser usadas para proveer las vacantes definitivas que se generen en los empleos inicialmente provistos por los concursos, y no para suplir vacantes preexistentes de los empleos ofertados pero que no fueron convocados, resulta contrario al derecho de acceso al desempeño de cargos y funciones públicas y al principio fundamental del mérito para el ingreso a empleos de carrera en la citada institución, según lo dispuesto en los artículos 40.7 y 125 del texto superior.

1. Luego de adelantar el examen de aptitud de la demanda y de concluir que cabía realizar un pronunciamiento de fondo, la Sala Plena consideró que, en este caso, cabía estudiar la

constitucionalidad de la norma acusada, a partir de un juicio de proporcionalidad de intensidad intermedio, en la medida en que el actor propone que la violación a los mandatos constitucionales que por él se invocan, se deriva del carácter desproporcionado e irrazonable del precepto demandado, al no permitir que las listas de elegibles puedan ser utilizadas para ocupar la totalidad de vacantes que existan en los mismos empleos ofertados, así ellos no hayan sido incluidos en las convocatorias.

1. Para esta corporación, las finalidades en las que se inscribe la norma impugnada se encuentran en la necesidad de garantizar (i) la gradualidad en el acceso de las personas que harán parte del sistema de carrera; (ii) en la importancia de asegurar la adaptación al cargo, pues el ingreso supone una curva de aprendizaje, en donde, por virtud del período de prueba, es preciso evaluar el desempeño laboral de la persona designada; y, además, (iii) el esquema progresivo de implementación, que surge de lo previsto del precepto legal demandado, asegura igualmente que no se afecte la continuidad en la prestación de servicio de administrar justicia, en lo que refiere a las competencias propias de la Fiscalía General de la Nación (CP art. 250). Todas estas finalidades son legítimas y constitucionalmente importantes.

1. Por lo demás, ellas son efectivamente conducentes para alcanzar los citados fines. En cuanto a la gradualidad y a la adaptación en los cargos, en la medida en que, como técnica de planeación y organización de los concursos, conduce a que se le permita al nominador ir realizando las convocatorias respectivas, de manera progresiva y continua en el tiempo, para ajustarlas a las necesidades del servicio (en cuanto al número de plazas a proveer, la ubicación del empleo y las funciones a ejecutar), a la vez que se le autoriza ir ocupando progresivamente los cargos vacantes hasta que la entidad quede con un esquema de implementación de la carrera en un 100%, a través de un modelo de control y verificación, en el que, como se deriva de la existencia del período de prueba, se pueda asegurar que los distintos empleos que se vayan ocupando tengan en las personas designadas la idoneidad necesaria y, además, que ello pueda hacerse a través de una articulación funcional de la planta, que resulte acorde con su carácter global.

1. Y, en lo que refiere a la continuidad en el servicio, por cuanto la decisión de limitar el uso de la lista de elegibles, para suplir únicamente los cargos ofertados en la convocatoria, asegura que los cambios que se presenten en el personal de la entidad, como resultado del concurso de méritos, sigan el ya mencionado esquema de planeación y organización, con el que se impide modificaciones abruptas en la gestión de las causas que le corresponden a la Fiscalía General de la Nación, según las competencias previstas en el artículo 250 del texto superior.

1. Finalmente, la medida adoptada en la norma demandada no es evidentemente desproporcionada, por cuanto responde (i) al amplio margen de configuración del Legislador en la definición del alcance de las listas de elegibles, sin que exista una fórmula única de carácter constitucional aplicable a la materia; (ii) porque la limitación tiene respaldo en fines constitucionales válidos, como ocurre, en este caso, con los mandatos de gradualidad, adaptación y continuidad, sobre todo cuando todavía falta por ocupar 19.720 vacantes, que corresponden a un 80.39% de los cargos de carrera.

1. Además, (iii) no existe una limitación gravosa en cuanto al derecho de acceder a cargos públicos, pues éste debe canalizarse a través de las formas y condiciones que defina la ley. Y tampoco (iv) se presenta una restricción excesiva al principio del mérito, ya que la limitación en el alcance de la lista de elegibles se fijó por el Legislador de manera preexistente al adelantamiento de los concursos, la misma responde a lo resuelto por este tribunal en la sentencia SU-446 de 2011 y no supone un privilegio para los funcionarios en provisionalidad o en encargo, cuyo mérito para estar en los cargos que ocupan, pese al tipo de nombramiento, debe estar justificado por el deber de motivación de los actos administrativos.

1. Por último, (v) si bien no se autoriza proveer de manera inmediata todas las vacantes existentes de un determinado cargo con una lista de elegibles vigente, lo cierto es que, como lo sostiene la Procuraduría, se trata de una situación temporal, debido a que la Fiscalía está

en la obligación de realizar los procesos de selección necesarios (Decreto Ley 20 de 2014, art. 118), para implementar de forma integral el régimen especial de carrera, con el propósito de ocupar todas las plazas disponibles, ya sea por vacancia definitiva o porque los cargos están ocupados en provisionalidad o en encargo, mandato que, pese a su inobservancia, se encuentra sometido a la verificación de lo resuelto en una acción de cumplimiento, en la que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tiene las herramientas suficientes para lograr la ejecución de lo dispuesto por el Legislador, como en efecto lo ha venido haciendo.

1. Lo anterior, sin perjuicio de que este tribunal haga de nuevo un llamado para que se adopten las medidas necesarias que lleven a que en el menor término posible, se cumpla con el deber de implementar de forma integral el régimen de carrera en la Fiscalía General de la Nación (como también se hizo en las sentencias T-131 de 2005, C-279 de 2007 y SU-446 de 2011), y se insista en el deber inexorable de cumplir con el nombramiento de las personas que hayan ingresado a las listas de elegibles, respecto de aquellos cargos que hayan sido objeto de convocatoria (por estar vacantes definitivamente o por encontrarse provistos mediante nombramiento provisional o en encargo), mientras el Legislador no prevea una regla distinta para este régimen especial de carrera.

1. En síntesis, por los cargos que fueron objeto de examen esta providencia, la Corte decidió que se debe declarar la exequibilidad del inciso 3° del artículo 35 del Decreto Ley 20 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”.

I. DECISIÓN

La Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE el inciso 3° del artículo 35 del Decreto Ley 20 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”, por los cargos examinados en esta sentencia.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Ausente con comisión

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

Ausente con comisión

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con impedimento aceptado

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

1 El listado de invitados a participar en este proceso fue el siguiente: la Fiscalía General de la Nación; el Ministerio del Trabajo; el Departamento Administrativo de la Función Pública; la Comisión Nacional del Servicio Civil; la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación; el Consejo Superior de la Judicatura; la Defensoría del Pueblo; la Asociación Nacional de Empleados y Funcionarios de la Rama Judicial (ASONAL); la Unión de Servidores del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación (UNISERCTI); el Sindicato Nacional de Empleados y Trabajadores de la Fiscalía General de la Nación (SINTRAFISGENERAL); la Asociación de Trabajadores del Estado (ATRAES); el Sindicato Servidores de la Fiscalía General de la Nación (SERFIGEN); la Unión de Trabajadores de la Fiscalía General de la Nación (UNTRAFIS); el Sindicato Nacional de Servidores Públicos de la Fiscalía General de la Nación (SINTRAFISCALÍA); el Centro de Estudios de Derecho Administrativo (CEDA); la Escuela Superior de la Administración Pública (ESAP); el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DEJUSTICIA); la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes; la Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana; la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana; la Facultad de Jurisprudencia y la Escuela de Ciencias Humanas de la Universidad del Rosario; la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia; la Facultad de Derecho de la Universidad Libre; la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Caldas; la Facultad de Derecho de la Universidad del Cauca; la Facultad de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad del Norte; la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional y la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.

2 Es preciso señalar que en el auto admisorio del 17 de enero de 2023, se decretó la práctica de pruebas relacionadas, entre otras, con la identificación del total de empleos de la Fiscalía General de la Nación, los cargos vacantes a proveer, las convocatorias en curso y futuras, y el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 118 del Decreto Ley 20 de 2014 (Artículo 118. Convocatorias a concurso o proceso de selección. 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. // Para garantizar la continuidad del servicio y su no afectación, los concursos para proveer los empleos de carrera de la fiscalía se realizarán de manera gradual y en distintos tiempos, teniendo en cuenta las plantas globales a las cuales pertenezcan los empleos a proveer. // Con el mismo fin señalado en el inciso anterior, los concursos o procesos de selección para proveer los empleos de carrera de las entidades adscritas se adelantarán de manera gradual y en distintos tiempos). De igual manera, en la providencia en mención, se dispuso varias órdenes para conocer el resultado de una acción de cumplimiento tramitada ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, respecto de la realización de los mandatos previstos en el citado precepto legal. Con el propósito de recaudar los elementos de convicción que fueron decretados, se hizo necesario proferir un auto de requerimiento el 21 de febrero de 2023, por lo que el procedimiento ordinario continuó su curso el 28 de marzo del año en cita. El examen del material probatorio se realizará, en caso de ser procedente, en los acápites referentes al juicio de fondo de la disposición demandada.

3 Escrito de demanda, p. 9.

4 Escrito de demanda, p. 2.

5 “Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.”

7 Escrito de demanda, p. 3. Se hace referencia al radicado 25000-23-41-000-2020-00185-00 estudiado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, en segunda instancia, por el Consejo de Estado.

8 Escrito de demanda, p. 4.

9 Escrito de demanda, p. 4. Énfasis por fuera del texto original.

10 La Ley 1960 de 2019 modificó la Ley 909 de 2004 en el numeral 4 del artículo 31 al

establecer que: “4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad”. Énfasis por fuera del texto original.

11 Escrito de demanda, p. 6. Énfasis por fuera del texto original.

12 Escrito de demanda, p. 6.

13 Escrito de demanda, p. 7.

14 Escrito de demanda, p. 8.

15 Escrito de demanda, p. 9.

16 Escrito de demanda, p. 9.

17 La Fiscalía General de la Nación; el Ministerio del Trabajo; la Universidad Externado de Colombia; la Asociación Colegio Nacional de Servidores y Exservidores del Cuerpo Técnico de Investigación (ACOLCTI); el Sindicato de Servidores de la Fiscalía General de la Nación (SERFIGEN); la Unión de Servidores del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación (UNISERCTI); la Unidad Nacional de Trabajadores de Justicia (UNITRAJ); el Sindicato Nacional de Servidores Públicos de la Fiscalía General de la Nación (SINTRAFISCALÍA) y 15 ciudadanos.

18 La Escuela Superior de Administración Pública y el Departamento Administrativo de la Función Pública.

19 El Sindicato de Procuradores Judiciales (PROCURAR); la Asociación de Trabajadores del Estado (ATRAES); el Movimiento Carrera Judicial Total en la Fiscalía General de la Nación y 42 ciudadanos.

20 El Sindicato de Trabajadores Defensores del Mérito (SINTRAMÉRITO) y 20 ciudadanos.

21 Escrito de intervención de la ESAP, p. 3.

22 Esta disposición fue expresamente transcrita en la nota a pie # 10.

23 Escrito de intervención del Departamento Administrativo de la Función Pública, p. 9.

24 Escrito de intervención del Departamento Administrativo de la Función Pública, pp. 15-16.

25 Escrito de intervención del Departamento Administrativo de la Función Pública, p. 16.

26 Este precepto se citó en la nota a pie # 2.

27 Intervención de la Universidad Externado de Colombia, p. 8.

28 Intervención de la Fiscalía General de la Nación, p. 13.

30 Intervención del Movimiento Carrera Judicial Total en la Fiscalía General de la Nación, p. 13.

31 “Artículo 228. La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley (...)”.

32 Énfasis por fuera del texto original.

33 Concepto de la Procuraduría General, p. 4.

34 Acción de cumplimiento interpuesta por la señora Luz Patricia Agudelo Patiño en contra de la Fiscalía General de la Nación por la omisión en el cumplimiento del contenido del artículo 118 del Decreto Ley 20 de 2014. Proceso: 25000-23-41-000-2020-00185-00.

35 Es preciso aclarar que las intervenciones ciudadanas plantearon múltiples escenarios de discusión alrededor de los concursos que ha adelantado la FGN, por lo que el resumen que se presenta se limita a los aspectos directamente vinculados con los cargos planteados y a la definición que le compete a la Corte. Esta misma aclaración se extiende al Anexo # 1. Precisamente, cuando se hace uso de la acción pública de inconstitucionalidad, la Corte ha asumido como regla general que su pronunciamiento se limita a los cargos planteados en la demanda, salvo cuando se presenta la figura de la inconstitucionalidad evidente o manifiesta

(sentencia C-284 de 2014), por las siguientes razones: (i) el juicio de constitucionalidad por vía activa tan solo es procedente cuando se formula una acusación ciudadana (CP art 241), que satisface los requisitos formales y materiales de admisión, por lo que son los cargos que allí se exponen los que concretan el objeto del debate constitucional, en ejercicio de un derecho político de carácter fundamental (CP art. 40.6); (ii) la obligación de rendir concepto por parte del Procurador General de la Nación se circunscribe a la pretensión de inconstitucionalidad planteada por el actor, sin que le sea posible ampliar los temas objeto de pronunciamiento, así sean invocados por alguno de los intervinientes, pues, de hacerlo, se estaría ante un control cuyo origen no es el ejercicio del derecho de acción, como lo exige la Constitución (CP art. 241); y (iii) asumir un juicio sobre cargos distintos a los expuestos en la demanda, eliminaría la posibilidad de quienes participaron en la expedición de la norma de presentar las razones que, a su juicio, justifican su constitucionalidad (CP art. 244), como elemento mínimo de contradicción y de debate que debe tener el juicio abstracto a cargo de la Corte. Véanse, entre otras, las sentencias C-977 de 2002, C-1256 de 2002, C-717 de 2003, C-130 de 2004, C-237A de 2004, C-572 de 2004, C-888 de 2004, C-448 de 2005, C-353 de 2006, C-211 de 1997, C-292 de 2007, C-294 de 2012, C-194 de 2013, C-766 de 2013, C-587 de 2014, C-728 de 2015, C-017 de 2017, C-084 de 2018, C-304 de 2021 y C-059 de 2023.

36 Escrito de intervención de la ESAP, p. 3.

37 Escrito de intervención del Departamento Administrativo de la Función Pública, pp. 15-16.

38 Intervención de la Fiscalía General de la Nación, p. 13.

39 Intervención de la Universidad Externado de Colombia, p. 8.

40 Los nombres de los ciudadanos que intervinieron y el resumen de sus argumentos se presentan en el Anexo #1.

41 Se trata de un texto formato, entre los cuales se advierte el enviado por el ciudadano Alex Hernando González Aguilar, p. 2.

42 Cabe aclarar que el pronunciamiento que se cita no alude a la carrera especial de la FGN.

43 Intervención de Procurar, p. 5.

44 Intervención del Movimiento Carrera Judicial Total en la Fiscalía General de la Nación, p. 12.

45 Intervención del Movimiento Carrera Judicial Total en la Fiscalía General de la Nación, p. 13.

46 Los nombres de los ciudadanos que intervinieron y el resumen de sus argumentos se presentan en el Anexo #1.

47 Los nombres de los ciudadanos que intervinieron y el resumen de sus argumentos se presentan en el Anexo #1.

48 Los nombres de los ciudadanos que intervinieron y el resumen de sus argumentos se presentan en el Anexo #1.

49 “Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (...) 5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.” Énfasis por fuera del texto original.

50 “Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. (...)”.

51 La norma en cita dispone que: “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: (...) 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;(...)”.

52 Corte Constitucional, sentencias C-206 de 2016 y C-207 de 2016.

53 Decreto Ley 2067 de 1991, art. 6.

54 Corte Constitucional, sentencia C-623 de 2008. Énfasis por fuera del texto original. Este pronunciamiento fue reiterado en las sentencias C-894 de 2009, C-055 de 2013, C-281 de 2013, C-220 de 2009, C-330 de 2019 y C-059 de 2023.

55 Escrito de intervención de la ESAP, p. 3.

56 Corte Constitucional, auto 243 de 2001 y sentencias C-194 de 2013, C-025 de 2020 y C-154 de 2022.

57 Al respecto, en uno de los apartes de la citada sentencia C-100 de 2022, se afirmó lo siguiente: “De manera inicial y teniendo en cuenta la intervención que presentó en este asunto el Ministerio del Interior, en la que señaló que en su criterio no se cumplió por los demandantes la carga argumentativa que haría aptos los cargos, la Sala Plena advierte que la solicitud genérica de ineptitud de la demanda solo es un enunciado, y no se plantearon argumentos concretos que los sustenten. En efecto, solo se dice en uno de los cargos por el interviniente que ‘[d]e la lectura del segundo cargo no se evidencia la argumentación que demuestre que el texto demandado viole la Constitución por cuanto no cumple con los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, en consideración a que los interesados se limitan a realizar una comparación forzada de dos asuntos completamente diferentes, lo que se demuestra en el cuadro comparativo elaborado por el demandante, el cual, antes de exhibir similitudes, evidencia la total disimilitud entre el instrumento legal de la asistencia militar y los estados de excepción, especialmente porque no hay duda alguna de que el contenido del texto del artículo puesto en entredicho no otorga ninguna facultad para dictar medidas que son propias y exclusivas de estos últimos’. // Como

puede advertirse, el interviniente no presenta un análisis mínimo que permita colegir las razones del incumplimiento de cada uno de los requisitos de la carga argumentativa, por lo que en ese sentido, de modo inicial, la Sala advierte que, tal y como se planteó en el auto admisorio, los demandantes en términos generales, y en el cargo particular de desconocimiento del artículo 152 literal e) de la Constitución, presentaron una carga argumentativa mínima que permite a la Corte avanzar en el estudio de fondo de los cargos.” Énfasis por fuera del texto original. Esta misma posición se advierte, por una parte, en la sentencia C-556 de 2001, en la que esta corporación se abstuvo de resolver una solicitud de inhibición, al advertir que el interviniente únicamente planteó que el escrito del accionante era confuso y que sus argumentos de inconstitucionalidad eran imprecisos, pues no se cumplía con la carga argumentativa mínima de valoración frente a la demanda radicada y, por la otra, subyace en las consideraciones expuestas –entre otras– en las sentencias C-178 de 2006, C-542 de 2007 y C-045 de 2017, en las que se aclaró que, a contrario sensu, sí era procedente el examen propuesto por los intervinientes, en tanto ellos analizaban “por separado cada una de las razones de la violación que trae la demanda, señalan frente a cada una de ellas los defectos en que incurre el actor desde el punto de vista de la formulación del cargo y concluyen que la demanda es inepta (...)”. Corte Constitucional, sentencia C-542 de 2007.

58 Corte Constitucional, sentencia C-212 de 2022.

59 Escrito de demanda, p. 7.

60 Escrito de demanda, p. 8.

61 Escrito de demanda, p. 9.

62 Expresamente, en la síntesis del cargo, el accionante manifiesta que: “Se considera que el inciso 3 del artículo 35 del Decreto Ley 020 de 2014 es contrario al numeral 7 del artículo 40 de la Constitución al restringir el uso de las listas de elegibles solamente a las vacantes específicamente ofertadas en los empleos inicialmente previstos, negando la posibilidad de que se haga uso de la lista para proveer vacantes definitivas preexistentes en la Fiscalía General de la Nación que no fueron ofertadas por arbitrio institucional. Con tal previsión normativa se restringe desmedida e injustificadamente el derecho de los ciudadanos de acceder al desempeño de cargos y funciones públicas, pues se desalienta la oferta de las

vacantes definitivas que existen en la Fiscalía General de la Nación y al margen del número de integrantes de la lista de elegibles se admite que estos deben resignarse a la disputa de las vacantes estrictamente ofertadas a pesar de que en la realidad la entidad ofertante conozca la preexistencia de numerosas vacantes por cubrir definitivamente”. Escrito de demanda, p. 6.

63 Escrito de demanda, p. 7.

64 El interviniente utiliza esta expresión en la página 16 del escrito radicado ante la Corte. Y luego de citar varios pronunciamiento de la Corte sobre las cargas que se exigen para acreditar una demanda en forma, tan solo manifiesta lo siguiente: “En conclusión no se cumple con los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia exigidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues si bien hay un despliegue en la demanda, en ella no se expresan razones por las cuales se considera que las disposiciones acusadas son contrarias a la Carta Política, es decir, que se desarrolla un enunciado normativo, más sin embargo no se concretan de manera razonable los cargos formulados (...)”. Escrito de intervención del DAFP, pp. 21 y 22.

65 En este punto, se recapitulan las razones que se esbozaron por el actor para justificar el fallo condicionado: “Se considera que esta pretensión ofrece una solución viable al problema planteado pues, por una parte[,] respeta la libertad de configuración del Legislador (...) para señalar que las listas de elegibles no se usarán para vacantes en empleos que se generen a futuro durante la vigencia de la lista y[,] por la otra, respeta el alcance del concepto de empleo (claramente diferenciado al de vacante, pues un mismo empleo como el de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales puede tener numerosas vacantes definitivas, entendidas estas como una situación administrativa propia de un empleo no provisto en titularidad), al señalar que el uso de la lista se limitará a las vacantes preexistentes de los empleos ofertados (no siendo posible apelar a la similitud con empleos que no fueron objeto de concurso).” Escrito de demanda, p. 9. Énfasis por fuera del texto original.

66 Los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

67 Corte Constitucional, sentencias C-172 de 2021 y C-102 de 2022. La norma en cita, en los apartes previamente reseñados, establece lo siguiente: “El ingreso a los cargos de carrera y

el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. //El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. // En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. (...)”.

68 Cabe destacar que, dentro de las modalidades de los concursos, en las sentencias C-034 de 2015 y C-077 de 2021, la Corte avaló los sistemas mixtos, en los que se incluyen alternativas de ingreso y de ascenso, estos últimos para permitir la movilidad de un servidor escalonado en la carrera a un cargo superior dentro de la misma planta personal.

69 Corte Constitucional, sentencias C-172 de 2021 y C-102 de 2022.

70 El artículo 125 de la Constitución, como ya se señaló, le otorga al Legislador la facultad de decidir los cargos que se excluyen del régimen de carrera; los requisitos y condiciones para su ingreso y ascenso; los méritos y calidades que cabe evaluar de los aspirantes, y las demás causales objetivas de retiro.

71 Corte Constitucional, sentencia C-102 de 2022.

72 Corte Constitucional, sentencias C-172 de 2021 y C-102 de 2022.

73 Corte Constitucional, sentencia C-102 de 2022.

74 En la mencionada sentencia C-102 de 2022, se expuso que: “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 Sobre este punto, se ha dicho que: “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.” Ibidem.

76 Corte Constitucional, sentencias C-285 de 2015, C-172 de 2021 y C-102 de 2022.

77 CP arts. 217 y 218.

78 CP art. 253.

79 CP art. 256.1.

80 CP. art. 266.

81 CP art. 268.10.

82 CP art. 279.

84 Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2015.

85 Como el que regula el personal de la DIAN, del INPEC y del DAS, entre otros.

86 El artículo 3° de la Ley 909 de 2004, en el aparte pertinente, dispone que: “Artículo 3o. Campo de aplicación de la presente ley. (...) 2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:- Rama Judicial del Poder Público. – Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo. – Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales. – Fiscalía General de la Nación. – Entes Universitarios autónomos. – Personal regido por la carrera diplomática y consular. – El que regula el personal docente. – El que regula el personal de carrera del Congreso de la República. (...)”.

87 Sobre el particular, cabe precisar que en la sentencia C-1230 de 2005, la Corte declaró la exequibilidad condicionada del artículo 4.3 de la Ley 909 de 2004 (que asignaba a la CNSC la vigilancia de los sistemas específicos de carrera administrativa), siempre y cuando se entienda que la administración de dichos sistemas de creación legal también corresponde a la CNSC. Bajo esta misma consideración, en la sentencia C-172 de 2021, se resaltó que: “A partir de entonces, en consecuencia, la Corte Constitucional ha reiterado esta postura sobre

el carácter indivisible, exclusivo y excluyente de las atribuciones de administración y vigilancia de la Comisión Nacional del Servicio Civil para la carrera administrativa general, así como para los regímenes de creación legal”.

88 Corte Constitucional, sentencia C-084 de 2018.

89 Corte Constitucional, sentencias C-901 de 2008 y C-588 de 2009.

90 Corte Constitucional, sentencia SU-086 de 1999.

91 Corte Constitucional, sentencia C-901 de 2008.

92 Corte Constitucional, sentencia C-349 de 2004.

93 Corte Constitucional, sentencia C-1122 de 2005.

94 Corte Constitucional, sentencia C-211 de 2007.

95 El citado principio se conceptualizó en los siguientes términos en la ley: “Mérito. Principio según el cual el ingreso a los cargos de carrera administrativa, el ascenso y la permanencia en los mismos estarán determinados por la demostración permanente de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos (...)”.

96 En este punto, la Corte se refirió a las siguientes providencias: (i) la sentencia C-534 de 2016, en donde se aclaró que “no es solo en la carrera administrativa, en donde [el mérito encuentra] su mayor expresión (...), 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”; (ii) la sentencia C-084 de 2018, en la que 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.” (iii) Y, la sentencia C-503 de 2020, en la que reiteró lo siguiente: “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.”

97 Corte Constitucional, sentencia C-102 de 2022.

98 La provisionalidad y el encargo son clases de nombramientos. Por regla general, a través del primero, se autoriza nombrar en un empleo a personas que no han sido seleccionadas mediante concurso, en cargos de carrera o de libre nombramiento o remoción, que se encuentran vacantes de manera temporal o definitiva. Por su parte, mediante la segunda figura, se permite nombrar en un empleo a servidores de una institución para proveer cargos de carrera o de libre nombramiento y remoción, vacantes de manera temporal o definitiva, mientras dure una determinación situación administrativa.

99 Corte Constitucional, sentencia SU-917 de 2010.

100 En sentencia C-037 de 1996 la Corte declaró condicionalmente exequible este artículo “bajo las condiciones previstas en esta providencia”. Al respecto, la sentencia resaltó: “De conformidad con lo previsto en el artículo 253 de la Carta, el legislador, teniendo en consideración la autonomía presupuestal y administrativa de la que goza la Fiscalía General de la Nación (Art. 249 C.P.), deberá regular los aspectos relativos a la estructura, el funcionamiento, el ingreso por carrera y el retiro del servicio en esa entidad del Estado. Dentro de ese orden de ideas, y según lo señalado en esta providencia, conviene recordar que los artículos 125 y 150-23 constitucionales le confieren plena independencia al legislador para definir las características y el alcance del sistema de carrera, para lo cual puede incluso prescribir que una determinada institución se someterá a un régimen especial que él mismo defina. En consecuencia, para el caso de la Fiscalía General de la Nación, resulta ajustado a la Carta Política el que la ley estatutaria sobre administración de justicia establezca que dicho ente acusador tendrá un régimen autónomo de carrera, el cual de todas formas deberá ser regulado por el legislador ordinario, atendiendo eso sí los parámetros y principios generales que se señalan en la normatividad bajo examen, habida cuenta de la superioridad jerárquica de las leyes estatutarias en relación con las ordinarias. Dentro de estos criterios el artículo

será declarado exequible” (subrayado fuera de texto).

101 Esta disposición fue expresamente transcrita en la nota a pie # 86.

102 “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”.

103 “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.”

104 Uno que comprendía a personas que participaron en una o dos de las seis convocatorias que abrió la Fiscalía en el año 2007 y que, aunque superaron el concurso, por el puesto que ocuparon en el registro de elegibles y que excedía el número de plazas a proveer según los términos de cada una de ella, no fueron nombrados; y otro que comprendía a personas que desempeñaban un cargo en la Fiscalía en provisionalidad y (i) no participaron en ninguna de las convocatorias, o (ii) participaron, pero no alcanzaron el puntaje mínimo, o (iii) se encontraban en la lista de elegibles en un puesto que excedía el número de plazas convocadas, razón por la cual no fueron nombrados. Estos accionantes, que fueron

desvinculados y reemplazados por personas que superaron el concurso o cobijados por una decisión judicial, consideraban que tenían derecho a permanecer en sus cargos provisionalmente.

105 Corte Constitucional, sentencia C-279 de 2007. Reiterada en la sentencia C-102 de 2022.

106 FGN, oficio No. DAJ-10400-02/02/2023, pp. 1 a 13.

107 FGN, oficio No. DAJ-10400-02/02/2023, pp. 6-7.

108 FGN, oficio No. DAJ-10400-02/02/2023, pp. 8 a 10. Énfasis conforme con el texto original.

109 Es preciso destacar que en relación con las labores de planeación y de consecución de recursos para llevar a cabo los concursos, el tribunal manifestó lo siguiente: “(...) cada entidad tiene el deber de iniciar con suficiente antelación las labores de planeación para la realización de los respectivos concursos públicos de méritos, así como las tareas internas de apropiación presupuestal, de manera que se garantice la realización oportuna de los mismos y la provisión de los cargos de carrera administrativa en la forma indicada en la Constitución y la ley, circunstancias que no se presentaron en este caso, toda vez que, al alegar que no se cuenta con el presupuesto debido, no se ha convocado a concurso todos los cargos de carrera que se encuentran vacantes definitivamente o que están provistos mediante nombramiento provisional o encargo en la entidad, como lo preceptúa la norma demandada, incumpliendo así dicho precepto”.

110 La norma en cita dispone que: “Artículo 46. Financiación de los concursos. Los concursos o procesos de selección que realice la Fiscalía General de la Nación o sus entidades adscritas, con el fin de proveer los cargos de carrera, serán financiados con los recursos percibidos a través de derechos de inscripción que deberán pagar los aspirantes. El faltante será cubierto con el presupuesto general de la institución convocante. // Los derechos de inscripción serán diferenciados dependiendo el empleo al que se aspire. // Para los empleos de nivel técnico y asistencial será el equivalente a un salario mínimo legal diario. Para empleos pertenecientes a los otros niveles será el equivalente a un día y medio de salario mínimo legal diario.”

111 Énfasis por fuera del texto original.

112 Énfasis por fuera del texto original.

113 En esta oportunidad, la Corte acumuló varias acciones de tutela que tenían como eje común la inaplicación parcial de las listas de elegibles que resultaron del concurso de méritos convocado mediante el Acuerdo 01 de 2006, para la provisión de cargos de notarios en propiedad y acceso a la carrera notarial, por virtud de la suspensión provisional ordenada en el curso de la acción popular 0413-97 –para algunos participantes– de cinco puntos que el artículo 4 de la Ley 588 de 2000 otorgaba por la autoría de obras en derecho.

114 Los dos grupos de casos fueron descritos en la nota a pie # 104 de esta providencia. Sin embargo, para efectos de la materia que es objeto de controversia, la Corte se detendrá tan solo en el primer grupo de ellos.

115 Se subraya el aparte objeto de control.

116 Énfasis por fuera del texto original.

117 La parte resolutive de la sentencia finalmente dispuso que: “Declarar EXEQUIBLE, por el cargo analizado, el artículo 145 de la Ley 201 de 1995, en el entendido de que cuando se trate de proveer una vacante de grado igual, correspondiente a la misma denominación, el empleo de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador, e INEXEQUIBLE la expresión ‘o inferior’ del mismo artículo.”

118 “Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”.

119 Énfasis por fuera del texto original.

120 En términos similares esta corporación se pronunció en la sentencia T-253 de 2023, en la que se reiteró la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019.

121 La norma en cita, en la que se destaca el aparte cuestionando, dispone que: “Artículo 34. Uso de lista de elegibles. Una vez provistos los empleos objeto del concurso, la lista de elegibles tendrá una vigencia de dos (2) años, contado a partir de la firmeza de dicha lista. //

Siempre y cuando la convocatoria así lo prevea, la lista de elegibles podrá ser utilizada en estricto orden descendente para proveer única y exclusivamente las vacantes que pudieren presentarse en los empleos que fueron ofertados como consecuencia del retiro del servicio del titular.”

122 Que se formuló en los siguientes términos: “¿vulnera el principio del mérito (art. 125 de la Constitución) una disposición que faculta al nominador, siempre y cuando así lo prevea la convocatoria y sin obligarlo, a emplear la lista de elegibles para proveer las vacantes que se presenten en los empleos ofertados por retiro del servicio del titular?”

123 Énfasis por fuera del texto original.

124 “La Sala Plena estima que la expresión ‘[s]iempre y cuando la convocatoria así lo prevea’, contenida en el artículo 34 acusado, es contraria al artículo 125 de la Constitución que constituye un límite a la libertad de configuración en la medida en la que obliga al legislador a asegurar que la provisión definitiva de los empleos estatales de carrera se realice en función del mérito y por medio del mecanismo del concurso público. En este sentido, la Corte Constitucional considera que, al permitir que la CNSC defina si el nominador debe o no usar la lista de elegibles para proveer vacantes definitivas que se presenten en los empleos que fueron ofertados como consecuencia del retiro del servicio del titular, la expresión analizada vulnera el principio del mérito en tanto impide la materialización de los objetivos instrumentales de la carrera administrativa”.

125 Expresamente, este tribunal señaló que: “Por las razones antes expuestas, la Corte Constitucional declarará la inexequibilidad de las expresiones ‘Siempre y cuando la convocatoria así lo prevea’ y ‘podrá’” contenidas en el inciso segundo del artículo 34 del Decreto Ley 071 de 2020, y sustituir esta última por el vocablo ‘deberá’. En consecuencia, el inciso segundo mencionado tendrá la siguiente redacción: “La lista de elegibles deberá ser utilizada en estricto orden descendente para proveer única y exclusivamente las vacantes que pudieren presentarse en los empleos que fueron ofertados como consecuencia del retiro del servicio del titular”.

126 Las consideraciones que se exponen en este acápite, por razón de los cargos formulados, se enfocan exclusivamente en el examen del componente de este derecho vinculado con el acceso y el desempeño de las funciones públicas, pero no excluye los

desarrollos que la Corte ha tenido respecto de su aplicación en el ámbito del ascenso dentro de la carrera administrativa, como se puede constatar en las sentencias C-077 de 2021 y C-102 de 2022, entre otras.

127 Corte Constitucional, sentencias C-537 de 1993, C-408 de 2001, C-037 de 2017 y C-393 de 2019. En la sentencia C-386 de 2022 se precisa que el derecho fundamental a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, como derecho político, es una expresión concreta del principio de participación en el ejercicio y control del poder público.

129 Corte Constitucional, Sentencia T-257 de 2013.

130 Corte Constitucional, sentencia C-286 de 2022.

131 Corte Constitucional, sentencias SU-339 de 2011, T-257 de 2012, C-393 de 2019, C-386 de 2022 y T-405 de 2022.

132 Corte Constitucional, sentencias C-618 de 2015, C-393 de 2019, SU-207 de 2022 y C-386 de 2022.

133 Corte Constitucional, sentencia C-393 de 2019.

134 Corte Constitucional, sentencia T-405 de 2022.

135 Corte Constitucional, sentencias C-558 de 1994 y C-393 de 2019.

136 Énfasis por fuera del texto original.

137 Corte Constitucional, sentencias T-133 de 2016, C-393 de 2019 y C-386 de 2022.

138 Corte Constitucional, sentencia SU-207 de 2022.

139 Ibidem.

140 Corte Constitucional, sentencia C-386 de 2022.

141 Ibidem.

142 Ibidem.

143 Escrito de demanda, p. 7.

144 Escrito de demanda, p. 9.

145 Las solicitudes ciudadanas acompañan, en general, la fórmula de exequibilidad condicionada propuesta por el actor, salvo el Sindicato de Procuradores Judiciales (PROCURAR), el cual plantea declarar la constitucionalidad de la norma acusada, en el entendido de que “las listas de elegibles podrán ser usadas para proveer vacantes definitivas equivalentes o iguales no convocadas”.

146 Salvo manifestación en contrario, todas las disposiciones a las que se hagan referencia corresponden al citado Decreto Ley 20 de 2014.

147 “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.”

148 “Artículo 39. Estudio de seguridad. Por razones de seguridad interna de la entidad, independientemente del cargo, dentro del proceso de selección para proveer los empleos de

la Fiscalía General de la Nación y del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, al aspirante, antes de la expedición de la resolución de nombramiento en periodo de prueba, se le realizará un estudio de seguridad de carácter reservado. Del resultado del estudio se determinará la conveniencia o no del ingreso de la persona a la entidad. // El resultado negativo del estudio de seguridad generará la exclusión del aspirante de la lista de elegibles respectiva. Dicho resultado se le dará a conocer exclusivamente al aspirante, salvo cuando ello pueda afectar los fines de una investigación o para prevenir la comisión de delitos.”

149 Se aclara que la jurisprudencia ha utilizado diferentes denominaciones, tales como juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, juicio de razonabilidad y proporcionalidad, test de razonabilidad o de proporcionalidad y test integrado de proporcionalidad.

150 Corte Constitucional, sentencias C-234 de 2019, C-265 de 2019, C-345 de 2019 y C-442 de 2019.

151 Corte Constitucional, sentencias C-673 de 2001, C-234 de 2019, C-345 de 2019, C-442 de 2019 y C-022 de 2020. Esta intensidad corresponde a la regla general de examen y ha sido aplicada en casos en que se estudian materias económicas, tributarias o de política internacional, o en aquellas en que está de por medio una competencia específica definida en cabeza de un órgano constitucional, o cuando, a partir del contexto normativo del precepto demandado, no se aprecia prima facie una amenaza frente al derecho sometido a controversia.

152 Ibidem. La intensidad intermedia se usa, entre otras, cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia. Igualmente, en los casos en los que existen normas basadas en criterios sospechosos pero con el fin de favorecer a grupos históricamente discriminados. Corte Constitucional, sentencia C-059 de 2023.

153 Ibidem. La aplicación de un test estricto, como la más significativa excepción a la regla, tiene aplicación cuando está de por medio el uso de un criterio sospechoso, a los cuales alude el artículo 13 de la Constitución, o cuando la medida recae en personas que están en condiciones de debilidad manifiesta, o que pertenecen a grupos marginados o discriminados. También se ha utilizado cuando la diferenciación afecta de manera grave, prima facie, el

goce de un derecho fundamental. Corte Constitucional, C-104 de 2016.

154 Ibidem.

155 Corte Constitucional, sentencias C-486 de 2000, C-319 de 2010, SU-446 de 2011, C-034 de 2015 y C-331 de 2022.

156 Este último criterio se unificó desde la sentencia C-345 de 2019 y, desde ese momento, ha sido ampliamente reiterado, como se puede constatar, entre muchas otras, en las sentencias C-161 de 2020, C-433 de 2021, C-102 de 2022 y C-059 de 2023.

157 Corte Constitucional, sentencias C-319 de 2010, SU-446 de 2011, C-034 de 2015 y C-331 de 2022.

158 Corte Constitucional, sentencia C-331 de 2022.

159 Corte Constitucional, sentencia C-319 de 2010.

160 Énfasis por fuera del texto original.

161 Énfasis por fuera del texto original.

162 CP art. 250.

163 Corte Constitucional, sentencia T-1165 de 2003.

164 Requisitos que deben ser incluidos en las convocatorias, según lo previsto en el artículo 29 del Decreto Ley 20 de 2014.

165 Lo anterior, por cuanto la inscripción en el régimen especial de carrera de la FGN exige el estudio de seguridad y la superación del período de prueba (Decreto Ley 20 de 2014, arts. 39, 40 y 41).

166 Corte Constitucional, sentencia C-135 de 2018. Énfasis por fuera del texto original.

167 Véase, al respecto, los numerales 91 y subsiguientes de esta providencia, en los cuales se reitera lo señalado en la sentencia C-102 de 2022.

168 En uno de los apartes del fallo en mención, como ya se destacó, se expuso que: “Es importante señalar, entonces, que la lista o registro de elegibles tiene dos cometidos, el primero, que se provean las vacantes, los encargos o las provisionalidades para las cuales se convocó el respectivo concurso y no para otros, porque ello implicaría el desconocimiento de una de las reglas específicas de aquel: el de las plazas a proveer. El segundo, que durante su vigencia, la administración haga uso de ese acto administrativo para ocupar solo las vacantes que se presenten en los cargos objeto de la convocatoria y no otros. Por tanto, no se puede afirmar que existe desconocimiento de derechos fundamentales ni de principios constitucionales cuando la autoridad correspondiente se abstiene de proveer con dicho acto empleos no ofertados.”

169 Énfasis por fuera del texto original.

170 Ley 393 de 1997, arts. 25 y 29.

171 Tal y como lo dispone el artículo 118 del Decreto Ley 20 de 2014.