

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

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Existencia

(...) Si bastara con invocar normas constitucionales adicionales a las que sirvieron de fundamento a un control de constitucionalidad previo para permitir un nuevo pronunciamiento de este tribunal, sin examinar materialmente si tales argumentos transforman sustancialmente la acusación respecto de la ya juzgada, se precarizaría la fuerza de la cosa juzgada constitucional, impuesta por el artículo 242 de la Constitución Política y se vulneraría el principio de seguridad jurídica que subyace en tal institución, porque se permitiría que con argumentos adicionales, pero coincidentes, se reabran las discusiones constitucionalmente zanjadas, frente a determinada cuestión.

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Inexistencia por cargos distintos

CARGO PUBLICO-Nombramiento y provisión por mérito

MERITO-Concepto/MERITO-Cumplimiento de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad

El mérito es un mandato general de optimización, predicable tanto de las personas que pretendan ejercer los empleos públicos (artículo 122 de la Constitución), como para el ejercicio de funciones públicas por parte de particulares (artículos 116 inciso 4, 123, inciso 3 y 210 inciso 1). Este principio constitucional busca que la realización de los fines esenciales del Estado (artículo 2 de la Constitución), particularmente el servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, se confíe a personas idóneas, en razón de sus conocimientos, experiencia, aptitudes y destrezas y, de esta manera, la función administrativa, que está al servicio de los intereses generales, se desarrolle con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (artículo 209 de la Constitución).

MERITO-No está circunscrito a la carrera administrativa

CONCURSO DE MERITOS-Concepto/CONCURSO-Como mecanismo para evaluar el mérito no es exclusivo de la carrera administrativa

CARRERA ADMINISTRATIVA-Regla general de acceso a la función pública/CARRERA ADMINISTRATIVA EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Principio constitucional

REGIMEN DE CARRERA DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION-Nombramientos en provisionalidad

NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD EN CARGO DE CARRERA-Carácter temporal

ACCESO AL DESEMPEÑO DE CARGOS PUBLICOS-Derecho a la igualdad compromete la igualdad de trato y de oportunidades

JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD-Etapas

JUICIO DE IGUALDAD-Niveles de intensidad

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

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

Se trata de sujetos distintos, considerando que los empleados públicos de carrera son servidores públicos que participaron en un concurso para el ingreso a la carrera, como instrumento ordinario para la provisión de empleos públicos, en el que demostraron disponer, por encima de los otros candidatos, de los méritos requeridos para el ejercicio del cargo en condiciones de idoneidad y estabilidad y, en razón de la evaluación permanente del mérito, permanecen en el ejercicio del cargo. Por el contrario, el nombramiento de empleados en provisionalidad es una figura excepcional, en la que personas que no detentan previamente la calidad de servidores públicos, que no son seleccionadas mediante un concurso de méritos, aspiran a ser seleccionadas para el ejercicio transitorio de empleos de carrera mediante una relación de empleo público provisional, que genera un vínculo precario con el Estado, cuya estabilidad relativa depende de la provisión del cargo de carrera mediante el

correspondiente concurso de méritos, por lo que, no otorga al empleado en provisionalidad los derechos propios de la carrera y, por consiguiente, no genera expectativas de permanencia indefinida en el cargo, ni siquiera a sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia.

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD DE INTENSIDAD INTERMEDIA-Aplicación

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

La ausencia de manifiesta desproporción se evidencia en el hecho de que, aunque el encargo puede significar, para el empleado de carrera, la adquisición de nuevos conocimientos, experiencia y, llegado el caso, la mejora de ingresos, al tener derecho a percibir temporalmente la diferencia salarial correspondiente, 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 y, por el contrario, la facultad reconocida al nominador para escoger discrecionalmente, entre la provisión de la vacante mediante la figura del encargo o a través de un nombramiento provisional, materializa los principios de eficiencia y eficacia en el ejercicio de la función administrativa.

Expediente: D-13476

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 82, 185, 186, 187, 188 y 218 del Decreto Ley 262 de 2000, "Por el cual se modifican la estructura y la organización de la

Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.”

Actores: Diana Fabiola Millán Suárez y Pedro Alirio Quintero Sandoval, actuando mediante apoderado judicial.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

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, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en los artículos 40.6, 241 y 242 de la Constitución Política, Pedro Alfonso Hernández, actuando en representación de Diana Fabiola Millán Suárez y Pedro Alirio Quintero Sandoval, presentó demanda de inconstitucionalidad contra algunos apartes de los artículos 82, 185, 186, 187, 188 y 218 del Decreto Ley 262 de 2000, al considerar que infringen los artículos 1 , 2, 4, 13, 40 numeral 7, 53, 125, 130, 209 y 279 de la Constitución Política.

1. Mediante auto del 27 de septiembre de 2019, el Magistrado sustanciador resolvió admitir la demanda en contra de los artículos 82, 185, 186, 187, 188 y 218 del Decreto Ley 262 de 2000 por la posible vulneración de los artículos 13, 40 numeral 7, 125, 130 y 279 de la Constitución Política e inadmitir los cargos por la posible transgresión de los artículos 1, 2, 4, 53 y 209 de la misma norma superior, al considerar que no cumplían algunos de los requisitos necesarios para dar lugar a un juicio de constitucionalidad. En particular, se consideró que la demanda no especificó la manera como éstos estarían siendo desconocidos, puesto que, si bien se citaron las normas constitucionales presuntamente vulneradas, no se explicó de qué manera o por qué razón concreta, las disposiciones legales demandadas serían contrarias a aquellas. También ordenó oficiar a la Procuraduría General de la Nación para que, en el término máximo de diez (10) días, remitiera a la Corte Constitucional un informe con el número de cargos actualmente provistos en provisionalidad, indicando el tiempo de duración de dichos nombramientos y, de manera no individualizada, las diversas razones que justifican su prolongación; fijar en lista el proceso para permitir la intervención ciudadana y correr traslado al Procurador para que rindiera el correspondiente concepto; comunicar la iniciación del proceso al Presidente del Congreso, al Presidente de la República y al Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social para que, de considerarlo pertinente, intervinieran en el presente proceso. Finalmente, invitó a participar en el presente juicio a la Comisión Nacional del Servicio Civil, al Departamento Administrativo de la Función Pública, al Colegio de Abogados de Derecho del Trabajo de Colombia¹ y a varias universidades².

1. Mediante escrito recibido en la Secretaría General de la Corte Constitucional, el 2 de octubre de 2019, los accionantes presentaron escrito de corrección de la demanda respecto

de los artículos 82, 185, 186, 187, 188 y 218 del Decreto Ley 262 de 2000, por la posible vulneración de los artículos 1, 2, 4, 53 y 209 de la Constitución Política.

1. Al constatar la corrección adecuada de la demanda, mediante auto del 21 de octubre de 2019, el Magistrado sustanciador dispuso admitir la demanda en contra de los artículos 82, 185, 186, 187, 188 y 218 del Decreto Ley 262 de 2000, “Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.”, por la posible vulneración de los artículos 1, 2, 4, 53 y 209 de la Constitución Política. También dispuso que se continuara el trámite procesal.

A. NORMA DEMANDADA

1. El siguiente es el texto de la norma demandada. Se resalta el aparte cuestionado:

DECRETO 262 DE 2000

(febrero 22)

“Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se

encuentren sujetos.”

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

DECRETA:

ARTÍCULO 82. Clases de nombramiento. En la Procuraduría General de la Nación se pueden realizar los siguientes nombramientos:

- a) Ordinario: para proveer empleos de libre nombramiento y remoción.
- b) En período de prueba: para proveer empleos de carrera con personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de méritos.
- c) Provisional: para proveer empleos de carrera definitivamente vacantes, con personas no seleccionadas mediante el sistema de méritos, mientras se provee el empleo mediante concurso.

Igualmente, se hará nombramiento en provisionalidad para proveer empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción temporalmente vacantes, mientras duren las situaciones administrativas o los movimientos de personal que generaron la vacancia temporal del empleo.

Parágrafo. Nadie podrá posesionarse en un empleo de la Procuraduría General de la Nación sin el lleno de los requisitos constitucionales y legales exigidos.

ARTÍCULO 185. Procedencia del encargo y de los nombramientos provisionales. En caso de vacancia definitiva de un empleo de carrera, el Procurador General podrá nombrar en

encargo a empleados de carrera, o en provisionalidad a cualquier persona que reúna los requisitos exigidos para su desempeño.

Se hará nombramiento en encargo cuando un empleado inscrito en carrera cumpla los requisitos exigidos para el empleo y haya obtenido calificación de servicios sobresaliente en el último año y una calificación mínima del 70% sobre el total del puntaje en los cursos de reinducción a que se refiere el numeral segundo del artículo 253 de este decreto. Sin embargo, por razones del servicio, el Procurador General de la Nación podrá nombrar a cualquier persona en provisionalidad siempre que ésta reúna los requisitos legales exigidos para el desempeño del empleo por proveer.

El empleo del cual sea titular el servidor encargado podrá proveerse por encargo o en provisionalidad mientras dure el encargo de aquél.

El servidor encargado tendrá derecho a la diferencia entre el sueldo de su empleo y el señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no sea percibido por su titular.

Efectuado el nombramiento por encargo o en provisionalidad, la convocatoria a concurso deberá hacerse dentro de los tres (3) meses siguientes a este nombramiento.

PARÁGRAFO. Lo dispuesto en el inciso segundo del presente artículo, regirá a partir del 1º de enero del año 2001 y lo dispuesto en el inciso quinto regirá a partir de agosto del año 2000.

ARTÍCULO 186. Nombramiento provisional. El nombramiento tendrá carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, aunque en el respectivo acto administrativo no se determine la clase de nombramiento de que se trata.

También tendrá carácter provisional la vinculación del servidor que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que, en virtud de la ley o de decisión judicial, se convierta en cargo de carrera. En este caso, el concurso para proveer definitivamente la vacante respectiva será abierto.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. El empleado que esté desempeñando un cargo de carrera en calidad de provisional al momento de la entrada en vigencia de este decreto, podrá participar, en igualdad de condiciones, en el concurso realizado para la provisión del respectivo empleo, aunque éste sea de ascenso.

ARTÍCULO 187. Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos podrán ser provistos por encargo o en forma provisional por el tiempo que duren aquellas situaciones.

El servidor encargado tendrá derecho a la diferencia entre el sueldo de su empleo y el señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no sea percibido por su titular.

ARTÍCULO 188. Duración del encargo y del nombramiento provisional. El encargo y la provisionalidad, cuando se trate de vacancia definitiva en cargos de carrera, podrán hacerse hasta por seis (6) meses. El término respectivo podrá prorrogarse por un período igual.

Si vencida la prórroga no ha culminado el proceso de selección, el término de duración del encargo y de la provisionalidad podrá extenderse hasta que culmine el proceso de selección.

Cuando la vacancia sea el resultado de ascenso que implique período de prueba, el encargo o el nombramiento provisional podrán extenderse por el tiempo necesario para determinar la superación del mismo.

PARÁGRAFO. Por razones del servicio el Procurador General de la Nación podrá desvincular a un servidor nombrado en provisionalidad o dar por terminado el encargo, aún antes del vencimiento del término establecido en el presente artículo.

ARTÍCULO 218. Período de prueba. La persona seleccionada por concurso abierto no inscrita en la carrera o de ascenso con cambio de nivel será nombrada en período de prueba, por un término de cuatro (4) meses, al vencimiento del cual se evaluará su desempeño laboral.

Aprobado el período de prueba, el empleado deberá ser inscrito en el Registro Único de Inscripción en Carrera de la Procuraduría General. Si no lo aprueba, una vez en firme la calificación, su nombramiento deberá ser declarado insubsistente mediante acto administrativo motivado expedido por el Procurador General. Contra la declaratoria de insubsistencia sólo procede el recurso de reposición, dentro de los tres días siguientes a su notificación, el cual debe resolverse dentro del término de treinta (30) días, quedando agotada la vía gubernativa.

Cuando el servidor de carrera sea seleccionado para un nuevo empleo por concurso, sin que implique cambio de nivel, será actualizada su inscripción en el registro mencionado, una vez tome posesión del nuevo cargo. Cuando el ascenso ocasione cambio de nivel, el nombramiento se hará en período de prueba; en este evento, si el empleado no obtiene calificación satisfactoria en la evaluación de su desempeño, regresará a su empleo anterior y conservará su inscripción en la carrera. Mientras se produce la calificación del período de prueba, el empleo del cual era titular el servidor ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional.

La evaluación del período de prueba se efectuará con base en el instrumento adoptado por la Comisión de Carrera para tal efecto”.

A. LA DEMANDA

1. Pedro Alfonso Hernández, actuando en representación de Diana Fabiola Millán Suárez y Pedro Alirio Quintero Sandoval, presentó demanda de inconstitucionalidad contra algunos apartes de los artículos 82, 185, 186, 187, 188 y 218 del Decreto Ley 262 de 2000. Considera que dichas normas infringen los artículos 1º, 2º, 4, 13, 40 numeral 7, 53, 125, 130, 209 y 279

de la Constitución Política, en cuanto facultan al Procurador General de la Nación para que provea discrecionalmente, en provisionalidad, los cargos de carrera de la Procuraduría, que no han sido aún atribuidos por concurso de méritos, lo que, a su juicio, desconoce los principios constitucionales de igualdad, movilidad, mérito, competencias laborales y eficacia de la función administrativa.

1. Explica que la carrera es un sistema que se caracteriza no únicamente por el ingreso por razones exclusivas de mérito y derecho a estabilidad en el cargo, sino también, por el ascenso fundado en el mérito; las opciones de movilidad laboral, mediante situaciones administrativas diversas, que exigen pertenecer a la carrera; los programas de inducción y reinducción al servicio y los programas de incentivos, bienestar, formación y capacitación para los integrantes del sistema. Hace especial énfasis en el derecho a la movilidad laboral dentro de la carrera y explica cómo el encargo es la figura que permite, a quienes pertenecen al sistema, ocupar transitoriamente cargos que han quedado vacantes, temporal o definitivamente, mientras se proveen mediante un concurso. Sin embargo, arguye que el nombramiento en provisionalidad permite a personas ajenas a la carrera, que no han realizado concurso de méritos y son escogidos libremente por el nominador, ocupar transitoriamente los empleos de carrera, en detrimento de los derechos de los empleados inscritos en el sistema, impidiéndoles así el ejercicio del derecho a la movilidad y su crecimiento o desarrollo profesional.

DESCONOCIMIENTO DE LA EXIGENCIA CONSTITUCIONAL DE MÉRITO Y DEL MODELO DE CARRERA

1. Para el apoderado de los demandantes, de conformidad con la Constitución Política, Colombia es un Estado Social de Derecho que se encuentra al servicio de la comunidad, es decir, que es su deber garantizar la prestación efectiva y de calidad de los servicios públicos, los cuales a su vez, deben ser provistos con ayuda de los servidores públicos, quienes deben ser competentes para desempeñar las labores específicas de su cargo, pues solo de esta

forma se podrán cumplir los fines establecidos en los artículos 1 y 2 de la Constitución.

1. En su concepto, la mejor forma de garantizar que los servidores públicos cuenten con los conocimientos, destrezas, habilidades, actitudes y aptitudes para el desempeño del cargo, es por medio de un concurso de méritos, en tanto que verificar únicamente los requisitos mínimos (títulos y experiencia) para desempeñar una labor en el Estado, resulta insuficiente para hacer efectivos los principios que orientan la función pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 125 de la Constitución. Por lo anterior, afirma que los nombramientos en provisionalidad, previstos en las normas demandadas, permiten la vinculación discrecional de particulares que podrán no estar suficientemente calificados para garantizar “la prestación eficiente del servicio y la atención de las necesidades de la comunidad”, de acuerdo con lo previsto en el artículo 209 de la Constitución.

1. Agrega que el mérito apunta a determinar, más allá de la verificación de los títulos y de los años de experiencia, si el candidato es verdaderamente idóneo para ejercer el cargo, dispone de los conocimientos requeridos y cuenta con las aptitudes y actitudes, valores y destrezas que demanda el principio de eficacia para el correcto ejercicio de las funciones públicas. Pone de presente que es justamente esto lo que demanda el artículo 125 de la CP al determinar la verificación de las “competencias y calidades de los aspirantes”. Así, explica que la única excepción constitucional al sistema de carrera son los empleos de libre nombramiento y remoción, que otorgan facultad discrecional al nominador para realizar la provisión del cargo. Sin embargo, expone que la figura de los nombramientos en provisionalidad extiende indebidamente la discrecionalidad del nominador, respecto de cargos de carrera administrativa, sin exigir la verificación del mérito en quien ocupará el cargo.

1. Argumenta, adicionalmente, que los nombramientos en provisionalidad desconocen, por períodos prolongados, el principio del mérito propio de la carrera, teniendo en cuenta que aunque las normas exigen la realización de los concursos de méritos en términos cortos, en la práctica, dichos concursos no se llevan a cabo o se prolongan indefinidamente, lo que conduce a que las personas nombradas en provisionalidad ocupen indefinidamente los

empleos de carrera, aún sin demostrar que disponen de las habilidades que exige el correcto ejercicio del cargo.

1. Indica que los artículos 130, de manera general y 279, de manera específica, establecen un modelo de mérito concretado en los sistemas de carrera, modelo que resulta desconocido por la figura de los nombramientos en provisionalidad, no solo en cuanto a que la carrera es la regla general para la provisión de los empleos públicos, sino también porque desvirtúa las finalidades mismas del sistema.

DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL ACCESO A CARGOS PÚBLICOS

1. Para el accionante la carrera administrativa es el mecanismo que garantiza la igualdad en el acceso, permanencia y movilidad dentro de los cargos públicos la que, resultaría desconocida por los nombramientos en provisionalidad, teniendo en cuenta que permite ocupar los cargos de carrera, sin exigencias y requisitos que sí se predicen de quienes han superado los respectivos concursos: no se les exige presentar pruebas que demuestren el mérito, no deben superar el período de prueba que busca comprobar su eficacia y eficiencia laboral y no requieren tener una calificación sobresaliente en el desempeño para poder acceder al cargo, como sí se exige para poder ser encargado³. Resalta que, para ser encargado en el empleo vacante, el empleado de carrera debe haber obtenido al menos el 70% de la calificación en el curso de reinducción anterior al encargo. Lo anterior, le permitirá acceder temporalmente al cargo superior, lo que no se exige al nombrado en provisionalidad. De esta manera, las normas demandadas vulnerarían el principio de igualdad en el acceso a los cargos o empleos públicos, “porque dispensan el mismo trato a personas que no se hallan en la misma condición fáctica ni jurídica. El nombramiento provisional desconoce tanto el derecho de los empleados de carrera a ser encargados en los empleos de carrera, que es la prerrogativa que la estructura del sistema (...) ofrece a los interesados en el servicio público. El nombramiento provisional evidencia el incumplimiento institucional de la oferta hecha por el propio Estado a quienes han confiado en sus convocatorias para el ingreso al servicio

público”.

1. Igualmente, agrega que el artículo 53 de la Constitución se refiere los derechos mínimos que rigen las relaciones de trabajo, dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad de oportunidades para los trabajadores, el cual es desconocido mediante las normas demandadas, en la medida en la que: (i) no es garantizado a los empleados de carrera de la Procuraduría General de la Nación al ubicar en el mismo plano a quienes ostentan cargos, en virtud de haber superado un concurso de méritos, y a particulares ajenos a la administración y, (ii) existe una discriminación injustificada en el trato constitucional que la ley “prevé en favor de los empleados de carrera de otros sistemas de carrera, en los cuales, a los empleados de carrera les asiste un derecho preferencial a ser encargados en las vacancias definitivas o temporales de los empleos de carrera”.

1. Finalmente, refiere que cuando se determina que una norma proferida por el Legislador infringe la Constitución, se desconoce, de manera automática, el principio de supremacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico (artículo 4).

1. En razón de todo lo anterior, considera que la Corte Constitucional debe declarar la inexecutable de las expresiones demandadas, que permiten los nombramientos en provisionalidad en la Procuraduría General de la Nación, pero, de manera subsidiaria, considera que es posible condicionar su exequibilidad en el entendido de que “la vinculación laboral del empleado provisional con el Estado, en caso de no resultar inconstitucional, podría responder a un criterio de subsidiaridad; es decir, sus expectativas de vinculación se hallan en un nivel inferior frente al derecho constitucional al encargo que les asiste a los empleados con derechos de carrera. Por ello, sus expectativas de arribo a la Administración podrían resultar constitucionales si se supeditara su procedencia a la ausencia de empleados con derechos de carrera en la planta de la entidad, a quienes les asiste el derecho constitucional a ser encargados en las vacancias definitivas o temporales de los empleos de carrera”.

A. INTERVENCIONES

1. Durante el trámite del presente asunto se recibieron oportunamente doce escritos de intervención⁴ y uno extemporáneo⁵, por medio de los cuales se solicitó a la Corte que se adopte una de las siguientes decisiones, a saber: (i) se declare la exequibilidad de las normas acusadas; (ii) se declare la inexequibilidad de los apartados de los artículos 82, 185, 186, 187, 188 y 218 del Decreto Ley 262 de 2000; (iii) se condicione la exequibilidad de las normas. A continuación, se exponen los argumentos que fundamentan cada una de dichas solicitudes:

Solicitud de exequibilidad. Los demandantes parten de un análisis incorrecto de las normas al considerar que la modalidad del encargo es sinónimo del ascenso. Explican que el primero es una herramienta que permite proveer, de manera transitoria, un cargo vacante, mientras que el segundo es un derecho al que se accede por intermedio de la aplicación de un concurso de méritos. Asimismo, aseguran que el principio de la movilidad en el empleo público no puede entenderse como la posibilidad de ocupar otro cargo vacante, simplemente por ese hecho, sino como la imposibilidad que tiene el Estado de retirar a quien está inscrito en la carrera sin acreditar las condiciones previstas en la ley.

1. Solicitud de inexequibilidad. La facultad que otorgan los apartes de las normas demandadas al Procurador para que, ante un cargo vacante, designe a una persona en encargo o en provisionalidad, sin establecer distinción, viola los principios constitucionales de igualdad y de mérito. Lo anterior, como quiera que otorgan un trato igual a personas que no se encuentran en las mismas condiciones, puesto que unos accedieron al servicio público, por intermedio de un concurso de méritos y, por ende, están inscritos en la carrera administrativa, mientras que los otros son ciudadanos ajenos al servicio público que, si bien pueden cumplir con los requisitos para el desempeño del cargo, no tienen vocación de permanencia al interior de la entidad.

1. De igual forma, los apartes demandados impiden la garantía del principio de movilidad en el empleo público, como quiera que impide que los empleados de carrera administrativa ocupen cargos distintos que se encuentran vacantes, pese a que también acrediten los requisitos para su desempeño.

1. Solicitud de exequibilidad condicionada. La norma debe interpretarse de manera favorable y progresiva respecto de los funcionarios de carrera administrativa y, por ende, la regla general debe ser el nombramiento en encargo, mientras que, la provisionalidad debe ser la excepción.

A. CONCEPTO DEL VICEPROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

DECLARATORIA DE IMPEDIMENTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

1. Mediante escrito recibido en la Secretaría General de la Corte Constitucional⁶, el Procurador General de la Nación, Fernando Carrillo Flórez, manifestó su impedimento para conceptuar en el proceso de referencia, por considerar que se encuentra incurso en la causal consistente en tener interés directo en la decisión, prevista en el artículo 25 del Decreto 2067 de 1991. A su juicio, la demanda de inconstitucionalidad cuestiona la vinculación de servidores públicos mediante el nombramiento en provisionalidad para que, en su lugar, rija un sistema en el que las vacantes sean provistas con personas que ya integran la carrera en la Procuraduría, de modo que, “el nominador no pueda seleccionar personas que no se encuentren en la entidad”. En este sentido, explicó que es precisamente el Procurador General de la Nación quien funge como titular de la facultad nominadora, de conformidad con el Decreto Ley 262 de 2000, norma aquí demandada. Agregó que aunque “es evidente que la mencionada facultad se ejerce de conformidad con los principios de la función pública (art.

209 C.P.) y que está sujeta a los parámetros legales, razón por la cual no se trata de un ejercicio arbitrario de esta, o político como lo sostienen los accionantes (...) también es cierto que esta facultad implica un margen de apreciación razonable para efectuar los nombramientos y en esa medida la decisión de la Corte Constitucional puede afectar la facultad nominadora del Procurador General de la Nación”.

1. Mediante auto 015 de 2020, del 22 de enero, la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió aceptar dicho impedimento.

DECLARATORIA DE IMPEDIMENTO DEL VICEPROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

1. A través de oficio radicado en la Secretaría General de la Corte Constitucional⁷, el Viceprocurador General de la Nación, Juan Carlos Cortés González, también manifestó su impedimento para rendir concepto sobre la constitucionalidad de la norma demandada, al considerar que se encuentra incurso en la causal denominada interés directo en la decisión, de conformidad con el artículo 25 del Decreto 2067 de 1991. Así, argumentó que es el Procurador General de la Nación quien funge como titular de la facultad nominadora y que, en ese sentido, el numeral 2 del artículo 17 del Decreto Ley 262 de 2000 establece que el Viceprocurador General de la Nación debe, entre otras cosas, “asumir las funciones del Procurador General en sus ausencias temporales o en las absolutas mientras se posesiona el nuevo titular”, es decir que la función de nombramiento en provisionalidad, podría ser asumida por éste, en caso de que se presenten las hipótesis establecidas en el Decreto Ley 262 de 2000.

1. Mediante auto 060 de 2020, del 19 de febrero, la Sala Plena decidió no aceptar el impedimento presentado por el Viceprocurador General de la Nación, luego de identificar que, en el presente asunto, no se configuraba un interés actual, personal y directo, que afectase la imparcialidad de aquel.

CONCEPTO

1. Mediante concepto 6715, el Viceprocurador General de la Nación⁸ solicitó estarse a lo resuelto en la sentencia C-077 de 2004, que declaró exequibles los artículos 82, 185, 186, 187 y 188 (parciales) del Decreto Ley 262 de 2000, y que declare exequible el artículo 218 del Decreto Ley 262 de 2000. Como petición subsidiaria, solicitó que se declaren exequibles los artículos 82, 185, 186, 187, 188 y 218 (parciales) del Decreto Ley 262 de 2000.

1. En primera medida, explica que los argumentos que expresa el apoderado de los demandantes en esta oportunidad son idénticos a los esgrimidos en dos demandas conocidas con anterioridad por parte de la Corte Constitucional. En efecto, afirma que, en la sentencia C-077 de 2004, la Sala Plena tuvo la oportunidad de estudiar algunos apartes de los artículos 82, 185, 186, 187 y 188 (parciales) del Decreto Ley 262 de 2000 censurados por medio de cargos de similares características, pero que fueron declarados exequibles al considerar que la figura de la provisionalidad no desconoce el principio del mérito, como quiera que (i) es competencia del legislador establecer las formas de aprovisionar los empleos públicos; (ii) busca garantizar la continuidad de la prestación del servicio público, mientras se proveen las vacantes de forma definitiva ; y (iii) porque la Constitución dispuso que es la Ley la que determina la estructura y el funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación.

1. Finalmente, el Viceprocurador argumenta que, si bien el artículo 218 del Decreto Ley 262 del 2000 no fue analizado de manera previa por parte de la Corte, el mismo sigue la misma lógica de los artículos antes mencionados, en la medida en la que dispone que el cargo que quede vacante en caso de que un funcionario de carrera se encuentre en período de prueba de otro cargo, puede ser provisto mediante nombramiento en provisionalidad; por ello, solicita que aplicando el precedente establecido en la sentencia C-077 de 2004, se declare

exequible.

1. En segundo lugar, el Ministerio Público solicitó, de manera subsidiaria, la declaratoria de exequibilidad de las normas demandadas. Argumenta que “los nombramientos en provisionalidad en cargos vacantes de la Procuraduría General de la Nación no desconocen el derecho al acceso a cargos públicos a través del mérito, no implican el uso indebido de una facultad discrecional, y por el contrario, garantizan la eficiencia en la prestación del servicio público a cargo de la entidad, sin vulnerar los derechos de los que son titulares los servidores públicos inscritos en carrera administrativa”. En efecto, a su juicio, de los artículos 279 y 125 de la Constitución, es posible considerar que el legislador tiene un amplio margen de libertad de configuración para fijar los mecanismos de provisión de los empleos públicos y, en particular, para establecer la estructura y el funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación, competencia que se hizo efectiva a través del Decreto Ley 262 de 2000.

1. Asegura que si bien el acceso a los cargos públicos, por regla general, debe llevarse a cabo mediante un sistema en el que predomine el mérito, lo cierto es que mientras se realizan los respectivos concursos es necesario proveer el cargo, de manera transitoria, con una persona idónea, para efectos de continuar garantizando la prestación efectiva, eficaz y célere de la función administrativa, sin que ello implique la vulneración de los derechos de quienes se encuentran inscritos en el régimen. En ese orden de ideas, cita la sentencia C-753 de 2008, por medio de la cual la Corte Constitucional consideró que los nombramientos en provisionalidad son excepciones válidas a la regla general del mérito, siempre que se fijen límites temporales claros, regla que, a su juicio, el sistema de la Procuraduría cumple, como quiera que el artículo 188 del Decreto Ley 262 – también demandado-, fija un término de duración para los mismos.

1. Finalmente, menciona que los demandantes parten de una premisa equivocada, según la cual el hecho de adquirir derechos de carrera genera titularidad sobre los cargos vacantes de la entidad, confundiendo además, la situación administrativa del encargo con el derecho al

ascenso, pese a que el primero es de carácter temporal, mientras que el segundo se garantiza únicamente a través de la aplicación del principio del mérito y el artículo 88 del Decreto Ley 262 lo define como una forma de provisión de empleos definitiva.

1. En suma, los escritos de intervención, la vista fiscal y las solicitudes presentadas a la Corte en relación con la presente demanda, se resumen en el siguiente cuadro, organizado según su fecha de presentación ante la Secretaría General de la Corte Constitucional:

Interviniente

Argumentos

Solicitud

Ronaldo Rafael Santos Gamarra⁹

Tanto el nombramiento en provisionalidad como el encargo son dos mecanismos para proveer de manera ágil cargos dentro de la procuraduría, mientras los mismos son designados de manera permanente. Sin embargo, el Decreto Ley 262 de 2000 establece diferencias entre los dos mecanismos, como quiera que el primero sólo exige el cumplimiento de los requisitos establecidos en el manual de funciones, mientras que el segundo, además de ello, requiere una calificación de servicios sobresaliente en el último año y una calificación mínima del 70% sobre el total del puntaje de los cursos de reinducción. Así, con el nombramiento en provisionalidad se puede designar a cualquier persona, desconociendo el principio del mérito.

Inexequibilidad de la expresión “con personal no seleccionado mediante el sistema del

mérito” de los artículos 82 y 186. Asimismo, la expresión “cualquier persona” del artículo 185.

Exequibilidad condicionada

Carlos José Mansilla Jáuregui¹⁰

Las normas demandadas del Decreto Ley 262 de 2000 menoscaban los derechos de los trabajadores, en la medida en la que la norma establece que se podrá designar en encargo a un funcionario de carrera o a alguien en provisional, situación que no ocurre con los funcionarios de otras entidades, como quiera que la Ley 909 de 2004 contiene una regla diferente.

Inexequibilidad

Clínica Jurídica de Sostenibilidad, Justicia Económica, Derechos Humanos y Empresa de Interés¹¹

El principio del mérito, eje rector del Estado colombiano, obliga a que se privilegie el nombramiento en encargo de los empleados que hacen parte de la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación, para efectos de proveer, de manera temporal, las vacantes definitivas. En ese orden de ideas, la excepcionalidad debe ser el nombramiento en provisionalidad.

Inexequibilidad

Jairo Villegas Arbeláez¹²

Las normas demandadas otorgan igual trato al empleado de carrera que al de provisionalidad, sin que exista una justificación razonable para ello, como quiera que el primero es el resultado de la aplicación del principio del mérito, tiene vocación de permanencia y representa la coherencia del sistema en cuanto a la movilidad, especialmente, en cuanto al ascenso.

Inexequibilidad

Olga Lucía Arango Álvarez¹³

Las normas demandadas facultan al procurador para que realice encargos o nombramientos provisionales en igualdad de condiciones, sin ningún tipo de distinción entre uno y otro mecanismo, pese a que la vinculación no responde a un parámetro de igualdad, puesto que con el primero se hace efectiva la movilidad en la carrera administrativa, la que, en todo caso, está integrada por funcionarios que ingresaron al servicio mediante el mérito. Así, los nombramientos en provisionalidad deben proceder única y exclusivamente, cuando no existan funcionarios de carrera que puedan desempeñar el cargo.

Exequibilidad condicionada

Universidad del Rosario¹⁴

La provisionalidad establecida en el Decreto Ley 262 de 2000 viola el derecho a la igualdad de los empleados de carrera, pues permite que sean designados funcionarios en provisionalidad a discrecionalidad del procurador, sin establecer criterios de prelación para hacer efectiva la movilidad en la carrera administrativa, que está mediada por el principio del mérito.

Inexequibilidad

Cindy Karina Marquines Quiñones¹⁵

No existe cosa juzgada constitucional respecto de lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-077 de 2004, en la medida en la que en esta oportunidad se busca determinar si la discrecionalidad del procurador para acudir a las figuras del encargo o del nombramiento en provisionalidad, cuando se presenta una vacancia temporal en un cargo de

carrera administrativa, prevista en el Decreto Ley 262 de 2000 es contraria a la Constitución.

Si la Constitución estableció al mérito como eje rector para la provisión del empleo público y la carrera administrativa es el mecanismo para la administración del personal que mejor respeta dicho principio, no existe justificación para que la norma no establezca un sistema de prelación que dé prioridad al encargo.

Inexequibilidad

Fernando Arias García¹⁶

La permisión de los nombramientos en provisionalidad en la Procuraduría General de la Nación constituye un desincentivo para la convocatoria, desarrollo y terminación de los concursos de méritos. Igualmente, las normas afectan los derechos de quienes han accedido a la carrera por concurso, que es la regla general en el empleo público del país.

Inexequibilidad

Antonio José Arteta Reyes¹⁷

El Decreto Ley 262 de 2000 establece que el régimen laboral de la Procuraduría General de la Nación es especial, pero ello no significa que éste no deba respetar los principios constitucionales de igualdad y mérito, por lo que es necesario interpretar las normas de manera favorable y progresiva, de tal manera que el encargo sea la regla general y el nombramiento en provisionalidad la excepción.

Exequibilidad condicionada

En la demanda se plantea un cargo que no fue estudiado por la Corte Constitucional en la sentencia C-077 de 2014, relativo a la violación del principio de movilidad en el empleo.

La facultad establecida en el artículo 185 del Decreto Ley 262 de 2000, relativa a la

posibilidad que tiene el procurador de proveer en un cargo, de manera transitoria, por medio del encargo o del nombramiento en provisionalidad es demasiado amplia y vulnera el principio de movilidad en el empleo, el cual si bien no se encuentra taxativamente previsto en la Constitución, sí es desarrollo de la aplicación del mérito en los empleos públicos, pues garantiza que quien ha accedido a la carrera administrativa a través de un concurso de méritos pueda ocupar otros cargos de manera transitoria o permanente. Así, el encargo debería ser la regla general y el nombramiento en provisionalidad la excepción.

Exequibilidad condicionada del artículo 185.

Departamento Administrativo de la Función Pública¹⁹

Los demandantes parten de un análisis incorrecto de la norma al considerar que la modalidad del encargo es igual al ascenso, como quiera que el primero es una herramienta que permite proveer, de manera transitoria, un cargo; y el segundo es un derecho al que se accede por intermedio de la aplicación de un concurso de méritos. Por lo anterior, la interpretación excluyente que realizan los demandantes impide que los ciudadanos puedan ingresar al servicio público temporalmente, en condiciones de igualdad.

Finalmente, la movilidad en el empleo público no puede entenderse como la posibilidad de ocupar otro cargo vacante, simplemente por ese hecho, sino como la imposibilidad que tiene el Estado de retirar a quien está inscrito en la carrera sin acreditar las condiciones previstas en la ley.

Exequibilidad

Comisión Nacional del Servicio Civil²⁰

La CNSC no administra el régimen especial de carrera administrativa prevista para la Procuraduría General de la Nación, por lo que no se pronuncia al respecto.

No hay solicitud

1. De manera extemporánea, se recibió el siguiente escrito:

Interviniente

Argumentos

Solicitud

Universidad Externado de Colombia²¹

El legislador tiene libertad de configuración en la materia. Los argumentos esgrimidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-077 de 2004 siguen vigentes, en el sentido de que el nombramiento en provisionalidad no atenta contra la integridad del concurso de méritos, sino que tiene la finalidad de proveer el cargo de manera transitoria y garantizar la prestación del servicio.

Exequibilidad

A. PRUEBAS RECAUDADAS

1. Mediante auto del 27 de septiembre de 2019, el Magistrado sustanciador dispuso oficiar a la Procuraduría General de la Nación para que remitiera a la Corte Constitucional un informe con el número de cargos provistos en provisionalidad, indicando el tiempo de duración de dichos nombramientos y, de manera no individualizada, las diversas razones que justifican su prolongación.

1. Mediante escrito remitido a la Secretaría General de la Corte Constitucional el 16 de octubre de 2019²², la Procuraduría General de la Nación informó que, para la fecha, la nómina de la entidad tenía 888 empleados nombrados en provisionalidad, y 194 encargos con servidores de carrera administrativa²³. Asimismo, indicó que el término de duración de los primeros se encuentra previsto en el artículo 188 del Decreto Ley 262 de 2000, por lo que

dichos nombramientos se realizan, por regla general, por un período de 6 meses los que, atendiendo a las necesidades del servicio, se prorrogan por términos iguales al inicialmente previsto.

1. En lo que tiene que ver con las diversas razones que justifican la prolongación de los nombramientos en provisionalidad, informó que la planta de personal de la entidad es globalizada en virtud del Decreto Ley 262 de 2000 y que, en ese orden de ideas, el legislador facultó al nominador para distribuir a través de acto administrativo, los empleos de conformidad con las necesidades y así garantizar la efectiva prestación del servicio. Por lo anterior, desarrolló dos procesos de selección en el año 2015: El primero reglamentado mediante la resolución 040 del 20 de enero, que tenía la finalidad de proveer un total de 744 empleos de Procurador Judicial I y II en todo el territorio nacional; y el segundo establecido en la resolución 332 del 12 de agosto, cuya intención era ofertar 739 cargos de los niveles asesor, profesional, técnico, administrativo y operativo. Sin embargo, aclara que no fue posible ofrecer la totalidad de los empleos previstos en la planta de personal, por razones presupuestales.

1. Informó, igualmente, que si bien ha realizado un esfuerzo importante por designar a quienes están en las listas de elegibles, lo cierto es que distintas dinámicas han impedido que todos los cargos sean provistos, porque muchos de los participantes no aceptaron, no tomaron posesión de los empleos o simplemente guardaron silencio. Ello conllevó a que, para garantizar la prestación pronta y oportuna del servicio, tuvieron que recurrir a los nombramientos en provisionalidad.

Finalmente, informan que una nómina como la de esa entidad no es estática y que tiene un constante movimiento, en virtud de las mismas situaciones administrativas previstas en el ordenamiento jurídico.

I. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241 numeral 4º de la Constitución, esta Corte es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia.

A. CUESTIÓN PREVIA: LA COSA JUZGADA QUE SE PREDICA DE LA SENTENCIA C-077 DE 2004

1. En su concepto, el Viceprocurador General de la Nación considera que, en el presente caso, la Corte debería estarse a lo resuelto en la sentencia C-077 de 2004, en lo que concierne a los artículos 82, 185, 186, 187 y 188 del Decreto Ley 262 de 2000, ya que los mismos fueron juzgados y declarados exequibles en tal decisión, por cargos equivalentes a los presentados en esta ocasión. Asegura, igualmente, que dicha cosa juzgada no se predica del artículo 218 del decreto ley en cuestión, porque no fue examinado en dicha oportunidad. Contrario a tal posición, la ciudadana Cindy Karina Marquines Quiñones argumenta que en la sentencia de 2004 estas normas no fueron cotejadas respecto del principio de movilidad dentro de la carrera administrativa, por lo que, en realidad, se trata de cargos diferentes. En vista de lo anterior, de manera previa al examen de la demanda, se requiere determinar si existe cosa juzgada al respecto que inhiba total o parcialmente la competencia de este tribunal.

1. En la sentencia C-077 de 2004, la Corte Constitucional juzgó algunas expresiones de los artículos 82, 185, 186, 187 y 188 del Decreto ley 262 de 2000, frente a una demanda ciudadana que sostenía que se vulneraban el preámbulo y los artículos 2º, 13 y 125 de la Constitución Política. Sostenía el demandante “que conforme a lo dispuesto en el Art. 125

superior los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con algunas excepciones, lo cual significa que en los empleos de carrera no es admisible el nombramiento en provisionalidad porque la Constitución no lo prevé. Agrega(ba) que el constituyente quiso que todos los cargos de carrera administrativa que quedaran vacantes fueran llenados mediante concurso público en igualdad de condiciones para todas las personas, lo cual es quebrantado por las normas sobre nombramiento en provisionalidad al permitir que dichos cargos sean desempeñados por sujetos que no reúnen los requisitos constitucionales y legales. // Manifiesta que el nombramiento en provisionalidad viola el principio de igualdad, pues impide que cualquier persona del común pueda acceder a un cargo público. Señala que el Art. 188 demandado contempla la posibilidad de extender el nombramiento provisional por un tiempo indefinido, con lo cual se elude la convocatoria al concurso público de méritos”.

1. Frente a tales cuestionamientos, este tribunal precisó que el problema jurídico consistía en determinar “si la facultad atribuida en las disposiciones acusadas al Procurador General de la Nación para hacer nombramientos en provisionalidad con el fin de proveer empleos de carrera vacantes definitiva o temporalmente quebranta el régimen de carrera consagrado como regla general en el Art. 125 de la Constitución para los empleos en los órganos y entidades del Estado y el derecho de todas las personas a acceder a un empleo público en igualdad de condiciones”

1. Luego de considerar que la realización de los concursos de méritos requiere un determinado tiempo, para la evacuación de las distintas etapas de la selección y que “la función pública requiere continuidad y, además, debe cumplir los principios de celeridad y eficacia, entre otros, consagrados en el Art. 209 de la Constitución, los cuales son condiciones para alcanzar los fines esenciales del Estado consagrados en el Art. 2º ibídem”²⁴, se concluyó que resulta razonable que se acuda a la figura de los nombramientos provisionales, ya que “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, lo cual se logra mediante las instituciones del nombramiento provisional de cualquier persona que reúna los requisitos para su desempeño o mediante el encargo a

empleados de carrera”²⁵. La sentencia puso igualmente de presente cómo el carácter temporal de la provisionalidad busca garantizar no sólo el respeto del principio según el cual se trata de cargos de carrera, sino también, la igualdad en el acceso a los empleos y funciones públicas. Por lo tanto, resaltó que “el legislador debe establecer límites y condiciones para su utilización”, lo que encontró cumplido en dicha ocasión.

1. A partir de lo anterior, constata la Sala Plena de la Corte Constitucional que una parte del asunto²⁶ planteado en la presente demanda, coincide con aquel que fue decidido en la sentencia C-077 de 2004 y, por lo tanto, existe, al respecto, cosa juzgada constitucional. En efecto, los apartes de los artículos 82, 185, 186, 187 y 188 del Decreto Ley 262 de 2000, en donde se prevé la posibilidad de realizar nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera en la Procuraduría General de la Nación, por vacancias temporales o definitivas en los mismos, hasta tanto se provea el cargo mediante el concurso de méritos correspondiente, ya fueron examinados en lo que concierne a su compatibilidad con el principio del mérito y la carrera como la regla general en la administración de personal (artículo 125 de la Constitución) y se encontró que la provisión transitoria y delimitada temporalmente, de cargos de carrera, mediante la figura de la provisionalidad, no era inconstitucional ya que, en realidad, tal opción desarrolla principios de la función administrativa, particularmente, los de eficacia y eficiencia administrativas (artículo 209 de la Constitución). Así, el razonamiento expuesto por los accionantes en esta ocasión, en el sentido de exponer que la posibilidad de realizar nombramientos en provisionalidad en empleos de carrera en la Procuraduría contraría el principio de mérito, al permitir que personas cuya idoneidad, conocimientos, habilidades, destrezas y aptitudes no fueron objeto de evaluación, ya fue examinado por este tribunal mediante una decisión que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, de la cual se deriva que no es en sí mismo inconstitucional acudir a la provisionalidad en las circunstancias previstas en las normas que fueron declaradas exequibles en la sentencia C-077 de 2004.

1. Si bien es cierto que, en la presente ocasión, como sustento de la solicitud de inexequibilidad se invocan normas constitucionales adicionales a las que sirvieron de sustento a la sentencia C-077 de 2004 (artículos 125 y 209 de la Constitución),

particularmente los artículos 1º, 2º, 130 y 279 de la Constitución Política, en realidad, dichos preceptos superiores son invocados dentro del mismo concepto de la violación, relativo a la vulneración del principio del mérito y la carrera, y su invocación no tiene la entidad suficiente para entender que se trata de un cargo distinto al ya juzgado por la Corte Constitucional. En efecto, los artículos 1º y 2º de la Constitución son introducidos en la argumentación del cargo relativo a la vulneración del principio del mérito y de la carrera, en el sentido de que para la materialización de los fines esenciales del Estado (artículo 2º), propios del Estado Social de Derecho, destinado a servir a la comunidad, a través de la prestación efectiva y de calidad de los servicios públicos (artículo 1º), el Constituyente quiso que los empleos públicos deberían ser ejercidos por servidores públicos capacitados y, por lo tanto, por regla general, seleccionados en razón del mérito y bajo el modelo de carrera administrativa general (artículo 130) y, en el caso concreto, de carrera en la Procuraduría General de la Nación (artículo 279), razón por la cual, la posibilidad de realizar nombramientos en provisionalidad sería inconstitucional a la luz del principio del mérito y del modelo de carrera, que existe en la Constitución. Si bastara con invocar normas constitucionales adicionales a las que sirvieron de fundamento a un control de constitucionalidad previo para permitir un nuevo pronunciamiento de este tribunal, sin examinar materialmente si tales argumentos transforman sustancialmente la acusación respecto de la ya juzgada, se precarizaría la fuerza de la cosa juzgada constitucional, impuesta por el artículo 242 de la Constitución Política y se vulneraría el principio de seguridad jurídica que subyace en tal institución, porque se permitiría que con argumentos adicionales, pero coincidentes, se reabran las discusiones constitucionalmente zanjadas, frente a determinada cuestión.

1. Así, a pesar de que, en efecto existen algunas diferencias argumentativas en la demanda que provocó la presente decisión, en realidad, en ambos casos se discute la constitucionalidad de la posibilidad de recurrir a nombramientos en provisionalidad para cargos de carrera frente al principio del mérito y el modelo de carrera. Por lo tanto, en lo que concierne a las expresiones demandadas de los artículos 82, 185, 186, 187 y 188 del Decreto Ley 262 de 2000, la Corte Constitucional se estará a lo resuelto en la sentencia C-077 de 2004.

1. Ahora bien, no existe cosa juzgada constitucional que inhiba un pronunciamiento respecto del artículo 288 del Decreto Ley 262 de 2000, teniendo en cuenta que la norma contenida en dicha disposición no fue considerada en la sentencia C-077 de 2004 decisión que, no obstante, constituye un precedente relevante para el examen de su constitucionalidad.

1. Tampoco existe cosa juzgada respecto de las expresiones cuestionadas del Decreto Ley 262 de 2000, en lo que respecta a la presunta vulneración del principio de igualdad en el acceso a empleos y funciones públicas. Al respecto, a pesar de que la sentencia C-077 de 2004 examinó si la provisión en provisionalidad de cargos de carrera desconocía el principio de igualdad en el acceso a empleos y funciones públicas, se trata de cargos diferentes. Por una parte, el patrón de comparación examinado en la sentencia de 2004 es completamente diferente al formulado en la presente demanda. En efecto, en la sentencia C-077 de 2004 el accionante consideraba que la provisionalidad desconocía el derecho de cualquier persona a acceder a cargos o empleos públicos al permitir los nombramientos en provisionalidad, mientras que, en la demanda que es objeto de la presente sentencia, los accionantes plantean que la potestad discrecional del Procurador General de la Nación de proveer empleos de carrera, mediante la figura del encargo de personas inscritas y clasificadas dentro de la carrera en la Procuraduría o a través de un nombramiento en provisionalidad es inconstitucional, al otorgar un trato paritario a sujetos que se encuentran en situaciones jurídicas y fácticas diversas, por lo que, se estaría desconociendo el principio de igualdad en el acceso a empleos y funciones públicas. Por otra parte, el cargo juzgado en 2004 cuestionaba el recurso a la provisionalidad, como forma inconstitucional de proveer los cargos de carrera. Por el contrario, el cargo que se somete ahora al juicio de la Corte Constitucional se construye a partir de la presunta indebida articulación de los nombramientos provisionales, respecto del sistema de la carrera administrativa. Es por ello que, para el accionante, el desconocimiento del principio de igualdad se materializaría al permitir el nombramiento en provisionalidad, sin haber descartado previamente la existencia de personas en carrera, que pudieran ocupar dicho cargo mediante el encargo y, por esta vía, al proferir un trato paritario a personas que se encuentran en situación diversa.

1. Es preciso destacar que mediante sentencia C-785 de 2005, la Sala Plena estudió una nueva demanda en contra de los artículos 85, 186, 187 y 188 del Decreto Ley 262 de 2000, la cual consideraba que las normas allí contenidas desconocen el principio de igualdad “en la medida en que establecen diferencias entre quienes ingresan al servicio por medio del concurso de méritos y quienes lo hacen a través del nombramiento en provisionalidad, estableciendo un privilegio injustificado respecto a éstos últimos en lo relacionado con el encargo de los cargos vacantes, pues mientras a los primeros se les exige cumplir con los requisitos del cargo, tener buenas calificaciones y un curso de inducción, a los segundos sólo se les demanda demostrar el cumplimiento de los requisitos del cargo, para que sea la liberalidad del Procurador la que resuelva su ingreso a la Procuraduría General de la Nación”. En dicha ocasión, la Corte consideró que debía estarse a lo resuelto en la sentencia C-077 de 2004, toda vez que “de un simple análisis de los cargos esgrimidos en ambos procesos, se puede llegar a la inequívoca conclusión de la identidad de los argumentos esgrimidos por los demandantes, puesto que los mismos apuntan a una presunta vulneración del régimen de carrera y de la igualdad de condiciones en el acceso a los cargos de la Procuraduría General de la Nación”.

1. El cargo formulado en 2005 no es idéntico al ahora planteado, ya que allí se afirmaba que el desconocimiento del principio de igualdad se materializaba por la exigencia de mayores requisitos para el encargo, frente a la provisionalidad, mientras que en el caso que ahora ocupa a la Corte no se cuestiona la existencia de tales requisitos o la diferencia de trato en razón de los mismos, sino se afirma que la violación al principio de igualdad se evidencia al dar un trato idéntico a sujetos que se encuentran en situación diferente, al permitir alternativamente al Procurador acudir a un nombramiento en provisionalidad o a un encargo. Pese a tales diferencias en los cargos, la sentencia C-785 de 2005 prima facie constituye un precedente para el caso bajo estudio, porque consideró que la sentencia C-077 de 2004 resolvió cualquier cuestión relativa a la vulneración del principio de igualdad en el acceso a empleos y funciones públicas y, por lo tanto, se trataría de un asunto definitivamente zanjado. No obstante, en esta ocasión, la Sala Plena de la Corte Constitucional se apartará del precedente establecido en la sentencia C-785 de 2005, ya que el análisis de la cosa juzgada no se limita a la identificación de un artículo de la Constitución que fue utilizado como parámetro de control, dejando de lado las distintas maneras como el mismo podría

resultar desconocido. Ello resulta particularmente relevante en el principio de igualdad, ya que en razón de su contenido relacional sólo existiría cosa juzgada si el patrón de igualdad juzgado anteriormente fuera el mismo que presenta la nueva demanda ciudadana porque, en ese caso, a pesar de examinarse la constitucionalidad de una norma frente al principio de igualdad, el problema jurídico resultaría diferente. Ello ocurre en la presente ocasión, considerando que el problema jurídico en torno a la igualdad que fue examinado en la sentencia C-077 de 2004²⁷ es sustancialmente distinto al expuesto en la demanda que dio lugar a la sentencia C-785 de 2005 y al que es objeto de análisis en la presente providencia. En efecto, mientras en el cargo de igualdad analizado en la sentencia C-077 de 2004 los sujetos por comparar son (a) las personas nombradas en provisionalidad en un cargo de carrera y (b) cualquier persona del común que quiera acceder a un cargo públicos; en la sentencia C-785 de 2005 y en la demanda que la Sala estudia en esta oportunidad, los sujetos por comparar para determinar la existencia de una afectación prima facie al principio de igualdad son (a) las personas nombradas en provisionalidad en un cargo de carrera y (b) las personas que hacen parte de la carrera y son nombradas mediante un encargo. Por otra parte, la razón de la presunta vulneración al principio de igualdad dista en los tres casos: (i) por permitir el acceso a cargos de carrera de personas cuyo mérito no ha sido evaluado (sentencia C-077 de 2004), (ii) por exigir mayores requisitos a las personas inscritas en la carrera para ser encargadas, que a cualquier persona para ser nombrada en provisionalidad (sentencia C-785 de 2005) y (iii) por otorgar la facultad discrecional al nominador para escoger alternativamente entre el encargo y el nombramiento en provisionalidad, a pesar de que las personas inscritas en la carrera se encuentran en una situación jurídica que las sitúa en mejor posición para acceder al encargo, frente a las personas que aspiran a ser nombrados en provisionalidad – trato igual a sujetos desiguales – (cargo objeto de la presente demanda).

1. En consecuencia, en esta oportunidad, la Sala Plena de la Corte Constitucional no puede estarse a lo resuelto en la sentencia C-077 de 2004, contrario a lo decidido en la sentencia C-785 de 2005, porque ello constituiría una forma de denegación de justicia. Así, concluye al respecto la Sala Plena que el asunto relativo al presunto desconocimiento del principio de igualdad en el acceso a los empleos y funciones públicas, en los términos de la demanda objeto de estudio, no ha sido examinado por este tribunal en decisión previa con fuerza de

cosa juzgada y, por lo tanto, esta corporación judicial es competente para proferir un fallo al respecto.

1. Finalmente, debe advertirse que ninguno de los intervinientes, ni el Vice Procurador General de la Nación pusieron en duda la aptitud sustancial de la demanda, posición con la que concuerda la Sala Plena por lo que, se impone la adopción de una decisión de fondo al respecto.

A. PROBLEMAS JURÍDICOS, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

1. Mediante el Decreto Ley 262 de 2000 se modificó la estructura, la organización y las competencias internas de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público y se modificó el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, así como lo relativo a las diferentes situaciones administrativas del personal y el de las inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores. En el artículo 82 de este decreto, se clasificaron los tipos de nombramiento. Dentro de dicha tipología se dispuso que el nombramiento provisional se realiza para proveer empleos de carrera definitivamente vacantes, con personas que no han sido seleccionadas mediante el sistema de méritos, mientras se realiza la provisión del cargo mediante el concurso. También se prevé que el nombramiento provisional procede para proveer cargos de carrera o de libre nombramiento y remoción, temporalmente vacantes, mientras duren las situaciones administrativas o los movimientos de personal que generaron la vacancia.

1. Por su parte, el artículo 185 establece la procedencia del encargo y de los nombramientos en provisionalidad en caso de vacancia definitiva de un empleo de carrera. En consecuencia, determina que el nombramiento en provisionalidad exige que se reúnan los requisitos legales para el desempeño del cargo, mientras que las exigencias para el encargo de un empleado inscrito en la carrera es haber obtenido calificación de servicios sobresalientes en el último

año y una calificación mínima del 70% sobre el total del puntaje en los cursos de reinducción. En consecuencia, la vacante que se genere de un encargo podrá proveerse a su vez por encargo o en provisionalidad. Efectuado el nombramiento la convocatoria a concurso deberá hacerse dentro de los tres (3) meses siguientes a este nombramiento. En el artículo 186 se aclara que en caso de que no se determine en el acto administrativo la clase de nombramiento que el mismo contiene, será provisional cuando se trate de proveer transitoriamente un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito y cuando la vinculación del servidor se ejerza en un empleo de libre nombramiento y remoción, el cual en virtud de la ley o de decisión judicial, se convierta en un cargo de carrera.

1. El artículo 187 dispone que la provisión de empleos de carrera por vacancia temporal puede realizarse tanto por encargo como de forma provisional por el tiempo que dure la situación administrativa que obliga al titular del cargo a separarse del mismo de manera temporal. De otro lado, el artículo 188 señala el término de duración del encargo y del nombramiento provisional cuando se trate de vacancia definitiva en cargos de carrera. En consecuencia, el nombramiento podrá hacerse hasta por seis (6) meses, y prorrogarse por un período igual o hasta que culmine el proceso de selección, y cuando la vacancia sea el resultado de un ascenso que requiere período de prueba, el nombramiento provisional se extenderá hasta que se supere ese período. Finalmente, el artículo 218 señala que, durante el período de prueba del servidor público ya inscrito en la carrera, pero que resulte seleccionado para un nuevo empleo por concurso, que implique un ascenso por cambio de nivel, al vencimiento de tal período se debe realizar una calificación, de la que dependerá su inscripción en el Registro Único de Inscripción en Carrera de la Procuraduría General. Por tanto, mientras dure el período de prueba y se produce tal calificación, el empleo del cual era titular el servidor ascendido, puede ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional.

1. De acuerdo con la demanda ciudadana, le corresponde a la Corte Constitucional resolver los siguientes problemas jurídicos:

(i) ¿ El artículo 218 del Decreto Ley 262 de 2000 vulnera los artículos 1º, 2º, 4, 125, 230 y 209 de la Constitución Política, al disponer que cuando fruto de un concurso, un empleado de carrera en la Procuraduría General de la Nación, haya sido ascendido con cambio de nivel y, por lo tanto, su nombramiento se realice en período de prueba, el empleo del cual era titular el servidor ascendido será provisto mediante nombramiento provisional, mientras se realiza la calificación del período de prueba?

(ii) ¿Los artículos 82, 185, 186, 187, 188 y 218 del Decreto Ley 262 de 2000 desconocen el principio de igualdad en el acceso a empleos y cargos públicos, al disponer que el Procurador General de la Nación se encuentra habilitado indistintamente para proveer temporalmente los empleos de carrera mediante encargo o a través de un nombramiento en provisionalidad, pese a los diferentes requisitos que se exigen en uno u otro nombramiento?

1. Para resolver los anteriores problemas jurídicos, la Corte Constitucional (i) precisará el alcance del principio constitucional del mérito y analizará la constitucionalidad del artículo 218 del Decreto Ley 262 de 2000 (sección D); (ii) determinará el contenido del derecho a la igualdad en el acceso a los empleos y funciones públicas (sección E) y (iii) juzgará la constitucionalidad del trato paritario entre los nombramientos en encargo y en provisionalidad, para acceder a un cargo de carrera que se encuentra vacante.

A. EL PRINCIPIO DEL MÉRITO Y LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA FACULTAD DE PROVEER CARGOS DE CARRERA EN LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, MEDIANTE NOMBRAMIENTOS EN PROVISIONALIDAD

1. El Estado Social de Derecho se construye a partir de la conjunción de principios, valores y fines constitucionales que le dan identidad y permiten su realización. Uno de ellos es el principio del mérito para el ejercicio de las funciones públicas, considerando que “el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración

pública”²⁸ y, por consiguiente, esta forma de Estado riñe con la provisión de los empleos públicos a partir de “factores de valoración que repugnan a la esencia misma del Estado Social de Derecho, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo”²⁹.

1. El mérito es un mandato general de optimización, predicable tanto de las personas que pretendan ejercer los empleos públicos (artículo 122 de la Constitución), como para el ejercicio de funciones públicas por parte de particulares (artículos 116 inciso 4, 123, inciso 3 y 210 inciso 1). Este principio constitucional busca que la realización de los fines esenciales del Estado (artículo 2 de la Constitución), particularmente el servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, se confíe a personas idóneas, en razón de sus conocimientos, experiencia, aptitudes y destrezas y, de esta manera, la función administrativa, que está al servicio de los intereses generales, se desarrolle con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (artículo 209 de la Constitución). Es por ello que la jurisprudencia ha explicado que los méritos exigidos para proveer un empleo público no pueden ser evaluados en abstracto, para ejercer cualquier cargo público, sino que deben ser aquellos necesarios, en concreto, para ejercerlo de manera adecuada³⁰ “al servicio del Estado y de la comunidad”, como lo exige el artículo 123 de la Constitución.

1. 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 públicas³¹. Al tratarse de un mandato de optimización, su concretización varía dependiendo del tipo de vínculo que se tenga con el Estado, así como del sistema de manejo de personal de que se trate. De esta manera, incluso en los empleos de libre nombramiento y remoción, sin desconocer la facultad discrecional del nominador, debe materializarse el principio del mérito, considerando que además de la verificación previa de los requisitos mínimos para el ejercicio del cargo público, el margen amplio de apreciación reconocido al nominador para la nominación del

servidor público o para su desvinculación, no sólo se concibe en pro de la selección de las personas de su confianza, sino también adecuadas para el correcto ejercicio de la función. Es por ello que la jurisprudencia administrativa considera que existe desviación del poder, cuando la facultad discrecional es ejercida para fines distintos al mejoramiento del servicio³². Incluso, la Ley 909 de 2004, desarrolló aún más el principio constitucional del mérito en lo que concierne a los empleos gerenciales de libre nombramiento y remoción, al disponer que, en la decisión del nominador, “la competencia profesional es el criterio que prevalecerá”³³.

1. Aunque no se trata del único método para evaluar el mérito, el concurso es un instrumento general y residual para la selección de servidores públicos, según lo dispone el inciso segundo del artículo 125 de la Constitución: “Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público”. De esta manera, el concurso de méritos es un instrumento característico, pero no exclusivo de la carrera³⁴. Así, en aplicación del principio constitucional del mérito, esta Corte declaró la inconstitucionalidad de la categorización como empleados de libre nombramiento y remoción a los empleos temporales y exigió que su selección se realizara por concurso, sin que ello significara, de manera alguna, que se trata de empleados de carrera³⁵. Igualmente, aunque ello revista “un carácter sui generis”³⁶, si el Legislador, en ejercicio de su amplio margen de configuración en el diseño de los procedimientos para la selección del personal, somete a concurso público la provisión de empleos de libre nombramiento y remoción, el principio del mérito exige que se nombre a quien obtenga el puntaje más alto³⁷.

1. Habiendo así determinado que el principio del mérito tiene un ámbito más amplio que la carrera, es en este sistema de administración de personal, que constituye la regla general para la provisión de empleos públicos en Colombia³⁸, en donde se materializa de la mejor manera el principio del mérito, al tratarse de un sistema en el que el acceso, mediante el concurso, se determina exclusivamente en razón del mérito de los aspirantes y su ascenso dentro de la carrera, acceso a estímulos y beneficios, como su permanencia, se determinan

también por razones derivadas exclusivamente del mérito. Así, el sistema de carrera se opone a consideraciones relativas al poder público como un botín que premia a los ganadores de las elecciones³⁹, para repartirlo libremente por razones políticas⁴⁰, con desprecio del mérito de los aspirantes⁴¹. De esta manera, la jurisprudencia constitucional ha considerado que la carrera, en sus modalidades de carrera administrativa general, carreras constitucionales especiales y las de creación legal o específicas⁴², satisface intereses estatales, ligados a la eficiencia y la eficacia en el ejercicio de las funciones públicas, pero a la vez, responde a la exigencia de garantizar los derechos fundamentales de quienes aspiren o accedan al cargo, particularmente la igualdad de todas las personas en el acceso a los empleos y funciones públicas⁴³ y, por ello, se ha sostenido que la carrera constituye un principio del Estado Social de Derecho⁴⁴. A tal punto el Estado Social de Derecho se materializa en el acceso al sistema de carrera mediante un concurso en igualdad de condiciones y que tenga por objeto la evaluación del mérito, en pro de la escogencia de los mejores para el ejercicio del empleo público, que dos actos legislativos fueron declarados inexecutable, al encontrar que permitían el ingreso a la carrera sin la evaluación previa del mérito y ello sustituía la Constitución⁴⁵.

1. En desarrollo de los anteriores postulados, la sentencia C-077 de 2004 negó los cargos de inconstitucionalidad elevados en contra de los artículos 82, 186, 187 y 188 del Decreto Ley 262 de 2000, referentes a que la facultad del Procurador General de la Nación para nombrar en provisionalidad las vacantes temporales o permanentes de cargos que hacen parte del sistema de carrera desconoce el principio del mérito. Para la Corte, “[e]l nombramiento en provisionalidad para proveer una vacante definitiva temporal en un cargo público de carrera no atenta contra la integridad y la regularidad del concurso público de méritos y, por el contrario, permite su realización y por tanto el logro de sus fines y protege el derecho de todas las personas de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, con base en los méritos y calidades y en igualdad de condiciones”⁴⁶.

1. La mencionada sentencia aclaró que el nombramiento en provisionalidad en la Procuraduría General de la Nación (i) suple la necesidad de provisión, a efectos de que no se

afecte la continuidad del servicio, dado que el nombramiento por concurso requiere la realización del propio concurso con sus etapas, es decir, de un tiempo mínimo para su desarrollo y ejecución; (ii) tiene carácter esencialmente temporal, de acuerdo con los límites y condiciones previstos por el Legislador y dichos límites constituyen una razón de su constitucionalidad; y (iii) no posibilita la designación de personas que no cumplan con los requisitos del cargo, pues el parágrafo del Art. 82 del Decreto ley 262 de 2000, que no forma parte de las expresiones acusadas, estatuye que “nadie podrá posesionarse en un empleo de la Procuraduría General de la Nación sin el lleno de los requisitos constitucionales y legales exigidos”.

1. Con fundamento en los mismos postulados, en la sentencia C-753 de 2008 este tribunal declaró la exequibilidad condicionada del artículo 74 del Decreto Ley 091 de 2007, “Por el cual se regula el Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa y se dictan unas disposiciones en materia de administración de personal”, norma que autoriza la provisión de empleos de carrera por encargo o en provisionalidad, que se encuentren vacantes. Indicó la Corte que la provisión de las vacantes mediante los concursos de méritos requiere un determinado tiempo “en el cual puedan desarrollarse las etapas de convocatoria, pruebas de selección y conformación de la lista de elegibles, mientras que la función pública requiere continuidad”⁴⁷ y, por lo tanto, en aras de garantizar los principios de la función administrativa, se justifica la provisión temporal del empleo sin necesidad de acudir a un concurso. No obstante, resaltó la Corte que se trata de una situación excepcional y, por lo tanto, (i) en desarrollo del principio de transparencia, precisó que la estricta necesidad para proveer el cargo debe encontrarse identificada y explicada en un acto administrativo motivado⁴⁸ y (ii) su duración no puede prologarse indefinidamente, lo que sería inconstitucional al desconocer la carrera, como regla de provisión de empleos y el derecho a la igualdad en el acceso a los empleos y funciones públicas. Así, al encontrar que estos elementos no se encontraban en la norma juzgada, la sentencia declaró la exequibilidad condicionada de la norma juzgada en el entendido de que “la provisión de cargos en provisionalidad o en encargo en la administración del sector defensa se realizará hasta cuando se provea el cargo respectivo mediante concurso público o hasta cuando se reintegre el titular del cargo, según sea el caso; así mismo deberá ser justificada mediante acto administrativo motivado, en donde se deberán exponer las razones por las cuales se

considera que es estrictamente necesario dicha provisión excepcional”⁴⁹.

1. En la demanda que ahora ocupa a la Corte Constitucional, los actores alegan que el nombramiento en provisionalidad para proveer la vacante generada durante la calificación del período de prueba del ascenso de un funcionario inscrito en la carrera, al que alude el artículo 218 del Decreto Ley 262 de 2000, desconoce el principio del mérito y el modelo de carrera, igual que las demás normas demandadas, toda vez que (a) permite la vinculación discrecional de personas que pueden no estar lo suficientemente calificadas; (b) su prolongación se vuelve indefinida y (c) la única excepción al sistema de carrera son los empleos de libre nombramiento y remoción. En vista de que estos argumentos ya fueron analizados por la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia C-077 de 2004, esta Sala seguirá ese precedente, de acuerdo con los siguientes argumentos.

1. De conformidad con una interpretación conjunta de los artículos 125 de la Constitución y 1º de la Ley 443 de 1998, por la cual se expidieron normas de la carrera administrativa, la Corte Constitucional en la sentencia C-077 de 2004 determinó que la Procuraduría General de la Nación puede legítimamente realizar nombramientos en provisionalidad para proveer empleos de carrera vacantes definitiva o temporalmente, estos últimos, mientras duren las situaciones administrativas o los movimientos de personal que generaron la vacancia temporal del empleo. En ese entendido, la hipótesis de nombramiento en provisionalidad contenida en el artículo 218 del Decreto Ley 262 de 2000 se encuentra acorde con la Constitución, debido a que es una de las formas previstas por el Legislador acorde con su amplio margen de configuración en la materia⁵⁰, que exceptúa la provisión de empleos mediante un concurso de méritos, a efectos de permitir la continuidad en la prestación del servicio y realizar, de esta manera, el principio de eficiencia de la función pública y garantizar el correcto funcionamiento del servicio durante el período que dura vacante el cargo, esto es, mientras se evalúa el período de prueba del funcionario ascendido.

1. Adicionalmente es importante destacar que, contrario a lo señalado en la demanda, el

nombramiento en provisionalidad dispuesto en este artículo tiene un límite temporal. Sobre el particular, la esta Corte ha señalado que “[l]os nombramientos en provisionalidad, así sea por un período largo (...), no pueden generar expectativas de estabilidad laboral, puesto que de acuerdo con su naturaleza, son nombramientos transitorios, circunstancia que es conocida por quien es nombrado en esas condiciones desde el inicio de su vinculación”⁵¹. En efecto, de acuerdo con el artículo 188 del decreto ley en comento, en el caso bajo estudio el nombramiento en provisionalidad durará el término del período de prueba del funcionario ascendido⁵², el que, de acuerdo con el artículo 218 del mismo decreto ley corresponde a 4 meses, de manera que en caso de que se genere una mala calificación, el funcionario ascendido volverá a su cargo y terminará por esta causa la provisionalidad. Por el contrario, de resultar bien calificado el funcionario ascendido, será inscrito en la carrera en el nuevo cargo y aquel que ocupaba quedará vacante de manera definitiva, por lo que el encargo o el nombramiento provisional se extenderá por el tiempo máximo previsto en el inciso primero del artículo 188 del mismo decreto ley⁵³, tiempo en el cual el cargo deberá ser provisto con los mecanismos y orden de prioridad previstos en el artículo 190 del mismo decreto ley⁵⁴.

1. Finalmente, frente al argumento de una posible falta de calificación para asumir las funciones del cargo por parte de las personas que son nombradas en provisionalidad, la sentencia C-077 de 2004 consideró que tal razonamiento es infundado, pues aun cuando es posible nombrar a cualquier persona en provisionalidad, la persona escogida debe cumplir con los requisitos del cargo, como quiera que “nadie podrá posesionarse en un empleo de la Procuraduría General de la Nación sin el lleno de los requisitos constitucionales y legales exigidos”⁵⁵. En consecuencia, la Corte considera que para nombrar en provisionalidad, en un cargo vacante con ocasión del cumplimiento de la evaluación de un período de prueba de un funcionario ascendido, la persona seleccionada debe cumplir con todos los requisitos y exigencias legales y constitucionales que requiera la vacante.

1. Con base en las razones expuestas y siguiendo el precedente de la sentencia C-077 de 2004, la Sala Plena considera que el cargo formulado en contra del artículo 218 del Decreto Ley 262 de 2000 carece de fundamento.

A. EL DERECHO A LA IGUALDAD EN EL ACCESO A LOS EMPLEOS Y FUNCIONES PÚBLICAS

1. En la Constitución de 1991, la igualdad adquiere una triple identidad: como principio constitucional, como valor y como derecho. Esta última calidad de la igualdad, no sólo está reconocida de manera general en el artículo 13 de la norma superior del ordenamiento jurídico, sino que encuentra manifestaciones concretas en otras normas del texto superior, como es el caso del artículo 53, en donde se reafirma el derecho a la “igualdad de oportunidades para los trabajadores” y en el numeral 7º del artículo 40, al disponer 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”⁵⁶.

1. El derecho a acceder “en condiciones generales de igualdad” al desempeño de funciones y empleos o cargos públicos también se encuentra reconocido en normas del bloque de constitucionalidad, incluidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵⁷, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁸ y la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵⁹.

1. El derecho a acceder a los empleos públicos o al desempeño de funciones públicas materializa el principio constitucional de igualdad en varias dimensiones⁶⁰: (i) trato conforme a las condiciones de igualdad o trato congruente, es decir, igualdad de trato, para personas que se encuentren en situación equivalente y trato diverso para personas que se encuentren en situación distinta; así como (ii) igualdad de oportunidades, con la necesaria previsión de condiciones propicias para que la igualdad sea real o material. Ahora bien, como cualquier otra materialización del principio de igualdad, la que se predica del acceso a empleos y funciones públicas implica un análisis relacional a partir de criterios compatibles con el mismo, que determinen cuál es el trato constitucional y, en concreto, la asignación de

beneficios o la imposición de cargas⁶¹. Así, en tratándose de la igualdad para el acceso a empleos y funciones públicas, el criterio determinante del trato, sea paritario o diverso, consiste en el mérito de quien aspire al empleo o a la función⁶² el que, en el artículo 6º de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 se refiere a entender que “todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos”.

1. Es en aplicación del mérito como parámetro o referente de igualdad en el acceso a los empleos y funciones públicas, que resulta reprochable que el Legislador acuda a criterios no destinados a determinar las capacidades del aspirante, tales como su edad⁶³ o, incluso, no haberse presentado en un concurso anterior, sin haber resultado elegido⁶⁴. Igualmente, es en razón del mérito, que la jurisprudencia de este tribunal ha considerado que proferir un trato igual o paritario a quienes tengan méritos diferentes es una violación caracterizada del principio de igualdad⁶⁵. Igualmente, se encontró constitucional, frente al derecho a la igualdad en el acceso a los empleos y funciones públicas y en nombre del principio del mérito, que el Legislador excluya a los empleados en provisionalidad, de los beneficios reconocidos a los empleados inscritos a la carrera⁶⁶.

1. Aunque el principio del mérito no se reserva a la carrera, como quedó establecido en la presente decisión, este sistema de administración de personal materializa profundamente el principio de igualdad en el acceso a los empleos públicos⁶⁷, ya que uno de sus objetivos es justamente preservar y mantener vigentes los derechos fundamentales de los individuos aspirantes y vinculados al sistema, particularmente los de ejercer su derecho al trabajo de manera estable y en igualdad de condiciones y oportunidades. Por consiguiente, en el sistema de carrera, desde el ingreso, hasta la desvinculación, todas las decisiones respecto de las personas inscritas únicamente pueden determinarse por razones derivadas del mérito y determinadas por él. Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha identificado una serie de características que deben reunir las convocatorias y concursos para ser compatibles con el principio del mérito, relativas a su generalidad⁶⁸, objetividad y razonabilidad⁶⁹ y a la no inclusión de criterios de evaluación que otorguen ventajas injustificadas a ciertos sujetos, tales como la evaluación de la experiencia específica en el cargo, para aventajar a quienes se han desempeñado provisionalmente en el mismo y que no fueron seleccionados mediante un

concurso de méritos⁷⁰.

A. LA FACULTAD PARA PROVEER EMPLEOS DE CARRERA, TEMPORAL O DEFINITIVAMENTE VACANTES, MEDIANTE ENCARGO O PROVISIONALIDAD, NO VULNERA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL ACCESO A LOS EMPLEOS Y LAS FUNCIONES PÚBLICAS: examen de la constitucionalidad de las normas demandadas

1. La demanda señala que los artículos 82, 186, 187, 188 y 218 del Decreto Ley 262 de 2000 rompen con el derecho a la igualdad en el acceso a cargos y funciones públicas frente a la provisión transitoria de empleos temporal o definitivamente vacantes, al ubicar en el mismo plano y proferir un trato paritario, a sujetos que se encuentran en situación distinta: por una parte, servidores públicos que ostentan cargos de carrera administrativa, en virtud de haber superado un concurso de méritos y que aspiran a ocupar dichos empleos bajo la figura del encargo y, por otra parte, particulares ajenos a la administración, cuyos méritos y capacidades no han sido evaluados mediante un concurso público y que pretenden acceder temporalmente al empleo, mediante un nombramiento en provisionalidad. Los accionantes puntualmente manifiestan que los empleados en provisionalidad y los encargados se encuentran en situaciones fáctica y jurídicamente distintas, pues mientras a los primeros no se les exige presentar pruebas que demuestren el mérito, no deben superar el período de prueba que busca comprobar su eficacia y eficiencia laboral y no requieren tener una calificación sobresaliente en el desempeño, para poder acceder al cargo vacante, a los segundos sí se les exige el lleno de tales condiciones y, en concreto, una calificación sobresaliente en el último año de servicios, así como haber obtenido al menos el 70% de la calificación en el curso de reinducción, para poder ser encargado en el empleo vacante.

1. Por su parte, el Viceprocurador aseguró que si bien el acceso a los cargos públicos, por regla general, debe llevarse a cabo mediante un sistema en el que predomine el mérito, ello no resulta aplicable a la provisión temporal, considerando que mientras se realizan los respectivos concursos es necesario proveer el cargo, de manera transitoria, con una persona

idónea, para efectos de continuar garantizando la prestación efectiva, eficaz y célere de la función administrativa, lo cual puede realizarse a través de los nombramientos en provisionalidad o por encargo, pues así lo dispuso el Legislador.

1. A continuación, la Sala valorará si la igualdad de trato entre los nombramientos en provisionalidad y el encargo, para proveer la vacante temporal o definitiva de un cargo de carrera dentro de la Procuraduría General de la Nación, contenida en las disposiciones demandadas, es constitucional. Para ello empleará el juicio integrado de igualdad en el que resulta necesario (i) establecer el criterio de comparación, patrón de igualdad o *tertium comparationis*, es decir que resulta necesario, como presupuesto del examen, identificar si los sujetos son o se encuentran en situaciones susceptibles de ser comparadas, por ser equivalentes o por ser distintas, elemento requerido para poder predicar el examen relacional propio de la igualdad; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o un trato igual o paritario entre desiguales. De verificarse lo anterior, el test integrado de igualdad exige (iii) determinar si el trato diverso entre iguales o el trato paritario entre sujetos distintos, está constitucionalmente justificado, al resultar razonable y proporcionado.

1. En lo que concierne a la última etapa del juicio integrado de igualdad, relativa al examen de la razonabilidad y la proporcionalidad del trato proferido a los sujetos en comparación, la intensidad del control de constitucionalidad adquiere diversas intensidades – leve, intermedio o estricto –, dependiendo (a) de la materia objeto de la norma demandada, así como de la amplitud de la facultad normativa reconocida al Legislador; (b) de la naturaleza, condiciones o características de los sujetos implicados y (c) de las finalidades perseguidas por la norma en cuestión.

1. Así, en el juicio de intensidad leve, la constitucionalidad del trato proferido a los sujetos se satisface con que (i) el fin buscado sea constitucionalmente legítimo o, al menos, no esté constitucionalmente prohibido y (ii) el medio escogido sea potencialmente idóneo o

adecuado para el fin propuesto, en un análisis *prima facie*. En el juicio de intensidad intermedia, la constitucionalidad del trato proferido a los sujetos comparados exige que (i) persiga una finalidad constitucional importante, (ii) el medio empleado para lograrse sea efectivamente conducente para lograr tal propósito y, a primera vista (iii) no se evidencie una desproporción manifiesta. Finalmente, en el juicio de intensidad estricta, el principio de igualdad exige que el trato juzgado (i) persiga una finalidad constitucionalmente imperiosa, urgente o inaplazable y que el medio utilizado resulte (ii) efectivamente conducente y (iii) necesario, es decir, no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo y, finalmente, que el trato proferido a los sujetos resulte (iv) proporcionado en sentido estricto.

1. Acorde con lo reseñado en precedencia, constata la Sala Plena de la Corte Constitucional que:

1. (i) existe un patrón de igualdad o *tertium comparationis* que permite desarrollar el juicio integrado de igualdad, considerando que se trata de examinar la constitucionalidad del trato proferido a dos tipos de personas naturales que aspiran a ocupar transitoriamente un empleo público: por un lado, los empleados públicos inscritos en la carrera de la Procuraduría General de la Nación y, por otro lado, los particulares que adquirirán la calidad de empleados públicos en provisionalidad.

1. Se trata de sujetos distintos, considerando que los empleados públicos de carrera son servidores públicos que participaron en un concurso para el ingreso a la carrera, como instrumento ordinario para la provisión de empleos públicos, en el que demostraron disponer, por encima de los otros candidatos, de los méritos requeridos para el ejercicio del cargo en condiciones de idoneidad y estabilidad y, en razón de la evaluación permanente del mérito, permanecen en el ejercicio del cargo⁷¹. Por el contrario, el nombramiento de empleados en provisionalidad es una figura excepcional⁷², en la que personas que no detentan previamente la calidad de servidores públicos, que no son seleccionadas mediante un

concurso de méritos, aspiran a ser seleccionadas para el ejercicio transitorio de empleos de carrera mediante una relación de empleo público provisional, que genera un vínculo precario con el Estado, cuya estabilidad relativa depende de la provisión del cargo de carrera mediante el correspondiente concurso de méritos, por lo que, no otorga al empleado en provisionalidad los derechos propios de la carrera⁷³ y, por consiguiente, no genera expectativas de permanencia indefinida en el cargo⁷⁴, ni siquiera a sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia⁷⁵.

1. Lo anterior evidencia que se encuentran en situaciones jurídicas distintas los empleados públicos de carrera y quienes, sin ser empleados públicos, aspiran a ejercer el empleo en provisionalidad, razón por la cual, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el principio de igualdad exigiría, a primera vista, un trato diferente respecto de ellos.

1. (ii) En el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato igual o paritario entre desiguales teniendo en cuenta que las normas bajo control de constitucionalidad otorgan un poder discrecional al Procurador General de la Nación, en su calidad de nominador, para proveer alternativamente el cargo de carrera, temporal o definitivamente vacante, mediante el encargo de empleados públicos de carrera que cumplan los requisitos para el cargo y hayan obtenido una calificación de servicios sobresaliente en el último año, así como una calificación mínima del 70% sobre el total del puntaje en los cursos de reinducción⁷⁶ o mediante el nombramiento en provisionalidad de una persona cuyos méritos no han sido evaluados en un concurso, ni su desempeño ha sido sometido a calificación, a condición de reunir los requisitos para el cargo. De esta manera, las normas cuya constitucionalidad está siendo examinada sitúan en un plano de igualdad de trato frente al acceso temporal al empleo público vacante, a los empleados públicos de carrera y a quienes aspiren a ser nombrados en provisionalidad.

1. (iii) examen de la razonabilidad y proporcionalidad del trato paritario a sujetos diferentes. Para valorar si la paridad en el trato a sujetos distintos se encuentra constitucionalmente

justificada, la Corte aplicará un juicio de razonabilidad y proporcionalidad de intensidad intermedia, comoquiera que aunque en la regulación de la provisión de los cargos de carrera el Legislador cuenta con un amplio margen de configuración normativa⁷⁷, la naturaleza y condiciones de los sujetos en comparación es jurídica y fácticamente diferente, por lo que el margen de configuración normativa del Legislador se disminuye, en razón del principio de igualdad en el acceso a empleos y funciones públicas, derecho que se encuentra prima facie impactado en su núcleo esencial. Ahora bien, no se desarrollará, no obstante, un escrutinio de intensidad estricta, considerando que, aunque el derecho constitucional que se encuentra a primera vista afectado tiene naturaleza fundamental⁷⁸, no se acude a criterios sospechosos de discriminación, ni en detrimento de personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta o de grupos marginados o discriminados, sino de personas que gozan de estabilidad en el empleo, al estar inscritos en el sistema de carrera.

1. El nombramiento en encargo o en provisionalidad de los cargos de carrera vacantes, temporal o definitivamente al interior de la Procuraduría General de la Nación persigue una finalidad constitucionalmente importante, en tanto que las medidas a las que puede acudir alternativamente el nominador, el encargo y el nombramiento provisional, buscan garantizar la continuidad en la prestación del servicio, de manera que no existan interrupciones o alteraciones durante el período que dura vacante el cargo, es decir, mientras se efectúa la selección ordenada por la Constitución o se supera la situación administrativa que dio lugar a la vacancia⁷⁹. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los concursos de méritos requieren un determinado tiempo para la evacuación de las distintas etapas de la selección, mientras que la prestación del servicio necesita ser continua, para cumplir los principios que rigen el ejercicio de la función administrativa, particularmente los de celeridad, eficiencia y eficacia, previstos en el artículo 209 de la Constitución⁸⁰. Tal justificación se predica igualmente de la provisión de cargos temporalmente vacantes, ya que aunque en dicho evento no se requiere la realización de un proceso de selección para la provisión definitiva del cargo, sí es necesario que se eviten interrupciones y otras afectaciones en el ejercicio de la función durante el lapso en el que dura la vacancia.

1. El nombramiento en encargo o en provisionalidad de los cargos de carrera vacantes, temporal o definitivamente al interior de la Procuraduría General de la Nación es efectivamente conducente. Esto porque, la medida permite que, ante una vacancia temporal o definitiva, el Procurador General de la Nación pueda rápidamente designar a una persona que cumpla con las exigencias del cargo, para desempeñar la función y evitar así la afectación en el ejercicio de la función administrativa. De manera que tanto el encargo, como la provisionalidad son formas adecuadas para garantizar el continuo y eficiente ejercicio de la función administrativa, frente a situaciones de vacancia en el cargo.

1. La potestad reconocida al Procurador general de la Nación para optar alternativamente entre el encargo o la provisionalidad, para la provisión de cargos de carrera que se encuentren vacantes, no es manifiestamente desproporcionada. La ausencia de manifiesta desproporción se evidencia en el hecho de que, aunque el encargo puede significar, para el empleado de carrera, la adquisición de nuevos conocimientos, experiencia⁸¹ y, llegado el caso, la mejora de ingresos, al tener derecho a percibir temporalmente la diferencia salarial correspondiente⁸², 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 y, por el contrario, la facultad reconocida al nominador para escoger discrecionalmente⁸³, entre la provisión de la vacante mediante la figura del encargo o a través de un nombramiento provisional, materializa los principios de eficiencia y eficacia en el ejercicio de la función administrativa.

1. En efecto, 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, considerando que el artículo 221 del Decreto Ley 262 de 2000 señala que la inscripción en carrera se circunscribe a un empleo específico -aquél para el cual se concursó-, a tal punto que, para poder ascender con derechos de carrera, se debe concursar nuevamente para el cargo superior. De manera que los méritos que demostró se predicen del cargo para el que concursó, y no se extrapolan automáticamente para el desempeño de otra posición dentro de la entidad. En otras palabras, el hecho de estar inscrito en el régimen de carrera de la entidad, ciertamente puede ser un criterio a tener en cuenta por el nominador

en el marco de su discrecionalidad para proveer el cargo y al momento de motivar el acto administrativo⁸⁴, pero no genera, por sí mismo, un derecho que ubica al servidor de carrera en situación de privilegio o prelación frente al particular.

1. Los requisitos específicos previstos a los servidores de carrera para poder ser nombrados en encargo -calificación de su desempeño cursos de reinducción- no se pueden examinar de manera aislada para concluir que su finalidad es discriminarlos frente a los particulares. Tales medidas hacen parte de un conjunto de disposiciones que sólo aplican al personal inscrito en el régimen de carrera de la Procuraduría, dentro del cual también existen prerrogativas que favorecen a estos últimos frente a quienes no han superado un concurso de méritos, tales como: derechos en caso de supresión del cargo (Decreto Ley 262 de 2000, art. 238), la posibilidad de participar en concursos de ascenso (art. 193, ibidem), la habilitación para desempeñar en comisión cargos de libre nombramiento y remoción, o en encargo empleos del régimen de carrera (arts. 97 y 185 ibidem), sin perder los derechos derivados de su cargo original.

1. La posibilidad de efectuar nombramientos en cargos de carrera sin previo concurso de méritos no es incompatible con la Constitución, siempre que a ella se acuda, no como mecanismo para eludir la obligación de proveer los cargos mediante procesos de selección objetivos e igualitarios, sino como medida para asegurar la continuidad de la función pública. “[L]a posibilidad del nombramiento en provisionalidad para proveer una vacante definitiva de un cargo público de carrera no atenta contra los principios que informan la carrera administrativa, entre ellos la integridad y la regularidad del concurso público de méritos, y la igualdad de oportunidades, sino que por el contrario, permite la realización de los fines de la administración pública, en cuanto garantiza la continuidad del servicio, y por otro lado, no riñe con el derecho que tienen todas las personas de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, con base en los méritos y calidades y en igualdad de condiciones, conforme a lo previsto en los Arts. 13, 40 y 125 superiores.”⁸⁵

1. Debe resaltarse, igualmente, que la facultad que se concede al Procurador para proveer cargos de carrera vacantes mediante encargo o provisionalidad es excepcional. El artículo 82, literal c) del Decreto Ley 262 de 2000 establece que los nombramientos provisionales proceden mientras se provee la vacante definitiva mediante concurso, o mientras dure la situación administrativa que dio lugar a la vacante temporal. Por su parte, el artículo 185 ibidem establece la procedencia del encargo y de los nombramientos provisionales en casos de vacancias definitivas en empleos de carrera. De manera que esta potestad se muestra razonada, en tanto permite solventar la necesidad de dar continuidad a la prestación del servicio, sin afectar la obligación que tiene la entidad de adelantar los concursos de méritos para la provisión de los cargos de carrera.

1. El Decreto Ley 262 de 2000 limita temporalmente la facultad discrecional concedida al Procurador, y reivindica la prevalencia del principio del mérito. A este respecto, tratándose de vacantes definitivas, el artículo 185 ibidem impone la obligación de convocar a concurso dentro de los 3 meses siguientes al nombramiento por encargo o en provisionalidad, mientras que el artículo 188 ibidem establece una duración de 6 meses para este tipo de nombramientos, los cuales podrán ser prorrogables por un período igual⁸⁶, y prevé la posibilidad de extenderlos hasta que culmine el respectivo proceso de selección, se entiende, ante la necesidad de preservar la continuidad de la función pública.

Los anteriores señalamientos conducen a la Sala a concluir que las normas acusadas no comportan un trato discriminatorio injustificado en la discrecionalidad conferida al Procurador para proveer transitoriamente cargos de carrera mediante encargos o nombramientos en provisionalidad, razón por la cual no quebrantan el principio de igualdad.

1. Las consideraciones expuestas responden con suficiencia a los argumentos planteados por el demandante y los intervinientes en el proceso, como se expone a continuación:

Argumentos de la demanda y de los intervinientes

Consideraciones de la Corte

(i) Las normas demandadas desconocen el principio del mérito y el derecho a la movilidad dentro de la carrera, así como los principios de la función administrativa, al permitir que personas cuya idoneidad no ha sido evaluada, ocupen cargos de carrera en la Procuraduría.

La sentencia C-077 de 2004 declaró que la provisión de cargos de carrera mediante nombramientos en provisionalidad en la PGN es constitucional, porque garantiza la continuidad en la prestación del servicio y desarrolla así los principios de la función administrativa. Por lo tanto, frente a este cargo existe cosa juzgada constitucional, salvo en lo que respecta al artículo 218 del decreto ley demandado, porque el mismo no fue juzgado en la sentencia C-077 de 2004.

(ii) Las normas cuestionadas desconocen el principio de igualdad, el principio del mérito, menoscaban el derecho al trabajo y vulneran el derecho a la movilidad en la carrera, porque reconocen una facultad discrecional al Procurador para escoger entre el encargo y el nombramiento provisional, lo que genera un desincentivo al régimen de carrera. Por lo tanto, en razón de los principios constitucionales, debe existir prelación del encargo, respecto de la provisionalidad, la que, por consiguiente, debe ser excepcional.

Los empleados inscritos en la carrera han demostrado un mérito específico para el ejercicio del empleo en el que se encuentran inscritos, pero ello no significa que tengan un mérito concreto y especial para el ejercicio de un empleo diferente, mediante el encargo, razón por la cual, no disponen de un mejor derecho a ejercer el cargo, respecto de quienes aspiran a un nombramiento en provisionalidad. Sin embargo, el nominador debe ejercer su facultad discrecional, tomando en consideración la excelencia demostrada en el cargo por parte de los empleados de carrera, así como los beneficios y estímulos que acarrea el encargo en la conformación de una planta de personal técnica, capacitada y con experiencia.

(iii) El encargo no es un ascenso y, por lo tanto, allí no operan los principios que rigen el sistema de carrera.

Permitir que se dé prioridad al encargo, respecto de los nombramientos en provisionalidad, viola el derecho a la igualdad de las personas a acceder a los empleos públicos, porque permite que se excluya del mismo a ciudadanos no inscritos en la carrera.

Los importantes beneficios que acarrea el encargo, a la luz del adecuado funcionamiento de la carrera, no implican que dichos servidores públicos dispongan de un derecho preferente a ejercer los empleos vacantes temporal o definitivamente, a la luz del principio de igualdad en el acceso a los empleos y funciones públicas.

1. Así las cosas, respecto del cargo de desconocimiento del principio del mérito y la carrera administrativa, propuesto en contra de los artículos 82, 185, 186, 187 y 188 del Decreto Ley 262 de 2000, la Corte Constitucional se estará a lo resuelto en la sentencia C-077 de 2004 y, en lo que concierne al cargo relativo a la vulneración del principio de igualdad, la Sala Plena de la Corte Constitucional declarará la exequibilidad de las expresiones demandadas de los artículos 82, 185, 186, 187, 188 y 218 del Decreto Ley 262 de 2000.

A. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

1. Le correspondió a la Corte Constitucional estudiar una demanda presentada contra los artículos 82, 185, 186, 187, 188 y 218 del Decreto Ley 262 de 2000, referentes a la facultad del Procurador General de la Nación de realizar nombramientos en provisionalidad o encargos de personas inscritas en la carrera, para proveer las vacantes, temporales o definitivas, de cargos de carrera. La demanda señalaba que el modelo de carrera resulta desconocido por la figura de los nombramientos en provisionalidad, no solo en cuanto a que la carrera es la regla general para la provisión de los empleos públicos, sino también porque desvirtúa las finalidades mismas del sistema. En ese sentido, argumentó que los nombramientos en provisionalidad (i) permiten la vinculación discrecional de personal que puede no estar lo suficientemente calificado y (ii) desconoce el principio del mérito, porque

esos nombramientos se prolongan por largo tiempo.

Adicionalmente, la demanda manifestaba que los artículos demandados rompen el principio de igualdad al acceso al empleo y a las funciones públicas, pues dispensan el mismo trato a personas que no se hallan en la misma condición fáctica ni jurídica, considerando que el empleado de carrera ha superado un concurso de méritos para ingresar al sistema y para ser encargado en el empleo vacante, debe cumplir con los requisitos del cargo, haber obtenido calificación de servicios sobresaliente en el último año y haber obtenido al menos el 70% de la calificación en el curso de reinducción anterior al encargo; mientras que para ser nombrado en provisionalidad, sólo se requiere cumplir con los requisitos legales del cargo y sus méritos no deben ser evaluados en un concurso.

1. De manera preliminar, de acuerdo con lo manifestado por el Viceprocurador General de la Nación, la Corte constató la configuración de la cosa juzgada respecto de la sentencia C-077 de 2004, en lo que concierne a los apartes de los artículos 82, 185, 186, 187 y 188 del Decreto Ley 262 de 2000 sobre el nombramiento en provisionalidad y su compatibilidad con el principio del mérito y la carrera, como la regla general en la administración de personal (artículo 125 de la Constitución), pues en dicha sentencia se encontró que la provisión transitoria y delimitada temporalmente, de cargos de carrera, mediante la figura de la provisionalidad, no era inconstitucional ya que, en realidad, tal opción desarrolla principios de la función administrativa, particularmente, los de eficacia y eficiencia administrativas (artículo 209 de la Constitución).

1. Sin embargo, la Sala constató que no existe cosa juzgada constitucional que inhiba un pronunciamiento respecto del artículo 218 del Decreto Ley 262 de 2000, teniendo en cuenta que la norma contenida en dicha disposición no fue considerada en la sentencia C-077 de 2004. Encontró la Corte que tampoco existe cosa juzgada respecto de las expresiones cuestionadas del Decreto Ley 262 de 2000, en lo que respecta a la presunta vulneración del principio de igualdad en el acceso a cargos y empleos públicos.

1. Hay cosa juzgada respecto de la sentencia C-077 de 2004, en lo que concierne a los apartes de los artículos 82, 185, 186, 187 y 188 del Decreto Ley 262 de 2000 sobre el nombramiento en provisionalidad y su compatibilidad con el principio del mérito y la carrera, como la regla general en la administración de personal (artículo 125 de la Constitución), pues en dicha sentencia se encontró que la provisión transitoria de cargos de carrera, delimitada temporalmente mediante la figura de la provisionalidad, no era inconstitucional toda vez que en realidad, tal opción desarrolla principios de la función administrativa, particularmente los de eficacia y eficiencia administrativas (artículo 209 de la Constitución).

1. Sin embargo, no existe cosa juzgada constitucional que inhiba un pronunciamiento respecto del artículo 218 del Decreto Ley 262 de 2000, teniendo en cuenta que la norma contenida en dicha disposición no fue considerada en la sentencia C-077 de 2004. De conformidad con dicho precedente, el artículo 218 en discusión se ajusta a la Carta, comoquiera que la posibilidad de realizar el nombramiento en provisionalidad durante el período de prueba de un funcionario de carrera ascendido (i) es un instrumento que permite la continuidad en la prestación del servicio; (ii) el nombramiento contenido en la norma tiene un límite en su duración, de manera que no permite que se prolongue indefinidamente en el tiempo, y (iii) debe ser asumido por personas que reúnan los requisitos del cargo.

A. Cargo por violación del principio de igualdad en el acceso a cargos públicos

1. A juicio del demandante, las normas acusadas, al facultar al Procurador General de la Nación para proveer transitoriamente cargos de carrera, comportan un trato discriminatorio hacia los empleados de carrera, que se manifiesta en dos aspectos: (i) se dispensa un trato igual a personas que no están en la misma situación, ya que los empleados de carrera son seleccionados por concurso de méritos, mientras que los provisionales son nombrados sin

escrutinio alguno sobre sus aptitudes; y (ii) para el nombramiento en encargo, se le exige a los empleados de carrera la satisfacción de más requisitos – calificación de servicios sobresaliente en el último año y calificación del 70% sobre el total del puntaje en los cursos de reinducción – en comparación de los servidores nombrados en provisionalidad, a quienes solo se les exige el cumplimiento de los requisitos legales para ocupar el cargo.

1. El anterior planteamiento se debe dilucidar a través de un juicio integrado de igualdad, en los siguientes términos:

i. En primer lugar, los dos supuestos planteados por el actor -empleado de carrera y particular- se encuentran en situaciones susceptibles de ser comparadas (*tertium comparationis*), en la medida en que ambos pueden ser nombrados transitoriamente por el Procurador General de la Nación en cargos de carrera vacantes, a pesar de tratarse de sujetos en situación jurídica diferente: unos, servidores públicos ya inscritos en la carrera de la Procuraduría y, los otros, particulares que aspiran al ejercicio provisional del empleo público que se encuentra temporal o definitivamente vacante.

i. En segundo lugar, las normas demandadas prodigan un trato paritario a personas desiguales, teniendo en cuenta que las ponen en un plano de igualdad ante el nominador, quien tiene discreción para proveer transitoriamente los cargos de carrera vacantes, o bien mediante el encargo de empleados de carrera que cumplan los requisitos para el cargo y hayan obtenido una calificación de servicios sobresaliente en el último año, así como una calificación mínima del 70% sobre el total del puntaje en los cursos de reinducción, o mediante el nombramiento en provisionalidad de una persona que reúne las exigencias para ocupar el empleo, pero cuyos méritos no han sido evaluados en un concurso, ni su desempeño sometido a calificación.

i. En tercer lugar, la discrecionalidad concedida al Procurador para hacer nombramientos en

encargo o en provisionalidad de los cargos de carrera vacantes supera un examen de razonabilidad y proporcionalidad de intensidad intermedia, (a) porque persigue una finalidad constitucionalmente importante referida a garantizar la continuidad de las funciones que cumple la Procuraduría General de la Nación durante el tiempo en que dure vacante el cargo; (b) es conducente para la consecución de dicho objetivo, en la medida en que permite al nominador suplir la vacancia de manera expedita; y (c) es proporcional, lo cual se afirma con fundamento en las siguientes consideraciones:

* 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. El artículo 221 del Decreto Ley 262 de 2000 señala que la inscripción en carrera se circunscribe a un empleo específico -aquél para el cual se concursó-, a tal punto que, para poder ascender con derechos de carrera, se debe concursar nuevamente para el cargo superior. De manera que los méritos que demostró se predicen del cargo para el que concursó, y no se extrapolan automáticamente para el desempeño de otra posición dentro de la entidad. En otras palabras, el hecho de estar inscrito en el régimen de carrera de la entidad ciertamente puede ser un criterio para tener en cuenta por el nominador en el marco de su discrecionalidad para proveer el cargo, pero no genera como tal un derecho que ubica al servidor de carrera en situación de privilegio o prelación frente al particular.

* Los requisitos específicos previstos a los servidores de carrera para poder ser nombrados en encargo -calificación de su desempeño cursos de reinducción- no se pueden examinar de manera aislada para concluir que su finalidad es discriminarlos frente a los particulares. Tales medidas hacen parte de un conjunto de disposiciones que sólo aplican al personal inscrito en el régimen de carrera de la Procuraduría, dentro del cual también existen prerrogativas que favorecen a estos últimos frente a quienes no han superado un concurso de méritos, tales como: derechos en caso de supresión del cargo (Decreto Ley 262 de 2000, art. 238), la posibilidad de participar en concursos de ascenso (art. 193, ibidem), la habilitación para desempeñar en comisión cargos de libre nombramiento y remoción, o en encargo empleos del régimen de carrera (arts. 97 y 185 ibidem), sin perder los derechos derivados de su cargo

original.

* La posibilidad de efectuar nombramientos en cargos de carrera sin previo concurso de méritos no es incompatible con la Constitución, siempre que a ella se acuda, no como mecanismo para eludir la obligación de proveer los cargos mediante procesos de selección objetivos e igualitarios, sino como medida para asegurar la continuidad de la función pública. “[L]a posibilidad del nombramiento en provisionalidad para proveer una vacante definitiva de un cargo público de carrera no atenta contra los principios que informan la carrera administrativa, entre ellos la integridad y la regularidad del concurso público de méritos, y la igualdad de oportunidades, sino que por el contrario, permite la realización de los fines de la administración pública, en cuanto garantiza la continuidad del servicio, y por otro lado, no riñe con el derecho que tienen todas las personas de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, con base en los méritos y calidades y en igualdad de condiciones, conforme a lo previsto en los Arts. 13, 40 y 125 superiores”⁸⁷.

* La facultad que se concede al Procurador para proveer cargos de carrera vacantes mediante encargo o provisionalidad es excepcional. El artículo 82, literal c) del Decreto Ley 262 de 2000 establece que los nombramientos provisionales proceden mientras se provee la vacante definitiva mediante concurso, o mientras dure la situación administrativa que dio lugar a la vacante temporal. Por su parte, el artículo 185 ibidem establece la procedencia del encargo y de los nombramientos provisionales en casos de vacancias definitivas en empleos de carrera. De manera que esta potestad se muestra razonada, en tanto permite solventar la necesidad de dar continuidad a la prestación del servicio, sin afectar la obligación que tiene la entidad de adelantar los concursos de méritos para la provisión de los cargos de carrera.

* El Decreto Ley 262 de 2000 limita temporalmente la facultad discrecional concedida al Procurador, y reivindica la prevalencia del principio del mérito. A este respecto, tratándose de vacantes definitivas, el artículo 185 ibidem impone la obligación de convocar a concurso dentro de los 3 meses siguientes al nombramiento por encargo o en provisionalidad,

mientras que el artículo 188 ibidem establece una duración de 6 meses para este tipo de nombramientos, prorrogables por un periodo igual, y prevé la posibilidad de extenderlos hasta que culmine el respectivo proceso de selección, se entiende, ante la necesidad de preservar la continuidad de la función pública.

1. Los anteriores señalamientos conducen a la Sala a concluir que las normas acusadas no comportan un trato discriminatorio injustificado en la discrecionalidad conferida al Procurador para proveer transitoriamente cargos de carrera mediante encargos o nombramientos en provisionalidad, razón por la cual no quebrantan el principio de igualdad.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. - ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-077 de 2004, respecto del cargo por desconocimiento del principio del mérito y la carrera administrativa, en contra de los artículos 82, 185, 186, 187 y 188 del Decreto Ley 262 de 2000.

Segundo. DECLARAR LA EXEQUIBILIDAD de los artículos 82, 185, 186, 187, 188 y 218 del Decreto Ley 262 de 2000, respecto del cargo por desconocimiento del principio de igualdad en el acceso a cargos públicos y el artículo 218 del mismo decreto ley, en lo que respecta al cargo por vulneración del principio constitucional del mérito y la carrera administrativa.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Presidente

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

RICHARD S. RAMÍREZ GRISALES

Magistrado (E)

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICHA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Carrera 13A # 28 - 38 Oficina 255, Mezzanine 2 Bogotá, Colombia.

2 Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Facultad de Jurisprudencia y a la Escuela de Ciencias Humanas de la Universidad del Rosario, Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana, Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Caldas, Facultad de Derecho de la Universidad del Cauca, Facultad de

Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad del Norte, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional.

3 Explica que, incluso, quien fue retirado por calificación insatisfactoria, podría inmediatamente ser nombrado en provisionalidad, porque cumple los requisitos mínimos del cargo.

4 En la Secretaría General de la Corte Constitucional se recibieron oportunamente escritos de intervención de las siguientes personas: (i) Ronaldo Rafael Santos Gamarra; (ii) Carlos José Mansilla Jáuregui; (iii) Clínica Jurídica de Sostenibilidad, Justicia Económica, Derechos Humanos y Empresa de Interés; (iv) Jairo Villegas Arbeláez; (v) Olga Lucía Arango Álvarez; (vi) Universidad del Rosario; (vii) Cindy Karina Marquínez Quiñones; (viii) Fernando Arias García; (ix) Antonio José Arteta Reyes; (x) Universidad Libre de Colombia; (xi) Departamento Administrativo de la Función Pública y; (xii) Comisión Nacional del Servicio Civil.

5 El término de fijación en lista venció el 15 de noviembre de 2019. Con posterioridad se recibió intervención de la Universidad Externado de Colombia.

6 Recibido en la Secretaría General de la Corte Constitucional el 10 de diciembre de 2019.

7 Recibido en la Secretaría General de la Corte Constitucional el 06 de febrero de 2020.

8 Juan Carlos Cortés González.

9 Intervención presentada el 3 de octubre de 2019. Folios 42-63 del cuaderno principal.

10 Intervención presentada el 11 de octubre de 2019. Folios 64-82 del cuaderno principal.

11 Intervención presentada el 16 de octubre de 2019 y suscrita por Felipe Calderón Valencia, Manuela Escobar Sierra, Daniela Villa Monsalve, Juan José Pérez Montoya, Luis Felipe Restrepo Meneses, José Manuel Velásquez Vélez y Marilyn Álvarez Cañas. Folios 90-98 del cuaderno principal.

12 Intervención presentada el 15 de octubre de 2019. Folios 83 y 84 del cuaderno principal.

13 Intervención presentada el 16 de octubre de 2019. Folios 99-105 del cuaderno principal.

14 Escrito presentado el día 16 de octubre de 2019 y suscrito por Luisa Fernanda García López. Folios 106-109 del cuaderno principal.

15 La interviniente presentó dos escritos, el primero el 16 de octubre de 2019 y el segundo el 15 de noviembre de 2019. Folios 110-114 y 170-199 del cuaderno principal.

16 Escrito presentado el 8 de noviembre de 2019. Folio 139 del cuaderno principal.

17 Intervención recibida por correo electrónico el 13 de noviembre de 2019. Folios 140-144 del cuaderno principal.

18 Intervención presentada el día 14 de noviembre de 2019 y suscrita por Jorge Keneth Burbano Villamarin. Folios 145-149 del cuaderno principal.

19 Escrito presentado el 15 de noviembre de 2019 y suscrito por Adriana Marcela Ortega Moreno. Folios 150-161 del cuaderno principal.

20 Escrito presentado por correo electrónico el 15 de noviembre de 2019 y suscrito por Byron Adolfo Valdivieso Valdivieso. Folios 164- 169 del cuaderno principal.

21 Escrito remitido el 22 de noviembre de 2019. Folios 279-288.

22 Folios 85-89 del cuaderno principal.

23 La entidad cuenta con 2649 cargos de carrera administrativa, 888 funcionarios nombrados en provisionalidad, 194 en encargo, 5 en encargo de funciones, 79 en comisiones de libre nombramiento con servidores de carrera, 430 designados en libre nombramiento y remoción y 109 empleos vacantes.

24 Corte Constitucional, sentencia C-077 de 2004.

25 Ídem.

26 En el control de rogado de constitucionalidad “(...) el centro de gravedad de la cosa juzgada, consiste en la determinación del asunto, el fallado y el ahora puesto a conocimiento del juez, para efectos de identificar si existe la coincidencia que evita volver sobre el mismo. La jurisprudencia de esta corporación ha identificado el asunto como la “la materia juzgada”,

conformada por dos extremos ligados entre sí: la norma jurídica objeto de control y el cargo de inconstitucionalidad”: sentencia C-096/17. Ahora bien, “a diferencia de lo que ocurre en el control rogado en el que la cosa juzgada se constituye por la identidad de dos elementos, norma juzgada y parámetro de control, la cosa juzgada del control realizado respecto de decretos legislativos involucra un elemento adicional, que consiste en la causa de la norma. Por lo tanto, en el control de decretos legislativos las decisiones que se profieran, no inhiben la competencia de la Corte Constitucional para desarrollar integralmente el control automático, por no existir la triple identidad que conformaría la cosa juzgada y, por lo tanto, por tratarse de un asunto diferente al previamente juzgado”: sentencia C-158 de 2020.

27 “Corresponde a la Corte determinar si la facultad atribuida en las disposiciones acusadas al Procurador General de la Nación para hacer nombramientos en provisionalidad con el fin de proveer empleos de carrera vacantes definitiva o temporalmente quebranta el régimen de carrera consagrado como regla general en el Art. 125 de la Constitución para los empleos en los órganos y entidades del Estado y el derecho de todas las personas a acceder a un empleo público en igualdad de condiciones”: sentencia C-077 de 2004.

29 Corte Constitucional, sentencia C-319 de 2010.

30 “(...) el mérito que debe demostrarse para ingresar al servicio público no corresponde a un concepto genérico, sino que se aprecia en estrecha relación con cada cargo, atendiendo a los requerimientos propios de las competencias y funciones asignadas al respectivo empleo, porque de tal manera se garantiza el posterior cumplimiento de los principios que, según el artículo 209 de la Carta, guían la función administrativa”: sentencia C-123 de 2013.

31 “Así como el mérito no está circunscrito a la carrera, el concurso como mecanismo para evaluarlo tampoco es exclusivo de la carrera administrativa”: sentencia C-618 de 2015; “(...) en cuanto al principio del mérito, también ha sostenido la jurisprudencia constitucional que su aplicación no es sólo en la carrera administrativa, en donde su mayor expresión encuentra sentido, dado que con independencia del cargo de que se trate, lo cierto es que la prestación eficiente de los servicios a cargo del estado exige, como condición necesaria, la concurrencia de capacidades en quienes están encargados de su prestación”: sentencia C-534 de 2016; “Las excepciones a la carrera administrativa del artículo 125 y las legales no implican que esas formas de elección o designación en empleos públicos no expresen el mérito o se

contrapongan al mismo. En primer lugar, pues el establecimiento de formas diferentes al concurso de méritos no significa que los cargos estén privados de requisitos y que sea posible nombrar a cualquier persona sin que exista una correlación entre su perfil profesional, experiencia y el cargo que deben ejercer”: sentencia C-046 de 2018.

32 “Sin duda, la facultad discrecional como ejercicio de una competencia se sustenta en el mejoramiento del servicio”: Consejo de Estado, Sección 2, sentencia del 28 de febrero de 2008, María Esperanza Cristancho de Romero contra Procuraduría General de la Nación, rad. 229161, exp. 25000-23-25-000-2002-12969-01 (0258-07).

33 Artículo 49 de la Ley 909 de 2004. Al respecto, el Consejo de Estado explicó que “efectivamente los Secretarios Generales para el nivel nacional, a excepción del que depende del Presidente de la República, son considerados como empleos de gerencia pública, en razón a que este concepto, según la ley, está relacionado con todos los cargos directivos, que en términos del Decreto 785 de 2005, son los empleos cuyos titulares formulan políticas institucionales, adoptan planes, programas y proyectos, es decir, las mismas funciones generales que el artículo 5º de la Ley 909 de 2004, señaló para el cargo de Secretario General. La citada Ley 909 además de asignarles a estos empleos de gerencia pública responsabilidades por la gestión y por las funciones cuyo ejercicio y resultados pueden ser medidos y evaluados, extendió el radio de acción del mérito que era exclusivo de los empleos de carrera, a los puestos de gerencia pública, al conceder la opción al nominador, sin perjuicio del margen de discrecionalidad que caracteriza a estos empleos, de tener en cuenta para la provisión de los mismos la capacidad y experiencia, los cuales pueden ser medidos a través de pruebas, entrevistas y valoración de antecedentes a cargo de un órgano técnico de la entidad, de consultores externos especializados o de alguna universidad pública o privada (artículo 49 de la misma Ley 909 de 2004). De lo expuesto hasta ahora, no existe duda de que el cargo de Secretario General, de conformidad con la Ley 909 de 2004, quedó incluido dentro de este nuevo procedimiento de ingreso, pero bajo los precisos términos del artículo 49 ibídem, porque no se puede dejar de lado, que este procedimiento no excluye de ninguna manera la facultad discrecional del nominador, sino que, por un lado le señala a éste un criterio más, que prevalece sobre los demás, la competencia profesional, y por otro permite un tercer juicio como una alternativa”: Consejo de Estado, Sección 2, sentencia del 14 de junio de 2009, demandante: Jorge Mario Benítez Pinedo, radicado 230095, exp. 11001-03-25-000-2006-00090-00 (1478-06).

34 “Así como el mérito no está circunscrito a la carrera, el concurso como mecanismo para evaluarlo tampoco es exclusivo de la carrera administrativa”: sentencia C-618 de 2015.

35 En la sentencia C-618 de 2015, al analizar la Ley 1774 de 2014, cuyo artículo 39 disponía que los empleos temporales de la Contraloría General serían de libre nombramiento y remoción, la Corte Constitucional resolvió declarar inexecutable esa calificación por considerar que no se ajustaba a los criterios objetivos requeridos para exceptuar la regla de la carrera administrativa. En su análisis recordó que la evaluación del mérito para el acceso al empleo público es una regla general trátase o no de la provisión de empleos de carrera administrativa, pues este se relaciona con el cumplimiento de “los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad” que, según el artículo 209 de la Carta, deben guiar el cumplimiento de la función administrativa.

36 Corte Constitucional, sentencia C-046 de 2018.

37 “En otras palabras, si el Legislador decide someter a concurso la provisión de un cargo de libre nombramiento y remoción, debe sujetarse a las reglas propias del concurso fijadas por la ley y la jurisprudencia de esta Corporación. En este sentido, es preciso recordar que la libertad de configuración del legislador no sólo está sometida a las limitaciones expresas que impone la propia Constitución, sino también a las restricciones que se desprenden de los derechos fundamentales y los principios constitucionales”: sentencia C-181 de 2010.

38 El artículo 125 de la Constitución dispone que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Sin embargo, compete al Legislador la determinación de las excepciones a la carrera “siempre y cuando no altere la naturaleza de las cosas, es decir, mientras no invierta el orden constitucional que establece como regla general la carrera administrativa, ni afecte tampoco la filosofía que inspira este sistema”: sentencia C-195 de 1994. Así, la Corte ha declarado la inconstitucionalidad de normas que han calificado ciertos cargos como de libre nombramiento y remoción, sin responder a razones suficientes para excepcionar la regla de la carrera, entre otras: C-618 de 2015.

39 “No se trata, como antaño, de un simple problema de reparto del denominado “botín burocrático” entre los distintos partidos políticos, en el marco de un sistema presidencial fuerte, sino de diseñar e implementar sistemas de carrera administrativa con perspectiva de derechos fundamentales, teniendo además en cuenta los retos que debe asumir el Estado

colombiano”: sentencia C-319 de 2010.

40 En Colombia, la carrera administrativa fue instaurada constitucionalmente mediante el Plebiscito del 1º de diciembre de 1957, cuyo artículo 7º dispuso: “En ningún caso la filiación política de los ciudadanos, podrá determinar su nombramiento para un empleo o cargo público de carrera administrativa, o su destitución o promoción”. “Se pretendió por tanto conformar una burocracia estatal “neutral” políticamente hablando”: sentencia C-288 de 2014.

41 “En salvaguarda de los propósitos, derechos y deberes que engloba el régimen de carrera, el artículo 125 in fine le prohíbe al nominador apoyarse en la filiación política de los ciudadanos para nombrarlos en un empleo de carrera, para ascenderlos o finalmente para removerlos. (...) Igualmente, la prohibición en comento se erige como bastión del derecho fundamental a la libertad de conciencia, dado que, el nominador debe respetar el fuero interno de los aspirantes y empleados de su resorte, inhibiéndose de cualquier alusión o conducta que pueda lesionar el derecho que toda persona tiene a prohiar y ejercer las ideas políticas de su preferencia. Advirtiéndose al punto que el quebrantamiento de esa prohibición redundaría en detrimento del derecho al trabajo, a la igualdad, al desempeño de funciones y cargos públicos, y por tanto, en la medida en que la ponderación del mérito pierde peso, se atenta contra los fundamentos y objetivos de la función administrativa, de la función judicial, y de todas las demás funciones que al Estado le corresponde realizar con personal de carrera en el espectro de los fines esenciales y no esenciales que la Constitución le encomienda”: sentencia C-963 de 2003.

42 “No se trata entonces de exceptuar a esas entidades del régimen de carrera, sino de diseñar un sistema especial para cada una de ellas, dada su singularidad y especificidad; los regímenes especiales o “sistemas específicos” como los denominó el legislador en la norma impugnada, son carreras administrativas reguladas por normas propias, que atienden, de una parte la singularidad y especificidad de las funciones que a cada una de ellas corresponde y de otra los principios generales que orientan la carrera administrativa general contenidos en la ley general que rige la materia”: sentencia C-563/00. “Para la Corte el establecimiento por parte del legislador de regímenes especiales de carrera debe responder a un principio de razón suficiente, en la medida en que a través de ellos debe tomar en consideración la especificidad de las funciones que cumple el respectivo órgano o institución, de manera que

el sistema específico de carrera que se adopte contribuya eficazmente al cumplimiento de las funciones que le han sido asignadas por la Constitución o la ley”: sentencia C-517 de 2002. Corte Constitucional, sentencia C-645 de 2016.

43 La carrera “tiene dos claros objetivos, uno referente al Estado y otro que hace relación con la persona. En primer lugar, la carrera administrativa busca la vinculación y permanencia al aparato estatal de las mejores personas, a través de la selección y evaluación, bajo el criterio de méritos y calidades; el Estado, entonces, garantiza el mejor nivel de aptitud en los elementos que lo integran, lo cual aumenta la posibilidad de desarrollar con eficiencia y eficacia sus funciones. Como segunda medida, el sistema de carrera brinda la posibilidad a todas las personas, o a todos los ciudadanos, en los casos respectivos, de acceder en igualdad de oportunidades a los cargos públicos, sin mediar otras variables diferentes a los méritos y calidades. La carrera administrativa protege así no sólo la eficiencia y eficacia de la actividad estatal sino también la igualdad en el acceso a la función pública”: sentencia C-317 de 1995. En ese mismo sentido C-438 de 2000, C-517 de 2000. La sentencia C-563/00 agregó a los anteriores objetivos, la realización del principio de imparcialidad, como objetivo de la carrera.

44 Las razones para afirmar que la carrera se trata de un principio constitucional son (i) de índole histórico, al evidenciar que diferentes reformas constitucionales han luchado contra prácticas clientelistas, de “amiguismo” o nepotismo; (ii) se refieren a la carrera como el mecanismo privilegiado y general de selección de personal, así como criterio general de interpretación de las normas relativas al ingreso al ejercicio de funciones públicas; y (iii) son de naturaleza teleológica, porque los fines de la carrera coinciden con los del Estado Social de Derecho. Tal análisis se encuentra en las sentencias: C-588 de 2009, C-319 de 2010, C-553 de 2010, C-249 de 2012, SU-539 de 2012, C-288 de 2014, C-025 de 2015, C-285 de 2015, C-720 de 2015, C-645 de 2017 y C-046 de 2018.

45 El Acto Legislativo 01 de 2008, que permitía la inscripción automática de los empleados en provisionalidad o en encargo, sin realización de concurso alguno, fue declarado inexecutable mediante la sentencia C-588/09. Por su parte, el Acto Legislativo 04 de 2011 autorizaba a la Comisión Nacional de Servicio Civil para que, respecto de los empleados en encargo o en provisionalidad, que pretendieran ser inscritos en la carrera, se homologaran “las pruebas de conocimiento establecidas en el concurso público, preservando el principio

del mérito, por la experiencia y los estudios adicionales a los requeridos para ejercer el cargo”. Esta reforma constitucional fue declarada inexecutable mediante la sentencia C-249 de 2012, al quebrantar “el principio axial de la carrera administrativa y sus componentes de mérito y de igualdad”, considerando que “Este puntaje adicional sustituye el principio estructural de la carrera administrativa ya que en este caso la selección del personal no se funda solamente en la evaluación y determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante, sino en otros criterios que harían nugatorio que el proceso de selección a los cargos públicos se realice en condiciones de igualdad”.

46 Corte Constitucional, sentencia C-077 de 2004.

47 Corte Constitucional, sentencia C-753 de 2008.

48 “(...) ya que de un lado debe justificarse las razones por las cuales se recurre a los vías de excepción para proveer cargos de carrera pública, y de otro lado, si bien la vinculación en provisionalidad es precaria, esta corporación ha reiterado en múltiples ocasiones que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad, debiendo motivar por ejemplo arguyendo que el cargo será proveído por quien ganó el concurso”: sentencia C-753/08.

49 Corte Constitucional, sentencia C-753 de 2008.

50 En la sentencia C-431 de 2010, la Corte señaló que el Congreso de la República goza de un amplio margen de configuración para establecer los requisitos y condiciones que se deben observar cuando sea necesario definir los méritos y calidades de los aspirantes a ingresar a cargos y a ascender en ellos, así como para señalar algunas otras excepciones al sistema y para definir causales de retiro.

51 Corte Constitucional, sentencia C-640 de 2012.

52 “Cuando la vacancia sea el resultado de ascenso que implique período de prueba, el encargo o el nombramiento provisional podrán extenderse por el tiempo necesario para determinar la superación del mismo”: inciso 3 del artículo 188 del Decreto Ley 262 de 2000.

53 “Artículo 188. duración del encargo y del nombramiento provisional. El encargo y la provisionalidad, cuando se trate de vacancia definitiva en cargos de carrera, podrán hacerse

hasta por seis (6) meses. El término respectivo podrá prorrogarse por un período igual”.

1. Con la persona inscrita en la carrera de la Procuraduría General que deba ser trasladada por haber demostrado su condición de desplazada por razones de violencia o corra riesgo inminente su seguridad personal.
2. Con la persona que al momento de su retiro de la Procuraduría era titular de derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.
3. Con la persona inscrita en carrera de la Procuraduría a la cual se le haya suprimido el cargo y hubiere optado por el derecho preferencial a ser incorporado a empleos equivalentes.
4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento, ocupe el primer puesto en la lista de elegibles vigente”.

55 Corte Constitucional, sentencia C-077 de 2004.

56 “Los derechos políticos son un conjunto de libertades y prerrogativas predicables únicamente de los ciudadanos, que les significan oportunidades para participar en la vida política del país y que, en algunos casos, constituyen también deberes, ligados inescindiblemente al funcionamiento democrático de un sistema político. Los derechos políticos permiten a los ciudadanos, de diferentes maneras, tomar parte activa en el funcionamiento político del Estado: mediante el voto, la participación en diferentes mecanismos democráticos, la conformación de partidos y movimientos políticos, el control al ejercicio del poder público, la posibilidad de ser elegido y de acceder al ejercicio de funciones públicas”: sentencia C-106 de 2018.

57 El numeral 1º del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone: “Artículo 23. Derechos Políticos¹. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: (...) c. de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

58 El artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone: “Artículo 25. Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: (...) c) Tener

acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

59 El numeral segundo del artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos sostiene: “toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país”. El carácter de componente del bloque de constitucionalidad en sentido estricto de este instrumento se encuentra en la sentencia C-504 de 2007.

60 “En este orden de ideas, la Constitución de 1991 modificó por completo el concepto de función pública que antaño se tenía en Colombia por cuanto, en adelante, debe ser comprendida y aplicada en clave de derechos fundamentales. De allí que, el principio de igualdad de oportunidades, entendido en sus facetas negativa y positiva deba garantizarse en todos los ámbitos del servicio público, incluyendo las altas dignidades del Estado lo cual se traduce en (i) un mandato de tratamiento igualitario para todos los ciudadanos que deseen aspirar a ocupar un cargo público, sin distingo alguno por motivos de género, raza, condición social, creencia religiosa o militancia política; y (ii) la adopción de medidas positivas frente a grupos sociales que inveteradamente han sido discriminados en términos de acceso a cargos públicos, en especial, de dirección”: sentencia C-319/10; “el acceso al desempeño de cargos públicos compromete dos de sus dimensiones que son la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades”: sentencia C-618 de 2015.

61 “De allí que con suficiente razón se exija siempre que el derecho a la igualdad, en cualquier hipótesis, deba tener un referente determinante, una característica relevante, una regla cardinal para la distribución de beneficios y cargas (...) Por consiguiente, siempre que se hable de igualdad, la pregunta obligada es: ¿igualdad con referencia a qué?”: sentencia C-963 de 2003.

62 “El principio de igualdad, sin embargo, se opone a que la ley al regular el mecanismo de ingreso a la función pública, establezca requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y a la capacidad de los aspirantes teniendo en cuenta el cargo a proveer, que serían barreras ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales”: sentencia C-481 de 1998; “(...) el principio del mérito exige que el procedimiento de selección sea abierto y democrático, de manera que los ciudadanos pongan a consideración de las autoridades del Estado su intención de hacer parte de la estructura burocrática, partiendo para ello de un análisis objetivo de la hoja de vida, de sus

estudios, experiencia y calidades en general, con lo cual se impiden tratamientos discriminatorios injustificados en el acceso al servicio público”: sentencia C-645/17; “el mérito de los aspirantes, criterio que garantiza el respeto por la igualdad, la calidad de la administración y la objetividad de la selección”: sentencia C-127 de 2018, sentencia C-901 de 2008.

63 “La Corte estima que la edad de treinta (30) años no es un hecho relevante que justifique razonablemente discriminar a un sector de la población colombiana para ingresar a la carrera diplomática y consular”: C-071 de 1993.

64 Corte Constitucional, sentencia C-097 de 2019.

65 “Por este camino acaba dándose un trato jurídico igual a personas que están en diferente situación de hecho, precisamente en una relación jurídica en la cual las diferencias de mérito conllevan diferente reconocimiento de derechos. Y si la justicia, como lo postularon los clásicos, consiste en dar a cada cual lo que se merece, evidentemente, el desconocer así sea parcialmente los mayores conocimientos o habilidades del aspirante a ocupar un cargo no realiza el objeto de este valor, afectando también el derecho de acceder al ejercicio de los cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad”: sentencia C-1122 de 2005.

66 Corte Constitucional sentencias C-954 de 2001 y C-431 de 2010.

67 “Otro de los objetivos de la carrera es preservar y mantener en vigencia los derechos fundamentales de los individuos para acceder al desempeño de cargos y funciones públicas y ejercer su derecho al trabajo en igualdad de condiciones y oportunidades de manera estable y contando con la opción de poder ascender de acuerdo a los resultados que haya demostrado al cumplir las funciones de su cargo (CP, arts. 2o., 40, 13, 25, 40, y 53)”: sentencia C-035 de 2015.

68 “Para asegurar la igualdad, de otra parte, es indispensable que las convocatorias sean generales y que los méritos y requisitos que se tomen en consideración tengan suficiente fundamentación objetiva y reciban, junto a las diferentes pruebas que se practiquen, una valoración razonable y proporcional a su importancia intrínseca”: sentencia C-481 de 1998.

69 “Para asegurar la igualdad, de otra parte, es indispensable que las convocatorias sean

generales y que los méritos y requisitos que se tomen en consideración tengan suficiente fundamentación objetiva y reciban, junto a las diferentes pruebas que se practiquen, una valoración razonable y proporcional a su importancia intrínseca”: sentencia C-371 de 2000.

70 Corte Constitucional, sentencias C-733 de 2005, C-1263 de 2005 y C-049 de 2006.

71 Si bien es cierto que tanto los empleados públicos en provisionalidad, como los empleados de carrera son servidores públicos “No obstante, su situación no es exactamente la misma, pues al paso que los empleados inscritos en el Régimen de Carrera Administrativa han sido sometidos a un estricto mecanismo de selección sustentado en el mérito y en el concurso, los demás empleados o servidores públicos no lo han hecho. Por ello, el hallarse los empleados públicos inscritos en el Régimen de Carrera Administrativa se permite tratar de manera igual a todas las personas que, además de ostentar el cargo de empleados públicos, se encuentren inscritos en dicho Sistema. Este criterio hace factible al mismo tiempo tratar de manera desigual, esto es, no hacer extensivos los privilegios que les reconoce la Constitución a los empleados de carrera, a los demás empleados públicos, por ejemplo, a los empleados públicos de libre nombramiento o remoción”: sentencia C-431 de 2010.

72 “(...) los servidores que desempeñan funciones en provisionalidad se encuentran en condición de transitoriedad y de excepción que encuentra su justificación en la continuidad del servicio, de suerte que se pueda dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado. En tal virtud gozan solamente de una estabilidad relativa hasta tanto se pueda proveer el empleo con quienes superen el concurso público de méritos”: sentencia C-1195 de 2005.

73 La sentencia C-901 de 2008 declaró fundadas las objeciones gubernamentales a un proyecto de ley que otorgaba estabilidad propia de la carrera, bajo la denominación de régimen de transición, a quienes a la fecha se encontraban ejerciendo cargos en provisionalidad. Para la Corte ““Las disposiciones objetadas otorgan un tratamiento diferencial y favorable a quienes ocupan actualmente, en provisionalidad, cargos de carrera vacantes definitivamente, por cuanto los habilita para permanecer en sus empleos y disfrutar de las prerrogativas de los funcionarios de carrera, en contraste con otros empleados y ciudadanos aspirantes, pues mientras éstos deben someterse a un proceso de selección público y abierto, aquellos gozarían de estabilidad en el cargo sustraídos de la obligación de demostrar su mérito. El trato diferencial es injustificado pues, respecto de los empleados

provisionales no puede predicarse la existencia de condiciones jurídicas especiales, ya que todos los aspirantes a llegar a un cargo de carrera, sea que lo hayan ejercido o no, tienen solo una expectativa y no un derecho a ser nombrados”.

74 “Los nombramientos en provisionalidad, así sea por un período largo de tiempo, no pueden generar expectativas de estabilidad laboral, puesto que, de acuerdo con su naturaleza, son nombramientos transitorios, circunstancia que es conocida por quien es nombrado en esas condiciones desde el inicio de su vinculación, sin que sea válido posteriormente aducir por ello la vulneración de algún derecho”: sentencia C-640/12.

75 “No resulta factible, que los funcionarios nombrados en provisionalidad, por encontrarse en alguna de las circunstancias de debilidad que la norma objetada prevé ingresen de manera automática a la carrera administrativa, y por ende, gocen de los mismos beneficios y grado de estabilidad que la ley otorga a quienes han superado con éxito el respectivo concurso de méritos”: sentencia C-640/12.

76 El inciso segundo del artículo 185 del Decreto Ley 262 de 2000 dispone “Se hará nombramiento en encargo cuando un empleado inscrito en carrera cumpla los requisitos exigidos para el empleo y haya obtenido calificación de servicios sobresaliente en el último año y una calificación mínima del 70% sobre el total del puntaje en los cursos de reinducción a que se refiere el numeral segundo del artículo 253 de este decreto”.

77 Corte Constitucional, sentencias C-288 de 2014 y C-034 de 2015.

78 La naturaleza fundamental del derecho de acceso a empleos y funciones públicas se encuentra explicada en la sentencia C-176 de 2017.

79 Corte Constitucional, sentencias C-428 de 1997 y C-077 de 2004.

80 Corte Constitucional, sentencia C-034 de 2015.

81 De esta manera, se destaca que el encargo de personas inscritas en la carrera el encargo de las personas en carrera, para ocupar transitoriamente empleos del mismo nivel o de nivel superior, es un instrumento que persigue el mismo fin constitucional de la carrera, cual es el “de configurar una burocracia cada vez más preparada, experimentada y eficiente”: sentencia C-431/10.

82 El inciso 4 del artículo 185 del Decreto Ley 262 de 2000 dispone que “El servidor encargado tendrá derecho a la diferencia entre el sueldo de su empleo y el señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no sea percibido por su titular”.

83 “Ciertamente es que quien nombra cuenta con un margen de discrecionalidad”: sentencia C-431 de 2010.

84 “(...) esta Corte concluye (i) la carrera administrativa es la norma general para proveer los empleos de órganos y entidades del Estado, y las excepciones se encuentran en la Constitución y la ley; (ii) que el sistema de nombramiento en los cargos de carrera se realizará mediante concurso público; (iii) que el ingreso y el ascenso en la carrera administrativa se realizará teniendo en cuenta las condiciones, los méritos y las calidades de los aspirantes, excluyéndose todo tipo de razones constitucionalmente no justificadas; (iv) que el nombramiento en provisionalidad o en encargo son excepciones a la regla general; (v) que estas excepciones son válidas desde el punto de vista constitucional en aras de preservar la continuidad del servicio público de la administración, y no vulneran el principio de carrera administrativa ni el principio de igualdad de oportunidades, siempre y cuando el Legislador fije claros límites temporales a ella, y la administración justifique dichos nombramientos en provisionalidad o en encargo mediante actos administrativos motivados”: sentencia C-753 de 2008.

85 Corte Constitucional, sentencia C-753 de 2008.

86 Lo dicho, no impide que la entidad pueda nombrar a cualquier persona en vacantes definitivas en calidad de provisionalidad hasta por 6 meses, dada la posibilidad de no prorrogar dicho nombramiento y designar a persona diferente por necesidad o mejoramiento en el servicio. Ver, entre otras, sentencia T-753 de 2010. Asimismo, entre otras, ver sentencias Consejo de Estado, Sala de lo CA, Secc. 2 Subsecc. B, Sentencia de tutela del 17-mar-11, rad. 76001233100020110000901; y Consejo de Estado, Sala de lo CA – Secc. 4, Sentencia de tutela del 29-abr-15, rad. 110010315000201404126.

87 Corte Constitucional, sentencia C-753 de 2008.