



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Augusto Hernández Becerra

Bogotá, D.C., diez (10) de diciembre de dos mil trece (2013)

Radicación interna: 2158

Número Único: 11001-03-06-000-2013-00387-00

Referencia: Carrera administrativa en la Fiscalía General de la Nación.
Concurso de méritos. Lista de elegibles

La directora del Departamento Administrativo de la Función Pública, por petición de la Fiscalía General de la Nación, consulta a la Sala sobre la conformación y uso de los registros definitivos de elegibles resultantes del concurso público de méritos iniciado en el año 2008.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con la información suministrada por el Departamento Administrativo de la Función Pública la consulta se enmarca dentro de los siguientes aspectos de orden fáctico y jurídico:

1. Las convocatorias 01 a 015 de 2008 y conformación de los registros definitivos de elegibles

A través del concurso de méritos iniciado en el año 2008 con las convocatorias 01 a 015 de 2008 para cargos en las áreas Administrativa y Financiera, la Fiscalía General de la Nación pretendió dar cumplimiento a la obligación contenida en los artículos 125 y 251, numeral 2, de la Constitución Política, en el artículo 130 de la Ley 270 de 1996, y en los artículos 59, 60, 61 62 y siguientes de la Ley 938 de 2004.

El concurso, cuyo cierre de inscripciones estaba programado para el 31 de julio de 2008 según se aprecia en las citadas convocatorias, se vio seriamente afectado por la expedición de los actos Legislativos No. 01 de 2008¹ y No. 04 de 20112, cuyos

¹ "Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política", cuyo artículo 1 es del siguiente tenor:

"Artículo 1. Adiciónese un párrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución, así:

'Parágrafo transitorio. Durante un tiempo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la Comisión Nacional del Servicio Civil implementará los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de

beneficiarios eran los servidores públicos provisionales, y sus posteriores

concurso público a los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera siempre y cuando cumplieran las calidades y requisitos exigidos para su desempeño al momento de comenzar a ejercerlo y que a la fecha de la inscripción extraordinaria continúen desempeñando dichos cargos de carrera. Igual derecho y en las mismas condiciones tendrán los servidores de los sistemas especiales y específicos de la carrera, para lo cual la entidad competente, dentro del mismo término adelantará los trámites respectivos de inscripción.

Mientras se cumpla este procedimiento, se suspenden todos los trámites relacionados con los concursos públicos que actualmente se están adelantando sobre los cargos ocupados por empleados a quienes les asiste el derecho previsto en el presente parágrafo.

La Comisión Nacional del Servicio Civil deberá desarrollar, dentro de los tres (3) meses siguientes a la publicación del presente acto legislativo, instrumentos de calificación del servicio que midan de manera real el desempeño de los servidores públicos inscritos de manera extraordinaria en carrera administrativa.

Quedan exceptuados de estas normas los procesos de selección que se surtan en desarrollo de lo previsto por el artículo 131 de la Constitución Política y los servidores regidos por el artículo 256 de la Constitución Política, carrera docente y carrera diplomática consular". (*Publicado en el Diario Oficial No. 47.214 de 26 de diciembre de 2008*).

² "ARTÍCULO 1. Adiciónese un artículo transitorio a la Constitución Política, así:

Artículo transitorio. Con el fin de determinar las calidades de los aspirantes a ingresar y actualizar a los cargos de carrera, de conformidad con el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, de quienes en la actualidad los están ocupando en calidad de provisionales o en encargo, la Comisión Nacional del Servicio Civil, homologará 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, para lo cual se calificará de la siguiente manera:

5 o más años de servicio 70 puntos

La experiencia homologada, no se tendrá en cuenta para la prueba de análisis de antecedentes.

Los estudios adicionales, a los requeridos para el ejercicio del cargo, otorgarán un puntaje así: 1.

Título de especialización 3 puntos //2. Título de maestría 6 puntos//3. Título de doctorado 10 puntos.

Para el nivel técnico y asistencial, los estudios adicionales se tomarán por las horas totales debidamente certificadas así:

1. De 50 a 100 horas 3 puntos //2. De 101 a 150 horas 6 puntos //3. De 151 o más horas 10 puntos

Los puntajes reconocidos por calidades académicas, no serán acumulables entre sí.

Agotada esta etapa de homologación, el empleado provisional o en encargo cumplirá lo establecido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, esto es, el análisis comportamental, lo que finalmente posibilitará la cuantificación del puntaje y su ubicación en la lista de elegibles.

Para que opere esta homologación, el servidor público debe haber estado ejerciendo el empleo en provisionalidad o en encargo al 31 de diciembre de 2010 y cumplir con las calidades y requisitos exigidos en la Convocatoria del respectivo concurso.

La Comisión Nacional del Servicio Civil y quien haga sus veces en otros sistemas de carrera expedirán los actos administrativos necesarios tendientes a dar cumplimiento a lo establecido en el presente acto legislativo.

Para los empleados que se encuentren inscritos en carrera administrativa y que a la fecha estén ocupando en encargo por más de tres (3) años de manera ininterrumpida un cargo que se encuentre vacante definitivamente, y que hayan obtenido calificación de servicios sobresaliente en el último año, al momento de realizar los concursos respectivos se le calificará con la misma tabla establecida en el presente artículo transitorio.

Quedan exceptuados los procesos de selección para jueces y magistrados que se surtan en desarrollo del numeral 1 del artículo 256 de la Constitución Política, relativo a la carrera judicial y docentes y directivos docentes oficiales". (*Diario Oficial No. 48.123 de 7 de julio de 2011*).

declaratorias de inexecutableidad³, los cuales **generaron el** quebrantamiento de las actuaciones que normalmente un concurso de esta naturaleza conlleva.

Así la administración, en acatamiento de fallos de tutela⁴, se vio en la obligación de citar nuevamente a la presentación de pruebas a todos los aspirantes que no asistieron, amparados en la confianza legítima que les generó el Acto Legislativo 01 de 2008, con la consecuencia de que a la fecha existen dos (2) registros provisionales de elegibles: i) el conformado por los aspirantes que participaron en la primera parte del concurso porque no fueron beneficiarios del Acto Legislativo 01 de 2008, o porque aun siéndolo, decidieron asistir a la presentación de las pruebas en la fecha establecida (3 de mayo de 2009), y ii) el registro provisional conformado por los aspirantes beneficiarios del acto legislativo que no asistieron en su momento a la presentación de las pruebas, pero que el 25 de noviembre de 2012 fueron citados por orden del fallo de tutela.

Así las cosas, el registro definitivo de elegibles será el resultado de integrar los registros provisionales citados.

El Departamento Administrativo de la Función Pública señala que el inconveniente para la conformación del registro de elegibles radica en la forma en que fue “estructurado” el concurso, que podría afectar el principio del mérito y derechos constitucionales fundamentales, si se considera que en cada una de las convocatorias se ofertaban cargos de una determinada denominación de empleo, por ejemplo “Profesional Especializado I”, para lo cual se remitía al aspirante a un anexo. Cada uno de tales empleos se refería a diferentes grupos (profesiones), dentro del cual se podía optar por área o dependencia, y en la inscripción debían identificarse tales aspectos.

Los listados preliminares de elegibles, tanto de la primera parte como de la segunda, fueron conformados en cada convocatoria para cada uno de los grupos de empleos, sin consideración al área de ubicación de los cargos.

Ahora bien, al momento de realizarse las pruebas (con posterioridad a los actos legislativos, según se explica en la consulta), el módulo de conocimientos generales era común para todos los grupos correspondientes al mismo nivel de empleo (profesiones), y el de conocimientos específicos era común para cada grupo en

³ Sentencias C- 588 del 27 de agosto de 2009 y C-249- del 28 de marzo de 2012 de la Corte Constitucional.

⁴ Sentencia T – 213 A de 2011.

particular (abogados, contadores, estadísticos) sin importar el área o dependencia escogida por el aspirante en el formulario de inscripción⁵.

Agrega la consulta que un aspirante al concurso solicitó que en la conformación del registro definitivo de elegibles, además del grupo de empleos según la disciplina académica, se tuviese en cuenta también el área o dependencia, "en razón a que fue una condición del concurso al momento de la inscripción".

Realizado el ejercicio correspondiente en los términos de la anterior solicitud, la Fiscalía pudo constatar que los registros de elegibles conformados por *convocatoria - grupo* difieren de los de *convocatoria - grupo - área*. Se manifiesta en la consulta que la lógica indica que el aspirante se inscribe al área en dónde tiene experiencia laboral y, por ende, experticia.

Expone la consulta que la regulación de la convocatoria y el reglamento del concurso eran ambiguos en cuanto a la conformación del registro de elegibles, motivo por el cual solicita el concepto de la Sala *"sobre el criterio que debe adoptar la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación en la conformación de los registros definitivos de elegibles, en el sentido de definir si se conforman en consideración al 'Grupo' conforme a la disciplina académica del aspirante o, si además del grupo, debe tenerse en cuenta el 'Área' registrada por los aspirantes al momento de la inscripción"*.

2. Situación de los servidores provisionales que se encuentran en condiciones especiales de vulnerabilidad

Se informa en la consulta que la Oficina de Personal de la Fiscalía General de la Nación ha recibido peticiones de servidores provisionales que solicitan tener en cuenta su condición especial de vulnerabilidad (madres y padres cabeza de familia, prepensionados y discapacitados), frente a su inminente retiro del servicio a la hora de proveer los cargos con los elegibles ubicados en los registros definitivos.

Luego de citar la sentencia SU - 446 de 2011 de la Corte Constitucional, sostiene Función Pública que el concurso adelantado mediante las convocatorias 01 a 015 de 2008 presenta circunstancias fácticas diferentes a las del proceso de selección objeto del citado fallo de tutela⁶. En efecto, si bien la planta de personal es global, al momento de definir los cargos administrativos a ofertar en las citadas convocatorias se identificaron pormenorizadamente las plazas. Por lo tanto ya se sabe qué cargos

⁵ En el instructivo de pruebas la Universidad Nacional aclaró: *"un aspirante puede haber presentado la misma prueba para dos cargos distintos y puede obtener dos puntajes diferentes (uno para cada cargo) con un único patrón de respuestas"*. (Paréntesis textual).

⁶ Convocatorias realizadas en el 2007 para proveer 4697 cargos de fiscales delegados ante diferentes despachos judiciales y asistentes de fiscal.

deben ser provistos con los registros de elegibles, aunque hoy en día estos se encuentran ocupados con provisionales en condiciones de vulnerabilidad.

Afirma Función Pública que al momento de presentar al Consejo de Estado la presente consulta la planta de personal no contaba con un número de cargos vacantes suficiente para reubicar a los servidores en condiciones de vulnerabilidad que deben ser retirados del servicio y, así las cosas, inquiere a la Sala “sobre el mecanismo o dispositivo que debe adoptar la Fiscalía para no lesionar los derechos de estos servidores”.

3. Provisión de los cargos convocados sin sujeción a las plazas establecidas en la convocatoria para cada dependencia

El Departamento Administrativo de la Función Pública pone de presente que el concurso se ha prolongado durante casi cinco (5) años, término en el cual la planta de personal del Área Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación ha sufrido cambios importantes en relación con la ubicación de los empleos originalmente ofertados.

Así por ejemplo, por necesidades del servicio, 184 empleos de los 1716 convocados han sido reubicados en otras dependencias. Además en algunos casos, para el cumplimiento de su misión, las dependencias requieren de servidores con disciplinas académicas diferentes a las exigidas en las convocatorias.

Estas razones llevan a que se consulte a la Sala “*sobre la viabilidad de proveer los cargos convocados en las Áreas en que las necesidades actuales de la entidad los requieren, sin disminuir el número de plazas convocado en cada uno de los Grupos pero con una distribución diferente por dependencia*”, teniendo en cuenta que la jurisprudencia, específicamente la Sentencia T – 267 de 2012 de la Corte Constitucional, ha admitido que por razones excepcionales, imperiosas y fundamentadas legalmente, podrían no ser provistos algunos de los cargos sometidos a concurso.

Con el fin de precisar algunos de los aspectos de la consulta, el consejero ponente expidió un auto que fue respondido por el organismo consultante el 10 de septiembre de 2013. Posteriormente se celebró una audiencia y Función Pública remitió documentación adicional.

II. LO QUE SE CONSULTA

Teniendo en cuenta los hechos, normas y problemas jurídicos expuestos, y dado que en la solicitud del concepto no se consignaron preguntas concretas y formalmente redactadas, estima la Sala que deberá resolver las siguientes cuestiones:

1. *“Criterio que debe adoptar la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación para conformar los registros definitivos de elegibles, en el sentido de definir si se elaboran en consideración al ‘Grupo’ conforme a la disciplina académica del aspirante o si, además del grupo, debe tenerse en cuenta el ‘Área’ registrada por los aspirantes al momento de la inscripción”.*

2. *“Mecanismo o dispositivo que debe adoptar la Fiscalía para no lesionar los derechos de los servidores en condición especial de vulnerabilidad que ocupan cargos en provisionalidad que deben ser provistos con los aspirantes ubicados en el primer lugar del registro definitivo de elegibles”.*

3. *“Viabilidad de proveer los cargos convocados en las Áreas en que las necesidades actuales de la entidad los requieren, sin disminuir el número de plazas convocado en cada uno de los Grupos pero con una distribución diferente por dependencia.”*

III. CONSIDERACIONES

A. Problemas jurídicos

La consulta plantea los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Tiene la convocatoria a un concurso de méritos carácter vinculante para la entidad u organismo convocante? ii) ¿Cómo debe resolverse la tensión entre los derechos de los servidores en condición especial de vulnerabilidad que ocupan cargos en provisionalidad y el derecho de los aspirantes a ser nombrados en esos mismos cargos? y iii) ¿Pueden proveerse los cargos convocados en áreas diferentes a las establecidas en la convocatoria?

Para resolver la consulta la Sala procederá a analizar los siguientes aspectos: *i)* el fundamento constitucional de los concursos para proveer cargos en los órganos del Estado y en particular en la Fiscalía General de la Nación; *ii)* las consecuencias jurídicas derivadas de una lista de elegibles en firme para los servidores provisionales en condición de especial vulnerabilidad y *iii)* el alcance de las reglas que rigen los concursos.

B. La carrera administrativa y sus componentes de mérito, concurso público e igualdad

Sobre la carrera administrativa en la Fiscalía General de la Nación la Sala se pronunció en los conceptos 1950 del 10 de junio de 2009 y 1976 del 4 de febrero de 2010, en los cuales se analizaron y resolvieron cuestiones similares a las que ahora se consultan. La doctrina allí expuesta no sólo resulta aplicable al presente asunto, sino que ha sido ratificada por pronunciamientos posteriores de la Corte

Constitucional en los que incluso la Fiscalía ha sido vinculada como interviniente o accionada, motivo por el cual resulta necesario reiterar las tesis expuestas en su momento por la Sala y remitirse al texto integral de tales conceptos.

De las mencionadas fuentes se extraen sucintamente las siguientes premisas fundamentales, que tienen plena aplicación al punto bajo examen:

1. El principio constitucional de carrera administrativa previsto en el artículo 125 de la Constitución Política (C.P.),⁷ con sus componentes de mérito, concurso público e igualdad, es consustancial⁸ al Estado Social de Derecho (artículo 1 C.P.).
2. El mérito como fundamento de la carrera administrativa y de los concursos públicos para proveer los cargos, es el reflejo de superiores valores⁹ y principios¹⁰ constitucionales como son la justicia, la igualdad (que también es un principio y un derecho) y la participación, así como el respeto a la dignidad humana y el trabajo, respectivamente (Preámbulo y artículo 1° de la C.P.). Tales valores y principios se concretan normativamente no sólo en el citado artículo 125 sino en los artículos 40, numeral 7¹¹ y 209¹² de la C.P.

⁷ "Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados **por concurso público**.

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

⁸ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C – 588 de 2009 y C – 249 de 2012. "Dentro de la estructura institucional del Estado colombiano, la carrera administrativa es un principio constitucional, y como tal una norma jurídica superior cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional y, por lo mismo, una de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución, cuando se la desconoce en conjunto con otras garantías constitucionales".

⁹ "Los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico y pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política". Sobre el concepto de valores y principios constitucionales la Corte Constitucional se ha pronunciado en múltiples oportunidades. Cfr. entre otras las sentencias T-406 de 1992, C-546 de 1992, T- 079 de 1995, C- 445 de 1999, C-690 de 1996 y C-126 de 1998.

¹⁰ "Los principios constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional". Ibidem.

¹¹ "Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse..."

El mérito se constituye en el factor definitorio para el acceso, permanencia y retiro del empleo público, al punto que frente a su ausencia la función administrativa no puede estar al servicio de los intereses generales ni podrá ser desarrollada con base en los principios constitucionales previstos en el artículo 209 C.P.¹³

3. La trascendencia del concurso público para establecer el mérito se deriva de la misma Constitución toda vez que, según la jurisprudencia constitucional citada por la Sala en los aludidos conceptos 1950 y 1976, y posteriormente reiterada por la Corte Constitucional, el Constituyente lo previó para evitar que otros criterios sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa. De esta manera el proceso de selección entero se dirige a comprobar las calidades académicas y condiciones profesionales, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos¹⁴.

Al servicio de estos propósitos el concurso tendrá como finalidad la elaboración de una lista de elegibles en riguroso orden descendente, y la designación corresponderá a quien ocupe el primer lugar, tal como lo sostuvo la Sala en el concepto 1976 de 2010.

4. Existe una relación inescindible entre los principios de carrera administrativa y mérito, y el principio de igualdad previsto en los artículos 13 y 209 C.P. Como consecuencia de esa vinculación *jusfundamental* la administración se abstendrá de "...prever condiciones que impidan la determinación objetiva del mérito de cada concursante, de incluir ítems de evaluación cuya aplicación proceda para algunos concursantes y no para todos, de disponer distintos criterios para evaluar a los aspirantes vinculados a la respectiva entidad y a los que no lo están y de establecer una regulación más restrictiva para el ingreso a la carrera que la prevista para el ascenso de la misma"¹⁵.

5. Por último no sobra recordar que la ley 938 de 2004, "*por la cual se dicta el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación*"¹⁶, dispone en el artículo 60 que el régimen de carrera de esa entidad se sujeta a los "*principios del concurso de méritos*", los cuales no pueden ser otros que los explicados en precedencia con base en una interpretación conforme a la Constitución.

Adicionalmente la ley 938 consagra entre los principios de administración de personal de la Fiscalía General de la Nación, concordantes con el régimen de

¹² "Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones...".

¹³ Corte Constitucional, sentencias C-901 de 2008, C- 588 de 2009 y C – 249 de 2012.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencias C – 1256 de 2005, C- 588 de 2009 y C- 249 de 2012, entre otras..

¹⁶ Publicada en el Diario Oficial No. 45.778 del 31 de diciembre de 2004.

carrera, los de excelencia¹⁷, igualdad¹⁸, publicidad¹⁹, mérito²⁰, especialización²¹ y especialidad²², entre otros.

Es inequívoca y elocuente la ley, en especial, al definir el principio del mérito en los siguientes términos:

“Artículo 52. Principio del mérito. El principio del mérito tiene vocación constitucional, que surge del interés general y público en proveer los cargos de carrera con un sistema de méritos que garantice el ingreso y la permanencia de quienes reúnan las mejores condiciones académicas, profesionales, laborales y personales para ocupar los cargos públicos.//En ese sentido, el mérito es el presupuesto y principio básico para evaluar y calificar la calidad, la excelencia y las condiciones de los aspirantes y servidores que pretendan ingresar y permanecer dentro del régimen de carrera de la Fiscalía General de la Nación.//El mérito así establecido en el presente estatuto, asegura y procura la excelencia y calidad del servicio en el ejercicio de la función pública”.

C. Carácter vinculante de las convocatorias para la entidad convocante y los participantes en el concurso

La Sala identificó y describió en el concepto 1976 de 2010, con fundamento en la jurisprudencia constitucional expedida hasta ese momento,²³ las etapas que se deben surtir para el acceso a cualquier cargo de carrera, las cuales son: **i) convocatoria**: Fase en la cual se consagran, con carácter vinculante, las bases del concurso, es decir, todos aquellos factores que habrán de evaluarse, así como los criterios de ponderación, aspectos que garantizan al aspirante el acceso en igualdad de oportunidades; **ii) reclutamiento**: En esta etapa se determina quiénes de las personas inscritas en el concurso cumplen con las condiciones objetivas mínimas

¹⁷ “Artículo 47. Principio de excelencia. El principio de excelencia tiene por objeto garantizar la calidad y el mejoramiento continuo del trabajo y de los servidores de la Fiscalía General de la Nación.//En virtud del principio de excelencia, los servidores que se rigen por el presente régimen, deberán ser seleccionados, los concursos aprobados y su trabajo desempeñado, **con excelencia de méritos, procurando otorgar el ingreso al mejor candidato o servidor.**” (Resalta la Sala)

¹⁸ “Artículo 48. Principio de igualdad. El principio de igualdad tiene por objeto garantizar el ingreso y permanencia en la carrera de los servidores de la Fiscalía General de la Nación en igualdad de condiciones”.

¹⁹ “Artículo 51. Principio de publicidad. El principio de publicidad se estructura y desarrolla sobre la base de la transparencia, la igualdad y el carácter democrático del régimen de carrera. //En virtud del principio de publicidad, todos los procesos de selección de candidatos y los concursos, son públicos y abiertos”.

²⁰ “Artículo 52.

²¹ “Artículo 53. Principio de especialización. El presente estatuto señala la regla general de la especialización académica, técnica, profesional de los servidores según lo requieran las funciones, los requisitos y el perfil del cargo para el cual se concursa”.

²² “Artículo 54. Principio de especialidad. La especialidad es el grado de experticio técnico, aptitud profesional y capacidad laboral que se adquiere a partir de la experiencia calificada y que resulta necesaria para ocupar un determinado cargo, en virtud del perfil y requisitos del mismo”.

²³ Sentencias C – 040 de 1995 y SU 913 de 2009.

señaladas en la convocatoria para acceder a las pruebas de aptitud y conocimiento. Por ejemplo, edad, nacionalidad, títulos, profesión, antecedentes penales y disciplinarios, experiencia, etc.; **iii) aplicación de pruebas e instrumentos de selección:** A través de estas pruebas se establece la capacidad profesional o técnica del aspirante, así como su idoneidad respecto de las calidades exigidas para desempeñar con eficiencia la función pública. No sólo comprende la evaluación intelectual, sino de aptitud e idoneidad moral, social y física, y **iv) elaboración de lista de elegibles:** En esta etapa se incluye en lista a los participantes que aprobaron el concurso y que fueron seleccionados en estricto orden de mérito de acuerdo con el puntaje obtenido.

La Sala concentra en este acápite su atención en la etapa de convocatoria, que es determinante de la ruta que deberá seguir el concurso. En efecto, las reglas señaladas para las convocatorias en esta etapa son las “*leyes del concurso*” y son inmodificables, salvo que sean contrarias a la Constitución o que sus disposiciones vulneren derechos fundamentales.

Para el caso concreto de las convocatorias que realiza la Fiscalía General de la Nación se tiene que, de acuerdo con el artículo 62 de la ley 938 de 2004, dichas convocatorias son “*norma obligatoria y reguladora de todo proceso de selección*”.

El carácter vinculante, intangible e inmodificable de la convocatoria, como “*ley del concurso*”, no sólo tiene sustento en la norma legal transcrita, sino en jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, según puede observarse en las sentencias T – 256 de 1995, SU – 913 de 2009, C- 588 de 2009, SU – 446 de 2011 y C – 249 de 2012, entre otras. En tal sentido vale citar el siguiente aparte de la sentencia SU – 913 de 2009:

“Al señalarse por la administración las bases del concurso, estas se convierten en reglas particulares obligatorias tanto para los participantes como para aquélla; es decir, que a través de dichas reglas la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada, de modo que no puede actuar en forma discrecional al realizar dicha selección. Por consiguiente, cuando la administración se aparta o desconoce las reglas del concurso o rompe la imparcialidad con la cual debe actuar, o manipula los resultados del concurso, falta a la buena fe (art. 83 C.P.), incurre en violación de los principios que rigen la actividad administrativa (igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad), y por contera, puede violar los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo de quienes participaron en el concurso y resultan lesionados en sus intereses por el proceder irregular de aquélla”.

No cabe duda entonces de que las convocatorias 01 a 015 de 2008 realizadas por la Fiscalía General de la Nación están sujetas a un marco constitucional y legal de cuya aplicación se desprende que tales convocatorias: **i)** son las reglas del concurso

y, *ii*) vinculan a la entidad y a los participantes y, por tanto, son inmodificables, so pena de transgredir sus derechos fundamentales.

De otra parte, al releer las convocatorias en mención, no se observa por parte alguna que en ellas se hubiera establecido, como regla del concurso tendiente a conformar la lista de elegibles, “el ‘Área’ registrada por los aspirantes al momento de la inscripción”.

Por el contrario, lo que se aprecia es que en cada una de dichas convocatorias se ofertaban cargos de una determinada denominación de empleo, el cual estaba referido a diferentes grupos (profesiones) sin consideración al área de ubicación de los cargos.

Es por esta razón que en la realización de las pruebas el módulo de conocimientos generales era común para todos los grupos (profesiones) correspondientes al mismo nivel de empleo, y el de conocimientos específicos era común para cada grupo en particular (abogados, contadores, estadísticos), sin importar el área o dependencia escogida o preferida por el aspirante en el formulario de inscripción.

La anterior evidencia documental es confirmada por la Fiscalía General de la Nación²⁴ al responder el auto emanado de la Sala. Efectivamente, ante la pregunta: *¿En la inscripción o en algún documento relacionado con el concurso se daba a entender que la prueba de conocimientos específica correspondería al área o dependencia escogida?* se responde lo siguiente:

“Para la elaboración de las pruebas escritas de conocimientos se tuvo en cuenta tanto los niveles de cargos como los grupos de la convocatoria. Si bien las áreas específicas fueron mencionadas en las convocatorias, estas **no determinaron** el contenido específico de las pruebas de conocimientos.

Teniendo en cuenta los **grupos** de la convocatoria, se estructuraron los módulos de conocimientos específicos de las pruebas eliminatorias, los cuales evaluaron conocimientos básicos de **formación académica** del concursante, necesarios para el desempeño del cargo al que aspiraba...” (Se resalta).

De esta manera resulta evidente y se confirma que tanto la convocatoria como las pruebas que se aplicaron a los concursantes en desarrollo de la misma establecieron como regla que para la conformación del registro de elegibles solo se consideraría el grupo al cual se inscribió el aspirante.

Cualquier variación que se quisiera introducir a la anterior regla, como sería considerar para la elaboración de la lista de elegibles el “área” registrada por el aspirante en el formulario al momento de la inscripción, implicaría el

²⁴ Oficio 2013701007651 del 6 de septiembre de 2013. Página 3.

desconocimiento de los derechos constitucionales fundamentales de los aspirantes, lo cual implicaría la transgresión de la "ley del concurso".

D. Lista de elegibles en firme frente a los servidores provisionales en condición especial de vulnerabilidad

Según ha señalado la Sala,²⁵ la lista de elegibles es un acto administrativo de carácter particular y concreto, en la medida en que surte un efecto inmediato y directo de naturaleza subjetiva respecto de cada uno de los destinatarios, y crea derechos singulares respecto de cada una de las personas que conforman la lista. Una vez conformada la lista de elegibles, las personas allí señaladas que ocupan el primer lugar tienen el derecho adquirido a ser nombradas en el cargo correspondiente, materializándose así el principio constitucional del mérito para acceder a los cargos públicos.

Para el caso de la Fiscalía General de la Nación, los artículos 66 y 67 de la ley 938 de 2004 siguen los criterios antes expuestos en cuanto establecen:

"Artículo 66. Registro de elegibles. Con base en los resultados del concurso se conformará el registro de elegibles para la provisión de los cargos a proveer y las vacantes que se presenten durante su vigencia, la cual será de dos (2) años.

Artículo 67. Provisión de los cargos. Se efectúa en estricto orden descendente con quienes ocupen los primeros puestos en el registro de elegibles."

Ahora bien, dado que algunos cargos convocados a concurso están siendo ocupados por servidores provisionales en condición especial de vulnerabilidad (madres y padres cabeza de familia, prepensionados y discapacitados), la jurisprudencia constitucional ha resuelto la tensión existente entre los derechos de estas personas y los de quienes ocupan el primer lugar en la lista de elegibles a favor de estos últimos, ratificándoles su derecho prevalente a ser nombrados. En efecto, los servidores en provisionalidad gozan de una estabilidad relativa, la cual "cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos."²⁶

No obstante, ello no significa que las personas en condición especial de vulnerabilidad que ocupan cargos provisionales no estén cobijadas por una protección constitucional según se deriva de la sentencia SU – 446 de 2011, reiterada en la sentencia T – 272 de 2012, que en lo pertinente señaló:

"En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en

²⁵ Concepto 1976 de 2010.

²⁶ Corte Constitucional Sentencia SU – 446 de 2011.

ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, **de ser posible**, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando". (Negrilla textual)

Sin embargo, establecida la estabilidad intermedia²⁷ de los cargos en provisionalidad de los funcionarios en condición especial de vulnerabilidad, la Corte se abstuvo de amparar sus derechos porque, a pesar de ser sujetos de especial protección, "no ostentaban un derecho a permanecer en el empleo." Se expresó así la Corte:

"En el caso de los provisionales que son sujetos de especial protección, si bien la Corte **no concederá la tutela** porque no ostentaban un derecho a permanecer en el empleo, sí se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que, en el evento en que a la fecha de expedición del fallo existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando, sean vinculados en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso. La desvinculación de estos servidores sólo será posible previo acto administrativo motivado en los términos de la sentencia SU-917 de 2010". (ibidem)

La jurisprudencia constitucional transcrita es plenamente aplicable al caso consultado y, por consiguiente, los aspirantes que ocupan el primer lugar en la lista de elegibles tienen el derecho adquirido a ser nombrados en los cargos correspondientes. Si alguno de dichos cargos está siendo ocupado por un servidor provisional en condición especial de vulnerabilidad, la Fiscalía General de la Nación deberá desvincularlo mediante acto administrativo motivado y, de ser posible, nombrarlo de manera provisional en un cargo vacante de la misma jerarquía del que venía ocupando, mientras se realiza el concurso correspondiente a ese cargo.

Finalmente se observa que nombrar en este caso a personas distintas de las que integran la lista de elegibles, o hacer los nombramientos quebrantando el orden de precedencia o para plazas distintas de las convocadas, implicaría el desconocimiento de las reglas del concurso (el de las plazas a proveer) y flagrante violación de terminantes mandatos constitucionales. Esta doctrina ha sido expuesta por la Sala desde el concepto 1976, acogida por la Corte Constitucional en la sentencia SU – 446 de 2011 que dice así:

"6.4. ...la obligación del Estado en cumplimiento del artículo 125 constitucional es convocar a concurso público cuando se presenten vacantes en los cargos de carrera, con el objeto de cumplir la regla de la provisión por la vía del mérito y los principios que

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T 800 A de 2011. Ese carácter intermedio se diferencia del carácter precario de los cargos de libre nombramiento y remoción.

rigen la función pública, (...) en donde la lista de elegibles producto de ese concurso tiene una vigencia en el tiempo que, por regla general, es de dos años, para que en el evento de vacantes en la entidad y en relación con los cargos **específicamente convocados y no otros**, se puedan proveer de forma inmediata sin necesidad de recurrir a nombramientos excepcionales como lo son el encargo o la provisionalidad.

(...)

Es importante señalar, entonces, que la lista o registro de elegibles tiene dos cometidos; el primero, que se provean las vacantes, los encargos o las provisionalidades para las cuales se convocó el respectivo concurso **y no para otros**, porque ello implicaría el desconocimiento de una de las reglas específicas de aquel: **el de las plazas a proveer**. El segundo, que durante su vigencia, la administración haga uso de ese acto administrativo para ocupar **sólo** las vacantes que se presenten en los cargos objeto de la convocatoria y no otros ...

¿Qué significa esta última función de la lista o registro de elegibles? Nada diverso a que las entidades públicas en cumplimiento del artículo 125 de la Constitución Política están obligadas a proveer **únicamente** las vacantes que se presenten en la respectiva entidad y que correspondan **estrictamente** a los cargos ofertados, respetando siempre el orden de su conformación.

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

III. LA SALA RESPONDE:

1. *“Criterio que debe adoptar la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación para conformar los registros definitivos de elegibles, en el sentido de definir si se elaboran en consideración al ‘Grupo’ conforme a la disciplina académica del aspirante o si, además del grupo, debe tenerse en cuenta el ‘Área’ registrada por los aspirantes al momento de la inscripción”.*

Deben seguirse de manera estricta las bases del concurso que sirvieron para hacer las convocatorias 01 a 015 de 2008, donde se señala que para la conformación del registro de elegibles solo se consideraría el grupo para el cual se inscribió el aspirante.

2. *“Mecanismo o dispositivo que debe adoptar la Fiscalía para no lesionar los derechos de los servidores en condición especial de vulnerabilidad que*

ocupan cargos en provisionalidad que deben ser provistos con los aspirantes ubicados en el primer lugar del registro definitivo de elegibles”.

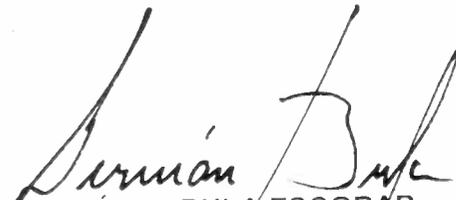
Los aspirantes que ocupan el primer lugar en la lista de elegibles tienen el derecho adquirido a ser nombrados en el cargo correspondiente. Si alguno de estos cargos está siendo ocupado por un servidor provisional en condición especial de vulnerabilidad, la Fiscalía General de la Nación deberá desvincularlo mediante acto administrativo motivado y, de ser posible, nombrarlo de manera provisional en un cargo vacante de la misma jerarquía del que venía ocupando, mientras se realiza el concurso correspondiente a ese cargo.

3. *“Viabilidad de proveer los cargos convocados en las Áreas en que las necesidades actuales de la entidad los requieren, sin disminuir el número de plazas convocado en cada uno de los Grupos pero con una distribución diferente por dependencia.”*

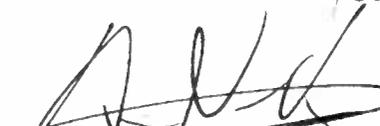
La provisión de los cargos en áreas diferentes a las establecidas en la convocatoria desconocería las reglas del concurso y, por ende, violaría claros mandatos constitucionales según se expuso en las consideraciones de este concepto.

Remítase a la señora directora del Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaría Jurídica de Presidencia de la República.

CON IMPEDIMENTO
WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Presidente de la Sala


GERMÁN A. BULA ESCOBAR
Consejero de Estado


AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA
Consejero de Estado


ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado


LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala