



Radicado: 110010325000201200805-00 (2579 - 2012)
Demandante: José Enrique García Suárez

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A**

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D. C., nueve (9) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación: 110010325000201200805 00 (2579-2012)
Demandante: JOSÉ ENRIQUE GARCÍA SUÁREZ
Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE CARRERA DE LA
FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Medio de control de nulidad. Sentencia de única instancia. Ley 1437 de 2011.

ASUNTO

Procede la Sala a proferir sentencia en única instancia dentro del proceso de simple nulidad promovido por el señor JOSÉ ENRIQUE GARCÍA SUÁREZ contra la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - COMISIÓN NACIONAL DE CARRERA.

I. ANTECEDENTES¹

1. LA DEMANDA

1.1. Pretensiones

El señor JOSÉ ENRIQUE GARCÍA SUÁREZ en ejercicio de la acción de nulidad simple, comparece a esta jurisdicción con el fin de que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos proferidos por la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación dentro de las convocatorias 001 a 015 para proveer cargos del área administrativa de dicha entidad:

¹ Folios 89 a 45



(i). Acuerdo 001 del 22 de enero de 2009, por medio del cual la Comisión Nacional de Administración de la Carrera Administrativa de la FGN ordenó aplazar las pruebas escritas dentro de las aludidas convocatorias, en cumplimiento al Acto Legislativo 01 de 2008² e identificar los empleos que, de acuerdo con el citado Acto Legislativo, tenían derecho a la inscripción extraordinaria en carrera administrativa, para lo cual la Oficina de Personal de la FGN debía adelantar un estudio de planta de personal asignada al área administrativa.

(ii). Acuerdo 02 del 9 de febrero de 2009, por medio del cual, la Comisión Nacional de Administración de la Carrera Administrativa de la FGN estableció la forma de ponderar la prueba de valoración de la hoja de vida de quienes superaran la prueba de conocimientos.

(iii). Acta 120 del 19 de mayo de 2009, donde consta, entre otras, la decisión adoptada en la sesión de la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la FGN, de aplicar el Acto Legislativo 001 de 2008 y ordenar la inscripción automática en la Carrera Administrativa de quienes se encontraban en provisionalidad en ese momento.

(iv). Acuerdo 05 del 10 de diciembre de 2010, por medio del cual la Comisión Nacional de Administración de la Carrera Administrativa de la FGN ordenó reanudar el trámite de las Convocatorias 01 a 015 de 2008 en cumplimiento de la Sentencia C-588 de 2009³, por medio de la cual la Corte Constitucional resolvió declarar la inexecutable total del Acto Legislativo 01 de 2008⁴, con efectos retroactivos y ordenó dejar sin efectos todas las inscripciones extraordinarias en carrera administrativa.

² Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia.

³ Con Ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴ Por medio del cual se aplazan las pruebas escritas para las convocatorias 001-2008, 002-2008, 003-2008, 004-2008, 005-2008, 006-2008, 007-2008, 008-2008, 009-2008, 010-2008, 011-2008, 012-2008, 013-2008, 014-2008 y 015-2008.



Radicado: 110010325000201200805-00 (2579 – 2012)
Demandante: José Enrique García Suárez

(v). Acta 195 del 20 de septiembre de 2010, donde consta la decisión tomada en la sesión de la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la FGN, donde se estudió la planta de personal, para establecer los servidores cobijados por el Acto Legislativo 001 de 2008.

(vi). Acta 236 del 24 de octubre de 2011, donde consta la decisión tomada en la sesión de la Comisión Nacional de Administración de la Carrera Administrativa de la FGN, en la que, basados en lo ordenado por el Acto Legislativo 04 de 2011, se establecieron algunas pautas para el concurso, entre otras, la posibilidad de que quienes no se presentaron a la prueba, puedan a su elección presentar las pruebas establecidas en la convocatoria u optar por la aplicación del Acto Legislativo No. 04 de 2011; o que quienes se presentaron a prueba podrán optar por someterse a la homologación prevista para las pruebas establecidas, conforme al acto legislativo 04 de 2011 o mantener su puntaje.

(vii). Acta 240 del 12 de enero de 2012, donde consta la decisión tomada en la sesión de la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la FGN, en la que se discutió la aplicación del Acto Legislativo 04 de 2011 y, en consecuencia, la modificación al Acuerdo 005 de 2010, lo mismo que los inconvenientes que se podrían presentar en caso de ser declarado inexecutable el Acto Legislativo

(viii). Acuerdo 01 del 13 de enero de 2012, por medio del cual la Comisión Nacional de Administración de la Carrera Administrativa de la FGN reguló el procedimiento a seguir para dar cumplimiento al mencionado Acto Legislativo 04 de 2011⁵ que ordenó, en beneficio de quienes ocupaban cargos en provisionalidad en ese momento, homologar las pruebas de conocimiento establecidas en los diferentes concursos públicos, por la experiencia y los estudios adicionales a los requeridos para ejercer el cargo respectivo.

⁵ Por medio del cual se incorpora un artículo transitorio a la Constitución Política de Colombia.



(ix). Aviso de reanudación del Concurso de Méritos de las Convocatorias 01 al 15 de 2008, del Área Financiera de la entidad, publicado en la página web de la FGN el 17 de septiembre de 2012.

(x). Cronograma para la continuación y culminación del proceso de selección de las Convocatorias 01 a la 15 de 2008, de la Fiscalía General de la Nación, publicado en la página web de la FGN en septiembre de 2012.

1.2. Fundamentos fácticos

Como sustento de las pretensiones, refiere la demanda los siguientes hechos:

(i). El 26 de junio de 2008, la Fiscalía General de la Nación, convocó a concurso de mérito para proveer cargos en el área administrativa a través de las convocatorias públicas Nos. 01 a 015 de 2008.

(ii). El 14 de diciembre de 2008, se publicó el listado de admitidos e inadmitidos al concurso, citando a pruebas escritas para el 1 de febrero de 2009.

(iii). El 26 de diciembre de 2008, se publicó en el Diario Oficial No. 42.214 el Acto Legislativo No. 01 de 2008, mediante el cual se adicionó un párrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución Política, en el sentido de ordenar la inscripción en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin concurso a quienes se encontraran vinculados en provisionalidad a la Fiscalía y suspender los concursos en trámite.

(iv). En cumplimiento del aludido acto legislativo, la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación, profirió el Acuerdo 001 del 22 de enero de 2009 que ordenó aplazar las pruebas escritas mientras se determinaba cuáles de los cargos ofertados estaban siendo ocupados por empleados provisionales beneficiarios del acto



Radicado: 110010325000201200805-00 (2579 – 2012)
Demandante: José Enrique García Suárez

legislativo 01 de 2008, arrojando un total de 736 empleados provisionales favorecidos.

(v). A través del Acuerdo 002 de 3 de febrero de 2009, la Comisión Nacional de Administración de la Carrera Administrativa de la FGN estableció la forma de ponderar la prueba de valoración de la hoja de vida de quienes superaran la prueba de conocimientos.

(vi) Mediante sentencia C-588 de 27 de agosto de 2009, la Corte Constitucional declaró inexecutable el Acto Legislativo 001 de 2008 con efectos retroactivos, ordenando la cancelación de las inscripciones automáticas en carrera de los funcionarios provisionales y la reanudación de las convocatorias 001 a 015.

(vii). En cumplimiento de la aludida sentencia, la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación, mediante Acuerdo 005 del 10 de diciembre de 2010, ordenó reanudar el trámite de las convocatorias 001 a 015 de 2008, dispuso dejar sin efectos las inscripciones automáticas y convocar a pruebas escritas a los aspirantes.

(viii). El 07 de julio de 2011, se expidió el Acto Legislativo No. 04 de 2011 que ordenó homologar a favor de los funcionarios provisionales de la Fiscalía la prueba de conocimientos, por experiencia y requisitos adicionales.

(ix). En virtud de lo anterior, la Comisión de Carrera de la Fiscalía General de la Nación expidió el Acuerdo 01 de 2012 en virtud del cual dispuso que los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación beneficiarios del Acto Legislativo 01 de 2008 e inscritos en las convocatorias 01 a 015 de 2008, que no se presentaron a las pruebas establecidas en las mencionadas convocatorias, optaran por la homologación prevista en el Acto Legislativo 04 de 2011, en caso de ser beneficiarios de este último, de conformidad con la reglamentación contenida en el Acuerdo 001 de 2011.



Radicado: 110010325000201200805-00 (2579 – 2012)
Demandante: José Enrique García Suárez

(x). Mediante sentencia C-249 de 2012 la Corte Constitucional declaró inexecutable el Acto Legislativo 04 de 2011.

(xi). Por lo anterior, la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación dispuso reanudar el concurso de méritos del área administrativa y financiera, y citar a pruebas escritas a los aspirantes admitidos que no las realizaron por ser beneficiarios de los actos legislativos.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como normas violadas se invocaron las siguientes:

Bloque Constitucional: artículos 2, numeral 2, y 3 y 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Constitucionales: artículos 1, 2, 13, 40 numeral 7, 53 y 125.

Al exponer el concepto de violación, refiere la demanda que los actos demandados violan el ordenamiento jurídico superior, directamente el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y la Constitución Política, así:

El artículo 2 numeral 2.⁶ Se vulnera el derecho de igualdad por cuanto con ellos se restringió la participación plural y abierta en un concurso de méritos y porque generan derechos a algunas personas y solo para algunos cargos, a partir de actos legislativos que fueron declarados inexecutables.

⁶ Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.



Radicado: 110010325000201200805-00 (2579 – 2012)
Demandante: José Enrique García Suárez

El artículo 3.⁷ Los actos acusados desconocen todos los derechos económicos y sociales de los aspirantes a ocupar un cargo dentro de las convocatorias 001 a 015 de 2008. Vulneran el derecho a la igualdad entre los concursantes por la incertidumbre generada durante las vigencias de los actos legislativos 01 de 2008 y 04 de 2011, sin que la Fiscalía fijara criterios de participación y porque efectuó una suspensión temporal y no definitiva, permitiendo que concursaran algunos aspirantes a 980 cargos de 1716.

Artículo 6 numeral 1.⁸ Los actos acusados violan el derecho al trabajo de todos los aspirantes a las convocatorias 01 a 15 de 2008, ya que el concurso se vio viciado por la disponibilidad de plazas a ocupar, que era inicialmente de 1716 cargos para posteriormente reducirse a 980 y dejar fuera a 736. Indicó que desde el nacimiento del estudio de los cargos existen vicios de fondo en el proceso de selección que restringen la participación porque nunca se ofertaron los cargos que debieron haber sido.

En cuanto a la infracción a la **Constitución Política**, expuso lo siguiente:

Sobre el artículo 1. Los actos demandados desconocieron de plano los derechos de las personas que aspiraron a un cargo en las convocatorias 01 a 15 de 2008, y que vieron mancillada su dignidad humana, el derecho al trabajo y seguridad social, producto de la desproporción y falta de planeación efectiva de la Fiscalía, que no tuvo un criterio respecto al concurso y que no les permitió participar de forma abierta.

Sobre el artículo 2: Refiere el actor que los actos acusados no garantizaron el principio de confianza legítima de todos los aspirantes a ocupar los cargos

⁷ Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.

⁸ Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.



de la Fiscalía, debido a la disparidad de criterios y falta de estudios técnicos y jurídicos respecto a los parámetros de selección.

Sobre el artículo 13. Los actos demandados obligaron a todos los aspirantes a ceñirse a la voluntad de la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación, que convirtió un concurso de méritos abierto en uno cerrado, violando así el derecho a la igualdad y al acceso a cargos públicos.

Artículo 40 numeral 7 de la Constitución Política. Se restringieron los cargos ofertados en las convocatorias 01 a 15 de 2008, debido a la selección sistemática efectuada que no obedece a una oferta pública abierta.

Artículo 53 de la Constitución Política. A través de los actos demandados se creó un concurso cerrado, sin criterios claros frente a los derechos de los participantes, siendo además restrictivos en el número de personas con derecho que no pueden acceder, y menoscaban la libertad, la dignidad humana e igualdad de los aspirantes.

Artículo 125. Se violaron de forma directa preceptos como el mérito y calidades de los aspirantes al no permitir de forma abierta la participación de todo aquel que cumpla los requisitos, dejando de lado las calidades y conocimientos de los aspirantes.

Agregó otros argumentos que denominó de *«carácter sociológico»*, relacionados con precisiones conceptuales sobre la eficacia de las normas para destacar que con los actos demandados se vulnera la igualdad de acceso a cargos públicos bajo criterios proporcionales y ajustados a la realidad jurídica y técnica de la entidad y además, no se ha cumplido con el objetivo de las convocatorias, cual es proveer los cargos vacantes en la Fiscalía. Prueba de lo anterior es la disparidad de criterios frente a los derechos y personas que tienen esos derechos, afectando el número de



Radicado: 110010325000201200805-00 (2579 – 2012)
Demandante: José Enrique García Suárez

cargos a proveer y la imposición de cargas y trámites desventajosos para los aspirantes por la prolongación de las convocatorias.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁹

La Fiscalía General de la Nación, a través de apoderado, contestó la demanda mediante escrito presentado el **21 de agosto de 2013**, con sustento en los siguientes argumentos:

En síntesis, manifestó que los hechos 1 al 5, 7, 9 y 13 a 15 son ciertos.

En cuanto al sexto, afirmó que es parcialmente cierto debido a que el aplazamiento que decretó la Comisión Nacional de Administración de Carrera - CNAC, no obedeció a una decisión unilateral, sino a la necesidad de dar estricto cumplimiento a lo establecido por la nueva norma constitucional, que estuvo vigente al momento de adoptarse tal medida.

En cuanto al octavo, sostuvo que es parcialmente cierto debido a que las afirmaciones del demandante son inferencias personales, que distan de lo ocurrido. La suspensión parcial y caprichosa que según el accionante dispuso la CNAC, no configura actuación contraria a derecho, pues la suspensión de los procesos de selección ordenada por el acto legislativo para que se adelantaran a la fecha de su promulgación se cumplió en lo que respecta a los cargos amparados por la norma constitucional vigente, garantizando los derechos de aquellas personas que se vieran favorecidas.

Manifestó la Fiscalía que identificó tanto los cargos como las personas que se verían favorecidas con el mencionado acto legislativo, y procedió a realizar la ordenada inscripción en carrera de quienes se favorecieron por el acto legislativo y no observó factor de naturaleza fáctica, legal o jurisprudencial, que impidiese continuar con el proceso de selección implementado a través del Concurso Público de Méritos del año 2008.

⁹ Folios 284 a 293



Sobre el hecho décimo, afirmó que no es cierto por falta de contexto fáctico, pues la pretendida configuración de una violación al derecho a la igualdad con la actuación de la Fiscalía para cumplir el precepto constitucional de 2008 es una ligereza que no constituye razón suficiente y valedera para atribuir afectación a los derechos fundamentales, lo cual solo sería predicable del legislador y no podría argumentarse que la Fiscalía realizó actuaciones *motu proprio* y de acuerdo con su parecer.

Sobre el hecho décimo primero afirmó que es parcialmente cierto debido a la carencia de sustento legal y concatenación de las omisiones atribuidas con los hechos que se generaron con posterioridad a la expedición de los Actos Legislativos 01 de 2008 y 04 de 2011. Se trata de una valoración personalísima con la que pretende hacer ver que las actuaciones de la CNAC atentaron contra los derechos de todos los participantes, cuando lo pretendido fue garantizar los derechos de quienes estaban cobijados por los mencionados actos, así como los de aquellos que haciendo parte del Concurso Público de Méritos podrían culminar el mismo frente a los cargos que tenían afectación por la aparición de los actos legislativos 01 de 2008 y 04 de 2011.

Sobre el décimo segundo, afirmó que es parcialmente cierto debido a que, durante los seis meses de vigencia del acto legislativo de 2008, la administración se dedicó a estudiar el impacto de las nuevas medidas constitucionales para conciliar los derechos tanto de quienes se cobijaron por las modificaciones, como los de todos aquellos que participaron en el Concurso Público de Méritos, con lo que logró determinar que los cargos afectados por la nueva cláusula constitucional eran 736; esta medida garantizó los derechos e intereses de los participantes en el concurso público y los de los servidores que ejercían los cargos al proferirse los actos legislativos comentados.



Radicado: 110010325000201200805-00 (2579 – 2012)
Demandante: José Enrique García Suárez

Argumentó que las medidas tomadas por la administración, permitieron que con la declaratoria de inexecuibilidad de los precitados actos legislativos no se lesionaran los derechos de unos y de otros, encausando el concurso público de méritos dentro de los parámetros de objetividad e igualdad de una situación *sui generis*.

En cuanto al hecho décimo sexto, afirmó que es parcialmente cierto debido a que la declaratoria de inexecuibilidad del Acto Legislativo 04 de 2011 trajo múltiples inconvenientes en el desarrollo del Concurso Público de Méritos de 2008, pero tal determinación no generó el limbo que se pretende denotar por el recurrente.

En cuanto al décimo séptimo, manifestó que no es relevante para el desarrollo del proceso, sino que refiere conjeturas y acusaciones que carecen de fundamento fáctico y normativo.

Frente a las **pretensiones** de la demanda expuso que ésta tuvo como única pretensión, declarar nulos *“los acuerdos 01 y 02 de 2009, 05 de 2010 y 01 de 2012, las actas de las sesiones CNAC número 120 de 2009, 195 de 2010, 236 de 2011, 240 de 2012, el aviso de reanudación del concurso de méritos de las convocatorias 01 a 15 de 2008, del Área Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación y cronograma para la continuación y culminación del proceso de selección convocatorias 01 a la 015 de 2008 y fijan parámetros para el desarrollo de las pruebas de dicho concurso”*, es decir, que se trata de una pretensión que por su magnitud debería tener el respaldo fáctico y normativo que pusiera de manifiesto la contrariedad de las disposiciones demandadas con el ordenamiento superior, para predicar que se están desconociendo derechos y que deben perder su eficacia.

Afirmó que la demanda no estableció la razón de derecho que soporta la pretensión de declaratoria de ilegalidad o inconstitucionalidad de las actuaciones surtidas por la Fiscalía en desarrollo del Concurso Público de



Méritos del año 2008, y carece de la demostración lógico-jurídica de las manifestaciones que se realizan, y que tampoco explica el concepto de la violación de las actuaciones demandadas, según lo exigido por el numeral 4°. Del artículo 162 de CPACA.

En ese sentido, manifestó que la pretensión no se encuentra sustentada en la demanda ni en el acervo probatorio anexo, por lo cual debe ser desestimada de pleno derecho.

Propuso las excepciones denominadas (i) indebida motivación, e (ii) inepta demanda.

(i). **La indebida motivación de lo pretendido.** Radica en que el accionante no dio cabal cumplimiento a lo preceptuado por el numeral 4° del artículo 162 del CPACA, que establece *"cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación"*, ya que no logra evidenciar una razón que explique el concepto de la violación a la norma que generan las disposiciones atacadas.

Refiere la entidad demandada que el actor se limitó a realizar afirmaciones generales que relacionó insuficientemente con los artículos del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y sus equivalentes en la Constitución Política de Colombia, sin denotar la forma como presuntamente las normas demandadas afectaron los derechos reclamados.

Concluye que al no realizar una debida sustentación de la forma en la cual las normas demandadas vulneran los derechos de los sujetos intervinientes en el concurso, ni los intereses del Estado en lo que respecta al patrimonio público, la demanda y sus pretensiones deben desestimarse por completo.



Radicado: 110010325000201200805-00 (2579 – 2012)
Demandante: José Enrique García Suárez

(ii). La inepta demanda la fundamenta en la omisión del demandante de atacar los actos génesis de las actuaciones que él indebidamente reprocha, por cuanto si se tomasen sus argumentos y se sustrajeran del mundo jurídico los actos hoy debatidos, la presunta vulneración se mantendría, toda vez que no demandó las convocatorias 01 a la 015, las cuales constituirían el real hecho generador de la ilegalidad acusada.

Advierte que con la Ley 1437 de 2011 el juez, dentro de sus amplias facultades y en virtud del principio de integralidad, puede pronunciarse sobre los actos que se consideran como ejecutorios, situación que no corresponde al *sub judice* por cuanto la omisión del demandante se predicó frente a los actos que desarrollaron el concurso público de méritos, es decir, los que adelantaron cada una de las etapas dispuestas por las convocatorias 01 a 015, y no sobre los actos germinales o principales las mentadas convocatorias.

Esa omisión no puede ser subsanada por el sentenciador, pues la competencia integradora del juez solo se predica sobre los actos de trámite y no de los principales. Basta repasar la pretensión de la demanda, para observar que se refiere a **actos de trámite y consecuenciales**, olvidando referirse a los actos principales, lo que hace que esta pretensión, así como el resto del cuerpo de la demanda, se afecte por los postulados de la denominada inepta demanda, que deben llevar a su desestimación y su consecuente archivo.

Al no explicar la demanda cómo se vulneraron las normas del Pacto de Derechos Económicos y Culturales, no puede considerarse que la sola afirmación en ese sentido tenga pertinencia jurídica, puesto que la simple enunciación y transcripción del articulado del Pacto y la somera enunciación de que se vulneraron tales disposiciones, no puede tenerse como razón suficiente para otorgar mérito a las acusaciones que sobre la materia realiza el actor.



En cuanto a la presunta afectación de los mandatos constitucionales sostuvo que no se configura por lo siguiente:

En punto al artículo 1° que expresa la naturaleza del Estado Colombiano y señala las premisas sobre las cuales este y sus integrantes debe actuar; principios que en ningún momento se vulneran con los actos demandados los cuales son la expresión de la voluntad de la administración y se encuentran subordinados a lo establecido en la ley y en la carta constitucional.

Denota que las actuaciones impartidas por la Fiscalía General de la Nación para acatar las nuevas disposiciones constitucionales y posteriormente para tratar de conjurar los efectos que la declaratoria de inexequibilidad que estas medidas trajeron a algunas personas, solo se puede remediar normalizando su participación en el referido concurso, igualando la participación de estos con la de aquellos que surtieron todas las etapas del concurso, para unificar el registro de elegibles y proveer la totalidad de los cargos ofertados en las Convocatorias 01 a la 015 de 2008.

Sostuvo que la simple lectura de los actos recurridos por el accionante, en vez de materializar un atentado contra los derechos de los participantes en el Concurso Público de Méritos del año 2008, ha garantizado la intervención en igualdad de condiciones de todos los intervinientes, así como la transparencia y la imparcialidad que estos procesos requieren.

Respecto al artículo 2° que versa sobre los fines esenciales del Estado colombiano, manifestó que no se puede identificar cómo los actos cuya nulidad pretende afectan el contenido material de tal disposición, pues como se argumentó en el párrafo anterior, las actuaciones generadas por la entidad se orientaron a garantizar el interés general, pese a las contrariedades e imposiciones que el legislador estableció en la materia y que la Corte Constitucional retiró del ordenamiento.



En cuanto a los artículos 13, 40 y 125, estimó que los actos en discusión fueron el mecanismo idóneo para hacer frente a las implicaciones que trajo al Concurso Público de Méritos del año 2008 la aparición y posterior declaratoria de inexecutable de los actos legislativos 01 de 2008 y 04 de 2011, para lo cual, en pro de garantizar los derechos que el demandante afirma se han desconocido, se profirieron, se hizo frente a la incertidumbre legal en la materia y se consideraron los derechos de todos los sujetos que se vieron de una u otra forma afectados por tales disposiciones de índole constitucional.

En la **fundamentación fáctica y jurídica** la defensa señala que: (i) los Acuerdos 01 y 02 de 2009, 05 de 2010 y 01 de 2012, y aquellos que con posterioridad a estos expidió la CNAC de la Fiscalía General de la Nación, tuvieron como finalidad cumplir la obligación que impone el artículo 125 de la Constitución Política mediante un Concurso Público de Méritos en el año 2008, así como las obligaciones derivadas de los actos legislativos 01 de 2008 y 04 de 2011, y la necesaria encausación de este procedimiento cuando los mencionados actos fueron retirados del ordenamiento por la Corte Constitucional; (ii) las actas de las sesiones de CNAC número 120 de 2009, 195 de 2010, 236 de 2011, 240 de 2012, son plena prueba de la intención de cumplir con las obligaciones constitucionales y el deber de garantizar la igualdad de condiciones, los intereses y la participación de todos aquellos que hacen parte del precitado proceso de vinculación.

Con fundamento en lo expuesto, solicitó denegar las pretensiones de la demanda.

3. AUDIENCIA INICIAL

La audiencia inicial se llevó a cabo el **14 de julio de 2014** durante su desarrollo se fijó el litigio, en el sentido de precisar que este se circunscribe a determinar si los actos demandados vulneraron el orden jurídico superior y la manera como esa inconstitucionalidad implicó que se hubiera reducido el



número de cargos convocados; así mismo, de qué manera se vulneró el acceso a cargos públicos y la igualdad de los participantes (fs. 329 a 332).

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

4.1.- Alegatos del demandante¹⁰. Reiteró los planteamientos expuestos en la demanda y adicionalmente formuló reparos en torno a lo siguiente (i) los Decretos Nos. 018 de 2004 y 017 de 2014 que modificaron la planta de cargos de la Fiscalía General de la Nación, así como la nomenclatura, los niveles jerárquicos, requisitos generales y las equivalencias, y suprimieron de la planta de personal el Profesional Especializado III; (ii) los cargos de profesional especializado II que salieron a concurso; (iii) la supresión de cargos y creación de nomenclaturas de los cargos nuevos; (iv) la reubicación de personas que no tienen antigüedad ni experiencia; (v) las personas que tenían un derecho de orden reforzado en calidad de prepensionados; (vi) el cambio de reglas de las convocatorias para proveer 1716 cargos que se redujo a 980, dejando por fuera 736 que habría originado otra demanda ante el Consejo de Estado; (vii) los parámetros de planeación, coordinación, derecho de defensa y publicidad que debió seguir la Fiscalía para finiquitar el concurso antes de adelantar su proceso de modernización; (viii) la modificación que sufrió la planta del área administrativa desde el año 2008 cuando se convocó a concurso y la trazabilidad del estudio realizado para afectar a un número determinado de personas y favorecer a otras, y (ix) la no afectación a la totalidad de servidores que para la fecha de la convocatoria se encontraban prestando el servicio en el mismo cargo.

4.2.- Alegatos de la demandada¹¹. La Fiscalía General de la Nación reiteró los argumentos de la contestación e insistió en que la pretensión debe tener un respaldo fáctico y normativo que evidencie cómo las disposiciones demandadas contrarían el ordenamiento por cuanto en el escrito de la

¹⁰ Folios 378 a 389

¹¹ Folios 367 a 377



demanda no se logró establecer la razón de derecho que soporta la pretensión de declaratoria de ilegalidad o constitucionalidad de las actuaciones de la Fiscalía en desarrollo del Concurso Público de Méritos del año 2008.

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO¹².

El Agente del Ministerio Público en el concepto de fondo solicitó a la Sala inhibirse de emitir pronunciamiento de fondo por pérdida de obligatoriedad de los actos acusados como consecuencia de su decaimiento, al desaparecer el sustento jurídico que los soportaba (Acto legislativo 04 de 2011).

Manifestó que las Actas de 2009, 2010 y 2011 no son actos definitivos sino de trámite, no susceptibles de control, toda vez que se limitaron a preparar la expedición de los Acuerdos demandados.

En lo concerniente a los Acuerdos objeto de demanda, afirmó que perdieron su fuerza ejecutoria por cuanto desapareció su fundamento de derecho debido a la inconstitucionalidad del A. L. 04 de 2011.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

De conformidad con lo establecido en el numeral 1° del artículo 149 del CPACA, a esta Corporación le corresponde conocer del presente medio de control de nulidad en única instancia.

2. Las excepciones.

La Fiscalía propuso las excepciones denominadas (i) indebida motivación, e (ii) inepta demanda que la Sala procede a resolver a continuación:

¹² Folios 390 a 396



2.1.- La indebida motivación de lo pretendido por insuficiencia del concepto de violación.

Refiere la entidad demandada que el actor se limitó a realizar afirmaciones generales que relacionó insuficientemente con los artículos del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y sus equivalentes en la Constitución Política de Colombia, sin denotar la forma como presuntamente las normas demandadas afectaron los derechos reclamados.

Al respecto, el artículo 162 del CPACA individualiza cada uno de los requisitos que debe contener la demanda, en tal sentido, el numeral 4 específicamente consagra la obligación de indicar las normas violadas y explicar el concepto de violación:

«Artículo 162.- Contenido de la demanda: Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá

[...]

4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse en concepto de su violación. [...]»

Se trata de un requisito necesario que contribuye al análisis de legalidad que le corresponde a esta jurisdicción efectuar, toda vez que es justamente dicha argumentación la que delimita el estudio de fondo que debe adelantarse; no obstante, la aplicación de tal requisito no puede convertirse en un exceso ritual manifiesto que obstaculice el acceso a la administración de justicia.

Debe reiterarse que este requisito tiene doble connotación, en tanto dota de aptitud formal a la demanda y permite materializar el debido proceso pues asegura el derecho de defensa de la parte pasiva de la *litis* lo que finalmente define el estudio de fondo que se realizará en la sentencia.



412

Radicado: 110010325000201200805-00 (2579 – 2012)
Demandante: José Enrique García Suárez

En el caso concreto, se aprecia por la Sala que la argumentación planteada por el demandante es suficiente y adecuada para efectuar el análisis de legalidad que corresponde a esta etapa procesal.

En tal sentido, se advierte en la demanda que la parte demandante expuso como normas violadas los artículos 2, numeral 2, y 3 y 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y los artículos 1, 2, 13, 40 numeral 7, 53 y 125 de la Constitución Política, y además explicó el concepto de violación.

Al respecto, argumentó que los actos demandados violan el derecho de igualdad de los concursantes, por cuanto se restringió la participación plural y abierta en un concurso de méritos y generaron derechos a algunas personas a partir de actos legislativos que fueron declarados inexequibles. Aduce el actor, que se desconocen los derechos económicos y sociales de los aspirantes a ocupar un cargo dentro de las convocatorias 001 a 015 de 2008 porque se modificaron los criterios de participación, así como el derecho al trabajo, ya que el concurso se vio viciado en cuanto a la disponibilidad de plazas a ocupar, además, desde el nacimiento del estudio de los cargos existen vicios de fondo en el proceso de selección que restringen la participación, toda vez que nunca se ofertaron los cargos que debieron haber sido. Refiere que los actos acusados no garantizaron el principio de confianza legítima de todos los aspirantes debido a la disparidad de criterios y falta de estudios técnicos y jurídicos respecto a los parámetros de selección y porque se convirtió un concurso de méritos abierto en uno cerrado, violando los derechos a la igualdad y al acceso a cargos públicos. Indicó también que se violaron preceptos como el mérito y calidades de los aspirantes al no permitir de forma abierta la participación de todo aquel que cumpla los requisitos, dejando de lado las calidades y conocimientos de los aspirantes.



Lo anterior permite evidenciar que la carga argumentativa expuesta en la demanda brinda la claridad suficiente para el análisis de legalidad que debe efectuar la Sala, esto es, contiene las razones por las cuales el actor considera que los actos demandados son contrarios al orden jurídico superior, por lo tanto, se entiende que el requisito previsto en el numeral 4 del artículo 162 del CPACA se encuentra acreditado.

En ese orden, no hay lugar a declarar probado el medio exceptivo propuesto por la parte demandada.

2.2.- La inepta demanda.

Se funda este medio exceptivo en que el demandante omitió atacar los actos génesis de las convocatorias 01 a la 015 que constitulan el real hecho generador de la ilegalidad acusada. Advirtió que la demanda recae sobre **actos de trámite y consecuenciales**.

Para resolver la excepción, partirá la Sala por referirse al contenido y naturaleza de los actos administrativos demandados, con el fin de establecer si se trata de actos de trámite no susceptibles de control, como lo interpretó la entidad demandada, o si por el contrario sí son susceptibles de control de legalidad.

La demanda recae sobre los siguientes actos administrativos:

Acuerdos	Actas
(i). Acuerdo 001 del 22 de enero de 2009, por medio del cual la Comisión Nacional de Administración de la Carrera Administrativa de la FGN ordenó aplazar las pruebas escritas dentro de las mencionadas convocatorias, con el propósito de cumplir con lo ordenado en el Acto Legislativo 01 de 2008 ¹³ e	1) Acta 120 del 19 de mayo de 2009, donde consta, entre otras, la decisión adoptada en la sesión de la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la FGN, de aplicar el Acto Legislativo 001 de 2008 y ordenar la inscripción automática en la Carrera Administrativa de quienes se

¹³ Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia.



Radicado: 110010325000201200805-00 (2579 – 2012)
Demandante: José Enrique García Suárez

identificar los empleos que, de acuerdo con el citado Acto Legislativo, tenían derecho a la inscripción extraordinaria en carrera administrativa, para lo cual la Oficina de Personal de la FGN debía adelantar un estudio de planta de personal asignada al área administrativa.	encontraban en provisionalidad en ese momento.
(ii). Acuerdo 02 del 9 de febrero de 2009, por medio del cual la Comisión Nacional de Administración de la Carrera Administrativa de la FGN estableció la forma de ponderar la prueba de valoración de la hoja de vida de quienes superasen la prueba de conocimientos.	2) Acta 195 del 20 de septiembre de 2010, donde consta la decisión tomada en la sesión de la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la FGN, donde se estudió la planta de personal, para establecer los servidores cobijados por el Acto Legislativo 001 de 2008.
(iii). Acuerdo 05 del 10 de diciembre de 2010, por medio del cual la Comisión Nacional de Administración de la Carrera Administrativa de la FGN ordena reanudar el trámite de las Convocatorias 01 a 015 de 2008 en cumplimiento de la Sentencia C-588 de 2009 ¹⁴ , por medio de la cual la Corte Constitucional resolvió declarar la inexecutable total del Acto Legislativo 01 de 2008 ¹⁵ , con efectos retroactivos y ordenó dejar sin efectos todas las inscripciones extraordinarias en carrera administrativa.	3) Acta 236 del 24 de octubre de 2011, donde consta la decisión tomada en la sesión de la Comisión Nacional de Administración de la Carrera Administrativa de la FGN, en la que, basados en lo ordenado por el Acto Legislativo 04 de 2011, se establecieron algunas pautas para el concurso, entre otras, la posibilidad de que quienes no se presentaron a la prueba, puedan a su elección presentar las pruebas establecidas en la convocatoria u optar por la aplicación del Acto Legislativo No. 04 de 2011; o que quienes se presentaron a prueba podrán optar por someterse a la homologación prevista para las pruebas establecidas, conforme al acto legislativo 04 de 2011 o mantener su puntaje.
(iv). Acuerdo 01 del 13 de enero de 2012, por medio del cual la Comisión Nacional de Administración de la Carrera Administrativa de la FGN reguló el procedimiento a seguir para dar	4) Acta 240 del 12 de enero de 2012, donde consta la decisión tomada en la sesión de la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la FGN, en la que se discutió la aplicación

¹⁴ Con Ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁵ Por medio del cual se aplazan las pruebas escritas para las convocatorias 001-2008, 002-2008, 003-2008, 004-2008, 005-2008, 006-2008, 007-2008, 008-2008, 009-2008, 010-2008, 011-2008, 012-2008, 013-2008, 014-2008 y 015-2008.



Radicado: 110010325000201200805-00 (2579 – 2012)
Demandante: José Enrique García Suárez

cumplimiento al mencionado Acto Legislativo 04 de 2011 ¹⁶ que ordenó, en beneficio de quienes ocupaban cargos en provisionalidad en ese momento, homologar las pruebas de conocimiento establecidas en los diferentes concursos públicos, por la experiencia y los estudios adicionales a los requeridos para ejercer el cargo respectivo.	del Acto Legislativo 04 de 2011 y, en consecuencia, la modificación al Acuerdo 005 de 2010, lo mismo que los inconvenientes que se podrían presentar en caso de ser declarado inexecutable el Acto Legislativo
	5) Aviso de reanudación del concurso de méritos de las convocatorias 01 a la 15 de 2008, del área administrativa y financiera de la Fiscalía General de la Nación
	6) Cronograma para la continuación y culminación del proceso de selección de las convocatorias 01 a la 15 de 2008.

Respecto de tales actos administrativos, la entidad demandada manifestó que no pueden ser objeto de conocimiento de esta jurisdicción a través del medio de control de nulidad, por cuanto se trata de **actos de trámite y consecuenciales**. En ese sentido, afirma que la demanda es inepta porque no se integraron los actos principales, es decir, los acuerdos génesis de las convocatorias 01 a 015 de 2008.

Son actos de trámite, aquellos que solamente impulsan la actuación administrativa, o lo que es lo mismo, promueven el trámite propio de la decisión que ha de tomarse posteriormente. Por su parte, son actos definitivos los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto o hacen imposible continuar con la actuación (art. 43 CPACA)

En ese escenario, se advierte que sólo las decisiones de la administración producto de la conclusión de un procedimiento administrativo, o los actos de

¹⁶ Por medio del cual se incorpora un artículo transitorio a la Constitución Política de Colombia.



Radicado: 110010325000201200805-00 (2579 – 2012)
Demandante: José Enrique García Suárez

trámite que hacen imposible la continuación de esa actuación, son susceptibles de control de legalidad por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de modo tal que los actos de trámite o preparatorios distintos de los antes señalados, se encuentran excluidos de dicho control.

Ahora bien, tratándose de **concursos de méritos** para proveer cargos de carrera, en abundante jurisprudencia esta Corporación ha precisado que el Acuerdo por medio del cual se convoca a un concurso público, es el instrumento que **fija las reglas del concurso** y como tal concluye definitivamente esa etapa, pues la convocatoria es norma reguladora de todas las demás fases del concurso y en esa medida resulta indiscutible que en atención a su dimensión eminentemente normativa y de acatamiento forzoso para la administración y los interesados, ostenta plena autonomía, por lo tanto no es un acto instrumental o accesorio de otros posteriores, **sino que puede ser demandado directamente** sin esperar, como sugiere la parte accionada, a que se elabore la lista de elegibles como acto final.

En criterio de la Sala, los Acuerdos y las Actas demandadas sí tienen contenido decisorio y por ende son susceptibles de control de legalidad por lo siguiente:

(i). Dichos actos administrativos fueron proferidos por la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación, dentro del trámite de las convocatorias 01 a 15 de 2008, y a través de estos **se modificaron las reglas del concurso**, en cumplimiento de los Actos Legislativos 01 de 2008 y 04 de 2011, respectivamente, los que posteriormente fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional.

En tal sentido, tales actos adoptaron las siguientes decisiones:



.- **En cuanto a los Acuerdos:** (i) el Acuerdo 01 de 2009¹⁷ aplazó las pruebas escritas y dispuso efectuar un nuevo estudio sobre el número definitivo de cargos a proveer; (ii) el Acuerdo 02 de 2009¹⁸ modificó los criterios y el puntaje de evaluación, asignando 1 a 175 puntos al análisis de la hoja de vida (logros académicos y experiencia laboral); el Acuerdo 05 de 2010¹⁹ reanudó las convocatorias como consecuencia de haberse declarado inexecutable el Acto legislativo 01 de 2008 y convocó a una nueva prueba de conocimientos para proveer los 736 cargos que estaban ocupados por servidores que en su momento los cobijó el aludido acto legislativo; el Acuerdo 01 de 2012²⁰ dispuso que los funcionarios beneficiarios del acto legislativo e inscritos en las convocatorias que no se presentaron a las pruebas escritas, podrían, a su elección presentar las pruebas u optar por la homologación prevista en el Acto Legislativo 04 de 2011 y dispuso que los puntajes definitivos se unificaran con los resultados de las diferentes pruebas para proveer los 1716 cargos inicialmente convocados.

.- **En cuanto a las Actas:** (i) el Acta 120 de 2009²¹ contiene la decisión de los miembros de la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de dar aplicación al Acto legislativo 01 de 2008 sobre el derecho a la inscripción extraordinaria a la carrera; (ii) el Acta 195 de 2010²² contiene la decisión de los miembros de la CNAC sobre la valoración de las hojas de vida para efectos de la reclasificación en el concurso de la Fiscalía y el reglamento para la elección de evaluadores y calificadores; (iii) el Acta 236 de 2011²³ contiene la decisión de la CNAC de modificar el Acuerdo 05 de 2010, unificar los puntajes para proveer los 1716 cargos, en cumplimiento del Acto legislativo 01 de 2011; (iv) el Acta 240 de 2012²⁴ contiene la decisión de la CNAC de aprobar los cambios en el Acuerdo 05 de 2011 en el sentido de

¹⁷ Folios 1 a 3

¹⁸ Folios 4 a 6.

¹⁹ Folios 7 a 10

²⁰ Folios 11 a 17.

²¹ Folios 60 a 77

²² Folios 48 a 59.

²³ Folios 26 a 47.

²⁴ Folios 18 a 25.



efectuar el examen a los concursantes beneficiarios del Acto legislativo 01 de 2008.

(ii). Como se aprecia, dichos actos introdujeron modificaciones sustanciales a las convocatorias como consecuencia de los actos legislativos 01 de 2008 y 04 de 2014, produciendo efectos respecto a las reglas objetivas del concurso, razón por la cual son susceptibles de control por esta jurisdicción.

(iii) En reiteradas oportunidades, esta Corporación ha indicado que el acto administrativo general característico del adelantamiento de concursos de méritos para proveer empleos de carrera administrativa, trátase del régimen general o de los regímenes especiales y específicos, es aquel que se encuentra en el origen del proceso meritocrático a adelantar y que tiene la vocación de definir, de manera abstracta, impersonal o indeterminada respecto a la generalidad de sus destinatarios, las reglas de acuerdo con las cuales se desenvolverá el proceso de selección correspondiente.

(iv) Para el caso específico, tal acto no es otro que aquel en el que se plasman todos los elementos atinentes a la voluntad del ente público que determina al adelantamiento, las fases y los requisitos del procedimiento de selección a desarrollar para proveer empleos de carrera en igualdad de condiciones de todos los aspirantes inscritos.

Sobre el acto de convocatoria, la Corte Constitucional²⁵ también ha precisado lo siguiente:

La sentencia C-040 de 1995 reiterada en la SU-913 de 2009, explicó cada una de esas fases, las que por demás fueron recogidas por el legislador en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004. Así: 1. Convocatoria... es [...] "la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la

²⁵ Sentencia SU446/11



realización del concurso y a los participantes”, y como tal impone las reglas que son obligatorias para todos, entiéndase administración y administrados-concursantes. Por tanto, como en ella se delinean los parámetros que guiarán el proceso, los participantes, en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento. La Corte Constitucional ha considerado, entonces, que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de autovinculación y autocontrol porque la administración 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 [...]

(v) Ahora bien, nótese que a través de los Acuerdos y Actas demandadas en el presente proceso, la CNAC de la Fiscalía **introdujo modificaciones sustanciales** a las convocatorias 001 a 015 de 2008, tanto en los criterios objetivos de evaluación como en el número de cargos a ofertar, pues producto de la inscripción extraordinaria a la carrera ordenada en los Actos Legislativos 01 de 2008²⁶ y 04 de 2011²⁷, las convocatorias 01 a 015

²⁶ Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política:

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

“Párrafo 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 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 párrafo.

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. Ver el Acuerdo de la CNSC 01 de 2009

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”



Radicado: 110010325000201200805-00 (2579 – 2012)
Demandante: José Enrique García Suárez

tuvieron que adaptarse para para implementar los mecanismos que en su momento introdujeron tales reformas constitucionales, las que a la postre, fueron declaradas inexecutable mediante sentencias C-588 de 27 de agosto de 2009 y C-249 de 29 de marzo de 2012 por la Corte Constitucional.

(vi) De otra parte, pese a que no se demandaron los actos iniciales del concurso, vale decir, las convocatorias 01 a 015 de 2008, se debe considerar que los actos demandados fueron proferidos con ocasión de la promulgación del acto legislativo 01 de 2008, que estableció la inscripción automática de los empleados en provisionalidad o en encargo que cumplan con las condiciones referidas, y del acto legislativo 04 de 2014, que estableció un

²⁷ Por medio del cual se incorpora un artículo transitorio a la Constitución Política de Colombia:

“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.



sistema de homologación mediante puntajes adicionales por la experiencia y la permanencia y los estudios realizados, así como de su posterior inexequibilidad.

(vii) Estas disposiciones, si bien fueron declaradas inexequibles oportunamente y además con efectos retroactivos, tuvieron incidencia en el desenvolvimiento del proceso de selección que se encontraba adelantado la Fiscalía General de la Nación, de ahí que en la fijación del litigio se dijera que para hacer el análisis jurídico de la naturaleza de los actos demandados eran suficientes los actos legislativos y las decisiones de inexequibilidad.

(viii) En tal sentido, la Sala concluye que respecto a los Acuerdos y las Actas demandadas si resulta procedente el control de legalidad, en tanto introdujeron modificaciones sustanciales a las reglas de las convocatorias 01 a 015, por lo tanto, en este sentido la excepción no está llamada a prosperar.

(ix) Pese a que el ministerio público instó en su concepto a la Sección Segunda – Subsección “A” del Consejo de Estado, a que se inhibiera para decidir el fondo del *sub examine*, por pérdida de obligatoriedad de los actos administrativos acusados como consecuencia de su decaimiento, la Sala advierte que mediante tales actos se produjeron efectos jurídicos en el desenvolvimiento de las convocatorias 001 a 015 de 2008, y además introdujeron modificaciones sustanciales a las reglas del concurso, razón por la cual, encuentra razones suficientes para proferir una decisión de fondo al litigio.

.- El Aviso de reanudación y el Cronograma para la continuación y culminación.

A diferencia de lo sostenido en párrafos anteriores sobre la naturaleza demandable de los acuerdos y las actas que modificaron las convocatorias indicadas, no ocurre lo mismo respecto del **Aviso de reanudación** del



Radicado: 110010325000201200805-00 (2579 – 2012)
Demandante: José Enrique García Suárez

concurso de méritos de las convocatorias 01 a la 15 de 2008 y el **Cronograma para la continuación y culminación** del proceso de selección, pues tales actos no responden a la definición, contenido y alcances del concepto de acto administrativo de carácter general, y ello por cuanto de su lectura se constata que sus elementos y finalidades los caracterizan como actos meramente de trámite o instrumentales, encaminados a hacer operativos aspectos del concurso convocado, en particular en el contexto de la expedición de los actos legislativos 01 de 2008 y 04 de 2011, cuando estaban en desarrollo las convocatorias 01 a 015 de 2008 de la Fiscalía General de la Nación, y con motivo de la posterior declaratoria de inexequibilidad de los mismos.

Por tal razón, dichos actos no tuvieron ni el propósito, ni la vocación, ni la capacidad de introducir modificaciones sustanciales ni formales a las convocatorias.

Bajo tal entendimiento, dada la naturaleza y alcance del aviso y el cronograma acusados, en el contexto del mandato legal previsto en el artículo 137 del CPACA, tales actos administrativos no son susceptibles de demandarse a través del medio de control de nulidad, debido a que no ostentan el atributo de actos administrativos de carácter general, ni responden a las otras modalidades de actos demandables mediante dicho medio de control según los preceptos de la norma citada y en tal medida, no puede hacerse el examen encaminado a su invalidación.

Reitera la Sala que se trata de actos meramente de trámite o instrumentales, encaminados a brindar publicidad y hacer operativos aspectos del concurso convocado pero sin modificar las reglas del concurso. De acuerdo con lo anterior, no procede un pronunciamiento de fondo sobre tales actos, pues como se indicó, ésta jurisdicción sólo conoce del control de legalidad de actos administrativos definitivos, en los que se encuentre materializada la voluntad de la administración, lo cual no ocurre con el aviso de reanudación



Radicado: 110010325000201200805-00 (2579 – 2012)
Demandante: José Enrique García Suárez

del concurso de méritos y el cronograma para la continuación y culminación del proceso de selección de las convocatorias 01 a la 15 de 2008.

.- Conclusión. Por las razones expuestas, el análisis de legalidad se contraerá a los Acuerdos 01 de 2009, 02 de 2009, 05 de 2010 y 01 de 2012 y las Actas 120 de 2009, 195 de 2010, 236 de 2011 y 240 de 2012, pues en ellos se materializó la voluntad de la administración respecto del desarrollo de las diversas etapas del concurso de méritos, en tanto introdujeron modificaciones en cuanto a los puntajes y criterios de evaluación, así como el número de los cargos a proveer, dentro de las convocatorias 001 a 0015 de 2008. Y respecto al **Aviso de reanudación** del concurso de méritos de las convocatorias 01 a la 15 de 2008 y el **Cronograma para la continuación y culminación** del proceso de selección, la Sala se abstendrá de emitir pronunciamiento de fondo, toda vez que no son susceptibles de control por tratarse de actos de trámite como se dejó expuesto.

Efectuada la precisión anterior, le corresponde a la Sala proceder al análisis de fondo.

3. Problemas jurídicos.

Con base en los argumentos planteados en la demanda y su contestación, así como la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial al delimitar el marco de definición para fallar, le corresponde a la Sala resolver los siguientes **problemas jurídicos**:

(i) ¿Con la expedición de los actos administrativos demandados, se vulneró el artículo 125 de la Constitución Política porque se restringió la participación plural y abierta en un concurso de méritos para el acceso a cargos públicos dentro de las convocatorias 01 al 015 de 2008?



Radicado: 110010325000201200805-00 (2579 – 2012)
Demandante: José Enrique García Suárez

(ii) ¿Se vulneró el derecho a la igualdad entre los concursantes por la incertidumbre generada durante las vigencias de los actos legislativos 01 de 2008 y 04 de 2011, sin que la Fiscalía fijara criterios de participación y porque efectuó una suspensión temporal y no definitiva, permitiendo que concursaran algunos aspirantes a 980 cargos de 1716?

(iii) ¿Al reanudar las convocatorias mencionadas se desconoció el derecho al trabajo de los aspirantes ya que el concurso se vio viciado por la disponibilidad de plazas a ocupar, que era inicialmente de 1716 cargos para posteriormente reducirse a 980 y dejar fuera a 736?

4. Análisis del caso concreto

(i) ¿Con la expedición de los actos administrativos demandados, se vulneró el artículo 125 de la Constitución Política, toda vez que se restringió la participación plural y abierta en un concurso de méritos para el acceso a cargos públicos dentro de las convocatorias 01 al 015 de 2008?

Afirma el actor que con los actos demandados se restringió la participación a un número plural de concursantes, convirtiendo las Convocatorias en un concurso cerrado, vulnerando con ello el artículo 125 de la Constitución Política.

El artículo 125 de la Constitución Política establece lo siguiente:

"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.



El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales.

Quiénes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.”

El alcance de dicha norma ha sido examinado y desarrollado ampliamente en la jurisprudencia constitucional²⁸, la cual ha dicho que la carrera administrativa es un eje axial del Estado Social de Derecho y que tal garantía se erige sobre tres elementos determinantes: “(i) el mérito; (ii) el concurso de méritos; y (iii) la igualdad de oportunidades para dar plena efectividad a los fines estatales al mismo tiempo que asegura los derechos fundamentales de las personas como la igualdad, el acceso a cargos públicos y la participación.”

De esta manera, el núcleo esencial del artículo 125 constitucional está conformado por cuatro pilares fundamentales, a saber: (i) la carrera administrativa como regla general para asegurar el principio del mérito en la función pública; (ii) el concurso de méritos como mecanismo de garantía del mérito; (iii) la potestad de configuración del Legislador en este ámbito; y (iv) la posibilidad de una estructura de la función pública con cargos de libre nombramiento y remoción, elección popular, oficiales y los demás determinados en la ley, como excepciones a la regla general.

Bajo tal entendimiento, esta sección ha sostenido que no se ajusta a derecho la inscripción extraordinaria en la carrera administrativa, y que para ingresar a ella es necesario que se agoten todas y cada una de las etapas de un concurso previstas en el ordenamiento jurídico, pues, el pilar de la carrera

²⁸ Sentencia C-046 de 2018.



administrativa y de la función pública misma, está en la selección por méritos y la capacidad de quien es favorecido para ingresar en ella.

Ahora bien, como la parte actora afirma que la entidad demandada, a través de los actos administrativos objeto de control vulneró el artículo 125 de la Constitución Política porque restringió la participación plural y abierta en un concurso de méritos para el acceso a cargos públicos dentro de las convocatorias 01 al 015 de 2008, la Sala considera necesario remitirse a la evolución de la jurisprudencia sobre concursos cerrados²⁹, esto es, con la participación exclusiva de la planta de personal de la entidad estatal que lo convoca, para destacar que en la actualidad los concursos cerrados de ascenso son considerados inconstitucionales, a menos que se reserven algunos cargos para funcionarios que ya hacen parte de la carrera, es decir, concursos de ascenso mixto³⁰.

“La jurisprudencia constitucional sobre la materia.

Primera etapa: los concursos de ascenso cerrados son constitucionales.

En un primer momento, la Corte Constitucional avaló este tipo de concursos en la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil, la Procuraduría General de la Nación y el servicio civil en general, alegando básicamente, que los funcionarios de carrera tienen prelación en virtud del mérito previamente demostrado, de la estabilidad laboral que les confiere el estar escalafonados y como estímulo para mejorar su desempeño.

1) Así lo dijo la Corte en sentencia C-011 de 1996,³¹ en virtud de la cual declaró la exequibilidad del inciso segundo del artículo 46 y el artículo 48, del

²⁹ La Corte Constitucional Sentencia en sentencia C-266 de 2002, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinoza, definió los concursos cerrados de ascenso de la siguiente manera: «No ocurre lo mismo en lo relativo al ascenso, que, como la palabra lo indica, busca seleccionar para un rango superior a quien, ya estando incorporado, muestre de manera comprobada méritos suficientes para subir en la escala jerárquica del organismo al que pertenece o en otros de la Administración, imponiéndose por sus calidades, aptitudes y preparación sobre otros aspirantes también incorporados al servicio dentro de la institución o grupo de instituciones de que se trate. Por tanto, el concurso, para ascender en la jerarquía de la carrera, se produce, ya no con carácter abierto sino cerrado -es decir, comprende sólo a quienes, estando en niveles inferiores, en la organización del ente respectivo, pretenden acceder a puestos de grado superior».

³⁰ En esta exposición la Sala se remite a lo expuesto en la sentencia de 17 de octubre de 2017, proferida dentro del proceso 11001-03-25-000-2012-00889-00 (2731-12), subsección B, Sección Segunda, Consejo de Estado, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, demandante: Beimar Otálora Arévalo, demandado: Fiscalía General de la Nación.

³¹ Con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara.



Decreto Ley 3492 de 1986, «Por el cual se expiden normas sobre la Carrera de la Registraduría Nacional del Estado Civil y se dictan otras disposiciones», según los cuales, para la provisión de empleos de carrera de la mencionada entidad debía realizarse primero el concurso de ascenso con el personal escalafonado, y sólo cuando los participantes no tuvieran las calificaciones necesarias para ascender, se convocaría a concurso abierto. En palabras de la Corte, la norma en cuestión:

«está en armonía con los mandatos constitucionales, en la medida en que los funcionarios que pertenecen a la carrera administrativa son acreedores de los derechos adquiridos (artículo 58 de la C.P.), que en ningún momento se oponen al derecho de todas las personas de participar en la gestión pública y de acceder, en consecuencia, al servicio público a través de la modalidad de la carrera administrativa, sino que se complementan, por cuanto el ingreso a ésta dio lugar a la misma protección de los derechos de los empleados inscritos, siempre que reúnan los requisitos establecidos por la Constitución y la Ley, que como ya se anotó, tienen su fundamento principal en el mérito de unos y otros. (...)

... las disposiciones acusadas tampoco vulneran el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política, puesto que en una primera oportunidad se sometieron a un concurso abierto en igualdad de condiciones a la de todos los aspirantes que presentaron sus exámenes en la Registraduría Nacional del Estado Civil, y que ahora, por estar inmersos en la carrera de la entidad y gozar de los beneficios de la misma carrera, gozan de un derecho de preferencia sobre quienes no pertenecen a ella, beneficio que la ley protege a cabalidad, apoyado en la Constitución para permitir que asciendan a los cargos que han quedado en vacancia o en provisionalidad. (...).

... los artículos, en sus partes acusadas, en nada vulneran la Constitución Política, pues, antes por el contrario se ajustan a los principios generales de la carrera reconocidos en la Carta; además de que protegen los derechos de preferencia y los derechos adquiridos de quienes pretendan ascender, y de aquellas que deseen aspirar a ingresar a la Registraduría Nacional del Estado Civil».

2) En similar sentido se pronunció la Corte en sentencia C-063 de 1997,³² en virtud de la cual declaró exequible el artículo 123 de la Ley 106 de 1993, «por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se determina la organización y funcionamiento de la auditoría externa, se organiza el Fondo de Bienestar Social, se determina el sistema de personal, se desarrolla la carrera administrativa especial y se dictan otras disposiciones». La norma estudiada por la Corte establecía, que todo concurso al interior de la mencionada entidad sería abierto y en él podrían participar los servidores inscritos en la carrera administrativa y las personas ajenas a ella. Sobre el particular dijo la Corte:

«... la libertad de configuración en el ascenso en los cargos de carrera es más amplia, en la medida en que el Legislador se coloca frente a tres objetivos con igual peso jurídico y fuerza vinculante, lo cual permite desarrollar un campo numeroso de opciones legítimas, según la razonable ponderación que efectúe

³² Con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero.



Radicado: 110010325000201200805-00 (2579 - 2012)
Demandante: José Enrique García Suárez

el órgano político. Así, en determinadas ocasiones, puede la ley consagrar formas de concurso cerrado con el fin de proteger de manera preferente las expectativas de ascenso de los servidores ya escalafonados. Este procedimiento podría denominarse un concurso de ascenso en estricto sentido, pues desde un punto de vista puramente lógico y semántico, sólo pueden ascender en el escalafón quienes ya han ingresado a él, ya que un ascenso significa pasar de un nivel inferior a uno superior dentro de una misma jerarquía, lo cual supone que la persona ya hace parte de la organización. En ese orden de ideas, es razonable que el artículo 11 de la Ley 27 de 1992, la cual regula de manera general la carrera administrativa, señale que existen dos clases de concurso, abiertos para el ingreso a la carrera y de ascenso para el personal escalafonado.

Sin embargo, la Corte también considera que es perfectamente legítimo que en determinadas entidades y para ciertas organizaciones la ley ordene que todo concurso sea abierto, esto es, que los servidores públicos que pretenden ascender a otro nivel superior en el escalafón deben concursar con personas que pueden no estar todavía incorporadas en la carrera administrativa. Estos concursos, que podrían denominarse mixtos, pues para algunas personas pueden significar el ingreso a la carrera y para otros constituyen una posibilidad de ascenso, son perfectamente legítimos, pues en tales casos el Legislador privilegia la eficiencia de la administración y la igualdad de oportunidades, sin anular los derechos subjetivos de los ya escalafonados, pues de todos modos estos servidores pueden concursar y su propia experiencia en la entidad les confiere una razonable posibilidad de éxito en relación con las aspirantes externos. Además, como la Corte ya lo ha señalado, el status de carrera confiere ciertos derechos, como la estabilidad, pero no obliga a la Administración a ascender a todos sus servidores, ya que éstos deben demostrar su mérito y eficiencia para tal efecto».

3) En sentencia C-045 de 1998,³³ la Corte también avaló la realización de concursos de ascenso o cerrados en el Magisterio, al estudiar la constitucionalidad del inciso 2º y el primer párrafo del artículo 11 de la Ley 344 de 1996,³⁴ que establecía, en palabras de la Corte: «...la realización de una especie de concurso cerrado entre aquellos educadores que antes de la expedición de la ley general de educación (ley 115 de 1994, promulgada el 8 de agosto de 1994), tenían suscrito contrato de prestación de servicios con los distintos entes territoriales. Contratación ésta que se efectuó, en razón a la congelación de nómina que se ordenó en distintas leyes, entre ellas, la 24 de 1988 y la 29 de 1989, y que impidió, entre los años 1988 y 1993, vincular docentes a través del sistema legal y reglamentario que exigía el estatuto docente».

La norma en comento fue declarada inexecutable, porque la Corte no encontró «unidad de materia entre lo que regula el inciso segundo y el párrafo primero del artículo 11, con el objeto de la Ley 344 de 1996, pues en ellos se regular un aspecto que escapa a las previsiones propias de una ley de racionalización del gasto, y que hace referencia a la forma como deben agotarse los concursos para proveer cargos en el sector educativo,

³³ Con ponencia del Magistrado Jorge Arango Mejía.

³⁴ Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.



excluyendo a determinados docentes y estableciendo prioridades para la contratación de otros». Sin embargo, la Corte reconoció, «dentro de ciertos límites, la facultad del legislador de organizar concursos que tengan por objeto permitir ascensos dentro de la carrera, y en los que participen sólo quienes estén en ella, como una forma de dar efectividad al derecho a la estabilidad de quienes vinculados con la administración, deseen ascender».

4) Luego, mediante sentencia C-110 de 1998,³⁵ la Corte también avaló la realización de concursos de ascenso o cerrados en la Procuraduría General de la Nación, al estudiar la constitucionalidad del literal a) del artículo 140 de la Ley 201 de 1995,³⁶ que establecía, que los concurso al interior de la mencionada entidad podrían ser abiertos o cerrados. Sobre el particular dijo la Corte:

«...bien podía el legislador regular dos tipos de concursos, uno abierto en el cual pueden participar las personas que tengan interés en ingresar a la Procuraduría, y otro cerrado o de ascenso exclusivamente para el personal escalafonado en carrera administrativa, con miras a asegurar la efectividad del derecho subjetivo constitucional de ascender por méritos dentro del respectivo escalafón.

- El instrumento jurídico adoptado por el legislador, el concurso de ascenso para personal escalafonado de la Procuraduría, no solamente tiene fundamento en las normas constitucionales que se han reseñado, sino que es razonable y proporcional a las finalidades constitucionales que se persiguen con la carrera administrativa. Por lo tanto, dentro de la libertad de la configuración jurídica de la norma de que goza el legislador en este caso bien podía establecer el tipo de concurso ya mencionado para garantizar el referido derecho constitucional.

- El segmento normativo acusado no contiene discriminación alguna, porque del contexto legal de la norma del art. 140 de la ley 201/95 se deduce que para ingresar al servicio de la Procuraduría se puede utilizar el concurso abierto, al cual pueden presentarse quienes no se encuentran escalafonados en carrera.

Por lo demás, la circunstancia de que se establezca el concurso cerrado para quienes están escalafonados, en modo alguno implica que siempre tenga que acudir a éste cuando se trata de ascender funcionarios, porque la administración puede, por razones del buen servicio administrativo, determinar que en este caso se haga un concurso mixto en el cual tengan cabida tanto los funcionarios que ya vienen prestando sus servicios a la entidad y que desean ascender en el escalafón, como las personas ajenas a ésta.

La Procuraduría goza, en consecuencia, de un razonable poder discrecional para determinar, según lo demanden las necesidades del buen servicio administrativo, el tipo de concurso de méritos que en un momento dado debe llevarse a cabo para atender dichas necesidades, de modo que bien puede convocar a un concurso de mérito para ascenso si hay fundamento para ello,

³⁵ Con ponencia del Magistrado Jorge Arango Mejía.

³⁶ Por el cual se establece la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación, y se dictan otras disposiciones.



Radicado: 110010325000201200805-00 (2579 - 2012)
Demandante: José Enrique García Suárez

atendiendo no sólo a la capacidad e idoneidad de los posibles convocados, según la calificación objetiva que de los mismos haya hecho, sino a la necesidad de asegurar la máxima participación y competencia en el concurso. Si tales circunstancias no se dan, lo procedente es acudir al concurso abierto.».

5) En sentencia C-486 de 2000,³⁷ la Corte nuevamente autorizó los concursos de ascenso o cerrados en el servicio civil en general, al estudiar la constitucionalidad del artículo 15 de la Ley 443 de 1998,³⁸ que establecía, que también preveía que los concursos podrían ser abiertos o cerrados. Sobre el particular dijo la Corte:

«No ocurre lo mismo en lo relativo al ascenso, que, como la palabra lo indica, busca seleccionar para un rango superior a quien, ya estando incorporado, muestre de manera comprobada méritos suficientes para subir en la escala jerárquica del organismo al que pertenece o en otros de la Administración, imponiéndose por sus calidades, aptitudes y preparación sobre otros aspirantes también incorporados al servicio dentro de la institución o grupo de instituciones de que se trate. Por tanto, el concurso, para ascender en la jerarquía de la carrera, se produce, ya no con carácter abierto sino cerrado -es decir, comprende sólo a quienes, estando en niveles inferiores, en la organización del ente respectivo, pretenden acceder a puestos de grado superior-, o mixto, propiciando que en ciertas entidades u organismos sean llamadas a concurso personas no vinculadas a la carrera, junto con las que ya lo están, o permitiendo a aspirantes de varias entidades que puedan participar, bajo ciertas condiciones, aun tratándose de servidores externos a la entidad. (...).

En otros términos, para ascender dentro de la carrera, puede ser requisito válido, según la ley, el de pertenecer a ella. Obsérvese que, si resultara absoluta la regla del concurso abierto, aplicándola inclusive para los ascensos, ningún valor tendría el mérito ya demostrado en el desempeño de las funciones asignadas, el cumplimiento de las obligaciones y deberes del empleado inscrito en carrera, su esfuerzo por lograr preparación, capacitación y superación, ni las calificaciones obtenidas durante su trayectoria, pues fácilmente podrían resultar descartados todos esos elementos mediante el ingreso de alguien que no ha iniciado la carrera ni ha sido sometido a prueba dentro de la misma. Ello significaría desestímulo y frustraría en buena parte los propósitos del sistema. (...).

Resulta justo, en criterio de la Corte, que, para los ascensos, la ley se refiera únicamente a aquellos empleados que están en carrera administrativa, como una forma de proteger precisamente a las personas que ya se sometieron al proceso de selección. Una regla absoluta, de apertura invariable en cualquier concurso y siempre -como lo pretende el actor- podría afectar a los empleados actuales en su igualdad, si se permitiera que para el ascenso a un cargo de carrera desapareciese por completo el reconocimiento de que ellos ya han sido probados y evaluados en el servicio, dando lugar, en toda ocasión y sin límites, a la escogencia de quienes, en cuanto son ajenos a esos

³⁷ Con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo.

³⁸ Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones.



antecedentes, están en otras condiciones. Ello podría hacer imposible el ascenso como forma de estímulo por el mérito demostrado. (...).

Por lo expuesto, a juicio de la Corte, no existe obligación constitucional de establecer tipos absolutos de concursos como forma de ascenso en la carrera administrativa. El concurso previsto por el legislador en la disposición acusada para el ascenso en los cargos de la administración es un sistema adecuado y razonable, directamente relacionado con la finalidad misma de la carrera, pues encuentra sustento en la igualdad de oportunidades para el acceso a la función pública como instrumento para la búsqueda de la eficiencia y eficacia en el servicio, principios que se originan directamente en la Constitución.

La Sala encuentra que la norma impugnada aparece en perfecta consonancia con los preceptos constitucionales, básicamente con lo dispuesto en el artículo 125 de la Carta, pues, lejos de violar los cánones señalados por el demandante, los desarrolla, al reconocer en primer término a quienes ya pertenecen a la carrera administrativa, una oportunidad de ascenso, lo cual está dentro de las competencias del legislador. Este, se repite, está facultado para reglamentar las modalidades de concurso que han de aplicarse dentro de determinado régimen, y en relación con el tipo de servicio a cargo del Estado, la naturaleza de la función correspondiente y las características de la actividad que para el cumplimiento de ella desarrollan los empleados. (...).

En estas primeras 5 sentencias, la Corte Constitucional avaló la existencia de concursos de ascenso cerrados, con las condiciones de que i) sea posible convocar, por razones de buen servicio, a concurso mixto para la provisión de los cargos de carrera; y, ii) que el Jefe de la entidad pueda determinar en qué casos se opta por un concurso cerrado o uno mixto para ascender en la carrera. Sin embargo, a partir de la sentencia C-266 de 2002, la Corte Constitucional da un giro y cambia el precedente descrito para señalar que no puede haber concursos cerrados, ni en el ingreso a los cargos de carrera ni en el ascenso a los mismos, puesto que, los concursos cerrados están proscritos en los cargos de carrera del Estado. Veamos:

Segunda etapa: los concursos de ascenso cerrados son inconstitucionales

1) En sentencia C-266 de 2002, la Corte estudió la constitucionalidad del numeral 2.º del artículo 192 del Decreto Ley 262 de 2000,³⁹ que establecía, para la Procuraduría General de la Nación, que los concurso al interior de la mencionada entidad podrían ser abiertos o cerrados. Sobre el particular dijo la Corte:

«De limitarse el mecanismo de nombramiento de funcionarios de carrera por vía del concurso público sólo al ingreso a la carrera y excluirlo, así sea parcialmente, del ascenso en la carrera, no sólo se desconocería el texto del artículo 125 de la Carta, sino que se vulnerarían los derechos fundamentales a

³⁹ 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.



Radicado: 110010325000201200805-00 (2579 – 2012)
Demandante: José Enrique García Suárez

la igualdad de oportunidades y a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos.

Le asiste razón al demandante cuando sostiene que la norma acusada no es razonable al establecer que personas ajenas a la entidad o de la entidad pero no escalafonadas no puedan participar en los concursos de ascenso en la carrera. Ello porque los funcionarios de carrera ya habrían recibido una calificación especial en el concurso, sin que se justifique otorgarles un beneficio adicional frente a los demás postulantes. La norma acusada, en efecto, viola el derecho a la igualdad de oportunidades por excluir, en un primer momento, del concurso para ascender en la carrera de la Procuraduría a las personas no escalafonadas en la carrera de la entidad. (...).

...Se pregunta la Corte si la afectación del derecho a la igualdad de oportunidades, respecto de las personas ajenas a la entidad que quisieran ocupar el cargo vacante, que implica el impedirles participar en el concurso cerrado de ascenso, es razonable, o, por el contrario, vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de terceros ajenos a la entidad.

En concepto de la Corte, aunque el mecanismo del concurso cerrado resultase adecuado para alcanzar los fines de estimular a los inscritos en la carrera de la Procuraduría y reconocerles su cumplimiento, eficiencia y experiencia en el desempeño de cargos en la entidad, lo cierto es que el concurso cerrado de ascenso – y la exclusión de terceros igual o más calificados que éste lleva implícita – es innecesario, ya que existen otros medios menos lesivos de los derechos fundamentales de terceros – quienes también podrían, por sus calidades, optar para ocupar el cargo de carrera mediante el concurso público – y más adecuados para asegurar no sólo los fines de la norma sino también otros igualmente importantes como son la buena calidad de la función pública y la igualdad en el acceso y el ejercicio de la función pública. En efecto, nada impide que en el diseño del concurso se diseñen y adopten otros medios como, por ejemplo, el otorgamiento de puntos a los inscritos en la carrera y el ascenso del escalafonado y no del externo en caso de empate, con miras a estimular a los servidores de carrera y valorar su desempeño y su experiencia en la entidad, siempre que dichos medios no establezcan ventajas que en la práctica equivalgan a una barrera de entrada para los ciudadanos ajenos a la entidad ni represente un privilegio contrario al sistema de mérito en la provisión de cargos que protege la igualdad de oportunidades. El medio alternativo del concurso abierto (o mixto) además de valorar la dedicación de los servidores de carrera, no excluiría a otros potenciales participantes con mayores calidades y méritos. Con ello se deja a salvo, además, el derecho a la igualdad de oportunidades (art. 13 C.P.) en el acceso a los cargos públicos (art. 41 num. 7 C.P.), se optimiza la calidad de la función pública y se promueve el principio de imparcialidad como fundamento de la función administrativa (art. 209 C.P.).

En consecuencia, el legislador vulneró los derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades y al acceso al desempeño de funciones o cargos públicos, así como el principio de imparcialidad en que se basa la función administrativa cuando escogió el concurso cerrado de ascenso como medio de reconocimiento de las calidades y los méritos a los inscritos en la carrera de la entidad. Es el concurso público, bien sea abierto o mixto, el medio alternativo



que debe emplearse para el nombramiento de funcionarios de carrera cuando se trata de proveer cargos de carrera en la Procuraduría General de la Nación, aún para aquellos de elevada jerarquía. (...).

En consecuencia, la Corte concluye que excluir a ciudadanos no inscritos en la carrera, del concurso de ascenso para proveer cargos superiores en la carrera de la Procuraduría General de la Nación, constituye una medida irrazonable, contraria al sistema de ingreso, permanencia y ascenso a los cargos públicos cuyo fundamento son la calidad y el mérito de los aspirantes (artículo 125 C.P.). Tal exclusión vulnera además el derecho político fundamental a acceder a cargos públicos (art. 40 num. 7 C.P.) en igualdad de oportunidades (art. 13 C.P.).».

2) La Corte reiteró esta postura en sentencia C-1079 de 2002,⁴⁰ en la que declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 115 del Decreto Ley 261 de 2000,⁴¹ que establece, que para la Fiscalía General de la Nación, los concurso al interior de la mencionada entidad podrían ser abiertos o cerrados. Sobre el particular dijo la Corte:

«... a partir de la Sentencia C-266 de 2002, la Corte rectificó su posición en torno a la regulación de los concursos cerrados para la fase de ascenso en los regímenes de carrera, bajo la consideración que éstos resultan contrarios a la Carta por desconocer lo preceptuado en sus artículos 125, 13 y 40. (...).

... como ha quedado suficientemente explicado, los concursos cerrados en cualquier fase de la carrera viola los fundamentos constitucionales de dicho régimen contenidos en el artículo 125 Superior, y los derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades y de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, también consagrados en los artículos 13 y 40-7 de la Constitución Política. Sin embargo, debe insistirse, la posibilidad de incluir concursos cerrados en el régimen de carrera de la Fiscalía no resulta compatible con las normas generales que lo gobiernan y que proyectan su forma de reglamentación y ejecución (...).

3) Posteriormente, en la sentencia C-1262 de 2005⁴² la Corte Constitucional se ratificó en su tesis de que los concursos cerrados de ascensos son inconstitucionales, al estudiar una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 21 (parcial), 26 (parcial), 27 (parcial) y 36 (parcial) del Decreto 765 de 2005, «Por el cual se modifica el sistema específico de carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Impuestos, DIAN». Indicó la Corte en esa oportunidad, que según el escrito de la demanda, el concurso de ascenso para proveer cargos de carrera en la DIAN, a partir de la regulación del decreto en mención, es en la práctica, un concurso cerrado, por lo que se vulnera la cláusula de igualdad, el acceso a la función pública y los principios que guían la regulación de los empleos de carrera (arts. 13, 40.7 y 125 C.N):

⁴⁰ Con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil.

⁴¹ Por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones.

⁴² Con ponencia del Magistrado Humberto Sierra Porto.



Radicado: 110010325000201200805-00 (2579 – 2012)
Demandante: José Enrique García Suárez

«...las regulaciones de los sistemas de concursos no pueden establecer criterios de selección, cuya evaluación no sea susceptible de ser aplicada a todos los concursantes, incluyendo tanto a los inscritos en carrera como a los no-inscritos. El establecimiento de factores que pretenden incentivar a los empleados de carrera mediante la oportunidad de promoción, incorporados como elementos constitutivos de la selección de personal para cargos de carrera mediante concurso, es contrario a la Constitución en tanto privilegia injustificadamente a algunos participantes en detrimento de otros. (...).

Tal como se explicó en el acápite anterior, el mandato de excluir de nuestro ordenamiento jurídico la realización de concursos cerrados para proveer cargos de carrera, y en consecuencia implementar concursos en los que participen todas las personas que cumplan con los requisitos y el rol requerido, quedaría vaciado de contenido si dicha participación abierta no se complementa con una evaluación igualitaria de los concursantes. Carece pues de sentido para la Sala, que el enunciado normativo en cuestión disponga una evaluación igualitaria para los participantes en los concursos de ascenso en la DIAN en los incisos primero y tercero, y a renglón seguido establezca que no se excluirán del concurso en comento a las personas no inscritas en carrera. Estructurar un concurso en el que la participación no se cierra, pero a los participantes no se les evalúa igual, es tanto como excluir del acceso a los cargos de carrera a quienes se ven perjudicados por el tratamiento distinto.

El privilegio injustificado consiste en este caso, en que de entrada se rompe con la igualdad de condiciones para concursar, pues quienes no están inscritos en la carrera de la DIAN, incluso si sus méritos llegaren a ser superiores a los de quienes sí lo están, carecen de la posibilidad cierta de ser evaluados en los ítems referidos a la “experiencia específica, eficiencia, cumplimiento y mérito en el desempeño de otros empleos de carrera dentro de la Entidad, y la acreditación de sus competencias laborales.” Ni siquiera – como lo exponen algunos de los intervinientes – si el fin pretendido con la norma es reconocer el desempeño de los empleados inscritos en carrera mediante el privilegio en la evaluación del concurso para lograr su promoción. Como se explicó ampliamente ésta no resulta ser una razón suficiente para sacrificar los principios constitucionales que enmarcan el acceso a la carrera en igualdad de condiciones. Tampoco, como se afirma en los referidos escritos de intervención, resulta satisfactoria la explicación según la cual con la disposición bajo estudio no se vulnera la igualdad de oportunidades, en tanto se permite la participación de todas las personas con los requisitos, independientemente de si están o no inscritas. El anterior argumento se cae por su propio peso, en razón a que el supuesto no es solamente igualdad de oportunidades para participar en los concursos, sino y sobretodo, igualdad de oportunidades en la calificación. (...).

Así las cosas, acierta el Ministerio Público al observar que los dos apartes normativos, considerados en conjunto e interpretados de manera sistemática, determinan una norma jurídica inconstitucional consistente en que si bien las personas no inscritas en carrera pueden participar en los concursos de ascenso, éstas no pueden ingresar a través del mismo, pues el mecanismo idóneo prescrito para ellas es el concurso abierto y no el de ascenso, a la vez que los cargos deberán proveerse obligatoriamente mediante el concurso de ascenso. Las disposiciones bajo estudio, privilegian una forma determinada de



provisión de cargos como el concurso de ascenso, a la vez que excluyen este mecanismo como idóneo para el ingreso de personal no inscrito en carrera. Por ello la Corte integrará la unidad normativa entre el aparte normativo demandado, el inciso cuarto del mismo numeral 2º del artículo 36 del Decreto 765 de 2005 y la frase final del inciso primero del numeral 1º del mismo artículo, y los declarará inexecutable.

El fundamento de lo anterior es que el contenido de los apartes mencionados, regula el sistema de concursos de tal manera que por un lado, un aspirante no inscrito no encuentra en el concurso de ascenso el mecanismo legal para ingresar a la carrera de la DIAN, y por demás, se da prioridad para la provisión de los cargos, justamente al mecanismo mediante el que éste no puede ingresar. En la práctica esto representa que el concurso de ascenso se convierte en cerrado, pues mediante su implementación, que además es prioritaria, se impide el acceso a los cargos de carrera al personal externo a la DIAN. Para la Corte es claro que con ello se establece una distinción inconstitucional entre la regulación para el ascenso y la regulación para el ingreso a la carrera de la entidad mencionada, en donde resulta más restrictiva la modalidad de ingreso. También, crea desigualdad en las condiciones y se sacrifica el mérito como fundamento sustancial para acceder a la función pública (arts. 13 y 40-7 C.N). Al presentarse como cerrado el concurso de ascenso para el ingreso a la carrera para quienes no están inscritos en la misma, se vulnera de igual manera la prohibición constitucional de proveer cargos de carrera mediante concurso público (art. 125 C.N). Lo cual - se insiste - tampoco encuentra suficiente fundamento en el hecho que el sistema de la DIAN haya sido determinado por el legislador como un sistema específico.

En este orden de ideas, el inciso quinto del numeral 36.2, cuyo contenido regula efectos de los resultados del concurso de ascenso, que como se acaba de señalar contradice principios constitucionales, resulta igualmente inconstitucional pues su eficacia va ligada a la realización del mencionado concurso de ascenso que se excluirá del ordenamiento jurídico. Luego, resultaría inocuo que se mantuvieran vigentes las consecuencias jurídicas de la modalidad del concurso que a partir de esta sentencia no operará más en la DIAN.».

4) El criterio de la inexecutable de los concursos cerrados nuevamente fue reiterado en la sentencia C-1263 de 2005,⁴³ en la que la Corte Constitucional estudió una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 17 numeral 4.3 del Decreto 790 de 2005, «Por el cual se establece el sistema específico de carrera administrativa en la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, Aerocivil». La demandante acusó de inexecutable dicha disposición, por vulnerar principios esenciales del sistema de carrera administrativa como lo es el de la igualdad, que se garantiza mediante concurso público. En su concepto, la norma establecía unos parámetros de evaluación para el ascenso en carrera, que no puede acreditar quien no esté inscrito en la misma, por lo que es discriminatoria. Sobre el particular la Corte razonó de la siguiente manera:

⁴³ Con ponencia del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra.



424

Radicado: 110010325000201200805-00 (2579 - 2012)
Demandante: José Enrique García Suárez

«el criterio fijado por la Corte a partir de la sentencia C-266 de 2000, conduce a la imposibilidad de las entidades estatales de convocar a un concurso cerrado de méritos, así se trate de un concurso de ascenso (salvo algunas excepciones),⁴⁴ pues, si bien, la idea del ascenso es estimular a los servidores de carrera, dichos estímulos no pueden constituirse en un privilegio para quienes están dentro del escalafón y una desventaja para los ciudadanos ajenos al mismo.

El fallo de la Corte, hizo un juicio de razonabilidad entre los inscritos y los no inscritos en carrera, como criterio de diferenciación al momento de determinar quiénes pueden tomar parte en un concurso de ascenso, llegando a la conclusión que excluir de la posibilidad de un ascenso o del ingreso a quienes no pertenecen al régimen de carrera, representa una limitación innecesaria del derecho político a acceder a cargos públicos. (...).

Por tanto, la facultad del legislador de organizar concursos que tengan por objeto permitir ascensos dentro de la carrera, no puede quedar limitada únicamente a quienes hacen parte de ella, razón por la que podrá ascender quien haga parte del régimen de carrera, empero, en el mismo concurso de méritos puede participar quien no haga parte de la misma, con el fin de ingresar a ella.

Dentro de este contexto, la norma que se acusa consagra la posible vulneración del derecho a la igualdad, pues tener en cuenta "adicionalmente la experiencia específica comprobada y la evaluación del desempeño laboral" constituye una ventaja de quien está inscrito en carrera, frente a quien concursa sin pertenecer a ella. (...).

Acreditar "adicionalmente" una experiencia específica comprobada y evaluar el desempeño laboral, no comporta una participación igualitaria en el proceso de selección, pues además de los factores comunes de evaluación de quienes pretenden acceder a un concurso de méritos, las personas que están inscritas en carrera cuentan "adicionalmente" con una experiencia específica, que no pueden acreditar los que no pertenecen a ella.

Lo que se pretende, es permitir que todos aquellos que reúnen los requisitos para ocupar un cargo en la administración, participen en los procesos de selección correspondientes, en igualdad de condiciones, respetando el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos que consagra el artículo 40, numeral 7º de la Constitución.

Por tanto, como lo afirma la demandante, el precepto acusado permite una evaluación adicional para quien está vinculado a la administración, elemento del cual carece quien no ostenta dicha calidad. Evaluar la experiencia del cargo que se ostenta genera una desventaja frente a aquel que no la puede acreditar.

⁴⁴ Regímenes especiales: Fuerzas Militares y la Policía Nacional (artículos 217 y 218); la Fiscalía General de la Nación (artículo 253); la Rama Judicial del poder público (artículo 256, numeral 1º); la Contraloría General de la República (artículo 268 numeral 10º), y la Procuraduría General de la Nación (artículo 279), así como la carrera de la universidades del Estado (artículo 69). Ver la Sentencia C-746/99 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.



La norma que se acusa consagra la realización de un concurso, en el que no sólo se tiene en cuenta el mérito de quien pretende acceder al régimen de carrera, si no que por el contrario se valora una serie de acreditaciones “experiencia específica comprobada y evaluación del desempeño laboral” violatorias del derecho a la igualdad, del acceso a cargos públicos y del artículo 125 de la Constitución que consagra como regla general la realización de concursos públicos abiertos como el mecanismo idóneo para proveer un empleo en la administración.».

De lo expuesto se tienen entonces, que a partir de la Sentencia C-266 de 2002, la Corte rectificó su posición en torno a la regulación de los concursos cerrados para la fase de ascenso en los regímenes de carrera, bajo la consideración que éstos resultan contrarios a la Carta por desconocer lo preceptuado en sus artículos 13, 40 y 125. Tesis que fue reiterada en las sentencias C-1079, C-1262 y C1263 de 2002.

Tercera etapa: los concursos de cerrados de ascenso son inconstitucionales, a menos que se reserven algunos cargos para funcionarios que ya hacen parte de la carrera, es decir, concursos de ascenso mixtos.

La última vez que la Corte Constitucional se ocupó de la materia fue en la sentencia C-034 de 2015,⁴⁵ en la que estudió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 24, 25, 26 (parcial) del Decreto Ley 020 de 2014.⁴⁶ Precisó la Corte en ese momento que «El accionante considera que los artículos 24, 25, 26 y 30 del Decreto 020 del 9 de enero de 2014 son contrarios a los artículos 125, numeral 7 del artículo 40 y al artículo 13 de la Constitución, así como a los artículos 156 y 158 de la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia), por cuanto desconocen las reglas de la carrera al consagrar un concurso cerrado para el ascenso en la Fiscalía General de la Nación».

Sin apartarse del criterio fijado a partir de la sentencia C-266 de 2002, según el cual los concursos cerrados de ascenso son inconstitucionales, la Corte introduce una variante, en el sentido de señalar que los concursos de ascensos mixtos son admisibles cuando se reservan un número mínimo de cargos para funcionarios de carrera:

«El concurso contemplado en las normas demandadas no es cerrado sino mixto, pues permite que la mayoría de cargos se distribuya a través de concurso abierto
(...)

En este sentido, si bien la jurisprudencia ha excluido la posibilidad de que existan concursos completamente cerrados, es decir, aquellos en los cuales solamente puedan participar funcionarios de carrera, y ese sigue siendo un criterio vigente de la Corporación, también es claro que la Corte no ha considerado contrario a la Carta que en la carrera se tenga en cuenta la experiencia de los empleados de la entidad para valorar el mérito, ni que, para

⁴⁵ Con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴⁶ Por el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas.



Radicado: 110010325000201200805-00 (2579 – 2012)
Demandante: José Enrique García Suárez

efectos de estimular el ascenso y la permanencia, se asigne un porcentaje de algunos cargos para funcionarios que hayan ingresado a la entidad pública a través de un concurso de méritos.

Al respecto, se considera que el concurso de ascenso regulado en las normas demandadas no es cerrado sino mixto, pues permite que el setenta por ciento de los cargos se provean a través de un concurso abierto: "Si se cumple con los anteriores requisitos se convocará a concurso de ascenso hasta el 30% de las vacantes a proveer. Los demás empleos se proveerán a través de concurso de ingreso".

Por otro lado, el sistema de concurso de ascenso contemplado en las normas demandadas no opera de manera automática, sino que requiere de una serie de criterios razonables para garantizar el mérito: (i) que la vacante o vacantes a proveer pertenezcan a un mismo grupo o planta de personal y a los niveles profesional y técnico; (ii) que existan servidores públicos escalafonados en la carrera especial, en el grado salarial inferior, que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso y (iii) que el número de los servidores escalafonados en carrera que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso sea igual o superior al número de empleos a proveer. (...).

CONCLUSIÓN.

La Corte encontró exequibles las normas y expresiones demandadas frente a la supuesta vulneración de los artículos 13, 40.7 y 125 de la Constitución Política, por las siguientes razones: (...)

La Corte Constitucional consideró que si bien la jurisprudencia ha excluido la posibilidad de que existan concursos cerrados, es decir, aquellos en los cuales solamente puedan participar funcionarios de carrera, y ciertamente ese sigue siendo un criterio vigente de la corporación, también es claro que la Corte no ha considerado contrario a la Carta que en la carrera se tenga en cuenta la experiencia de los empleados de la entidad para valorar el mérito, ni que, para efectos de estimular el ascenso y la permanencia, se reserven algunos cargos para funcionarios que ya hacen parte de la carrera.

En virtud de lo anterior, la ley debe tener en cuenta factores como la experiencia específica para valorar el mérito, tal como señaló la Sentencia SU-446 de 2011, en la cual esta Corporación afirmó que "la Comisión de Carrera de la Fiscalía General de la Nación, al definir los factores de calificación, tendrá en cuenta la experiencia en el tipo de funciones a desempeñar".

Por lo anterior, la posibilidad de que se convoquen concursos internos de ascenso en los cuales participen exclusivamente servidores públicos de carrera para proveer hasta el 30% de las vacantes no es inexecutable, sino que por el contrario desarrolla múltiples finalidades constitucionales de la carrera:

- Permite contar con servidores cuya experiencia y dedicación garanticen cada vez mejores resultados.
- Motiva a los servidores públicos de carrera para que cumplan más eficazmente sus funciones con el objeto de lograr un ascenso.



- Valora la permanencia y otorga estabilidad a los funcionarios en las entidades públicas.
- Tiene en cuenta a funcionarios que previamente han ingresado a través de concurso de méritos a la entidad.
- Garantiza que la inversión del Estado en la capacitación de los funcionarios se vea reflejada en su mejoramiento y promoción continuada con fundamento en la evaluación permanente para garantizar una mejor administración de justicia.»

Se advierte del anterior recuento que la Corte Constitucional ha excluido la posibilidad de que existan concursos cerrados, es decir, aquellos en los cuales solamente puedan participar funcionarios de carrera, y este criterio se encuentra vigente también en esta Corporación, no obstante, se ha considerado de igual forma que en la carrera se tenga en cuenta la experiencia de los empleados de la entidad para valorar el mérito, con el fin de estimular el ascenso y la permanencia, por lo que se ha admitido que se reserven algunos cargos para funcionarios que ya hacen parte de la carrera.

Dicha línea jurisprudencial constituye un precedente vinculante, toda vez que la «*ratio decidendi*» de las decisiones de la Corte Constitucional, tanto en materia de constitucionalidad como en materia de tutela, es obligatoria y tiene fuerza de cosa juzgada constitucional.⁴⁷

Bajo tal entendimiento, en el caso concreto, es evidente que las modificaciones introducidas a las convocatorias 001 a 015 de 2008 tuvieron como sustento reformas constitucionales al artículo 125, introducidas por los Actos legislativos 01 de 2008 y 04 de 2011, que consistieron en permitir la implementación de mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa, de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público, a los servidores públicos que estuviesen ocupando cargos en calidad de provisionales, preservando el mérito y la experiencia.

Por lo anterior, en criterio de la Sala, la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía no vulneró el artículo 125 constitucional, toda vez

⁴⁷ Sobre el particular se pueden consultar, entre otras, las sentencias C-539 de 2011 y C-621 de 2015.



Radicado: 110010325000201200805-00 (2579 – 2012)
Demandante: José Enrique García Suárez

que la determinación de aplazar las pruebas escritas para efectuar un nuevo estudio sobre el número definitivo de cargos a proveer, la modificación de los criterios y el puntaje de evaluación, asignando 1 a 175 puntos al análisis de la hoja de vida (logros académicos y experiencia laboral), convocar a una nueva prueba de conocimientos para proveer los 736 cargos que estaban ocupados por servidores que en su momento los cobijó el aludido acto legislativo, y unificar los resultados de las diferentes pruebas para proveer los 1716 cargos inicialmente convocados, materializó el cumplimiento de normas constitucionales, estas son, los Actos legislativos 01 de 2008, y 04 de 2011, que consagraban una expectativa a favor de los servidores públicos que ocupaban cargos en provisionalidad, de ser inscritos de manera extraordinaria a la carrera, razón por la cual, el cargo de nulidad no está llamado a prosperar.

Además, destaca la Sala que como consecuencia de la declaratoria de inexecutable mediante la Sentencia C-249 de 2012 del Acto legislativo 04 de 2011, la CNAC de la Fiscalía reanudó el concurso y ordenó citar a pruebas escritas a los aspirantes admitidos dentro de las convocatorias 01 a 015 de 2008 que no se presentaron a la aplicación de las pruebas por considerar que eran beneficiarios del Acto legislativo 01 de 2008 y dispuso que los puntajes obtenidos iban a ser unificados con los resultados de las diferentes pruebas para generar el registro definitivo de elegibles con la finalidad de proveer los 1716 cargos inicialmente convocados, razón por la cual no encuentra sustento fáctico lo afirmado por el actor sobre la restricción de la participación plural y abierta. Este cargo no está llamado a prosperar.

(ii) ¿Se vulneró el derecho a la igualdad entre los concursantes por la incertidumbre generada durante las vigencias de los actos legislativos 01 de 2008 y 04 de 2011, sin que la Fiscalía fijara criterios de participación y porque efectuó una suspensión temporal y no definitiva, permitiendo que concursaran algunos aspirantes a 980 cargos de 1716?



Los artículos 13, 40, 53, 125 y 209 de la Constitución Política, consagran el principio constitucional de «*igualdad de oportunidades*», el cual también ha sido previsto por distintos tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, tales como la Declaración Internacional de Derechos Humanos; la Convención Americana de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

En virtud de dicho principio todo ciudadano tiene el derecho de acceder a funciones y cargos públicos en igualdad de condiciones y constituye una de las garantías constitucionales de obligatorio cumplimiento en los procesos de acceso a la Función Pública.

En relación con el principio de igualdad de oportunidades, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 25 consagra el derecho de acceso a cargos públicos, en condiciones de igualdad de oportunidades, en los siguientes términos:

«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:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.» (Subraya la Sala).

A su vez, la Observación General núm. 25, mediante la cual se interpreta la citada disposición convencional prevé que:

«Para garantizar el acceso en condiciones generales de igualdad, los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución deben ser razonables y objetivos.



Radicado: 110010325000201200805-00 (2579 – 2012)
Demandante: José Enrique García Suárez

Podrán adoptarse medidas positivas para promover la igualdad de oportunidades en los casos apropiados a fin de que todos los ciudadanos tengan igual acceso

Si el acceso a la administración pública se basa en los méritos y en la igualdad de oportunidades, y si se asegura la estabilidad en el cargo, se garantizará su libertad de toda injerencia o presión política.». (Subraya la Sala).

Cualquier actuación administrativa o ley que desconozca lo anteriormente dispuesto será vulneradora del principio y derecho de igualdad de oportunidades.

A continuación procede la Sala a analizar si la actuación administrativa adelantada por la CNAC de la Fiscalía ocasión de las Convocatorias 01 a 015 de 2008, vulneró el principio de igualdad de oportunidades en el acceso a cargos públicos.

Del acervo probatorio se desprende la CNAC de la Fiscalía convocó a concurso abierto de méritos el 26 de junio de 2008 para proveer 1.716 cargos en el área administrativa y financiera de la entidad, a través de las Convocatorias 01 a 15 de 2008.

Luego de surtida la etapa de inscripciones, el 14 de diciembre de 2008 fue publicada la lista de admitidos, quienes fueron citados a realizar pruebas escritas para el 1.º de febrero de 2009.

Entre tanto, el Congreso de la República promulgó el Acto Legislativo 01 de 2008, en el que se dispuso lo siguiente:

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

Parágrafo Transitorio. Durante un tiempo de 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 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



Radicado: 110010325000201200805-00 (2579 – 2012)
Demandante: José Enrique García Suárez

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 párrafo.

La Comisión Nacional del Servicio Civil deberá desarrollar, dentro de los 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.».

Para dar cumplimiento a lo anterior, la FGN expidió el Acuerdo 01 de 22 de enero de 2009, con el cual se aplazó la fecha de realización de la prueba de conocimientos establecida en las convocatorias mencionadas, determinando como fecha para practicar el examen el día 3 de mayo de 2009.

Mediante Acuerdo 02 del 9 de febrero del 2009, se determinó la ponderación para la prueba de valoración de la hoja de vida puntuando la experiencia laboral, la formación académica, las publicaciones, entre otros.

Posteriormente, la Corte Constitucional, en sentencia C-588 de 27 de agosto de 2009,⁴⁸ declaró inexecutable del Acto Legislativo 01 de 2008 y, para tal efecto, decretó los efectos retroactivos de la providencia en el siguiente sentido:

«Los efectos de la presente sentencia

(...) Consecuente con lo anterior, se ordenará la reanudación de los concursos suspendidos, sin desmedro del derecho que asiste a quienes venían inscritos en las respectivas convocatorias realizadas antes de

⁴⁸ Con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.



Radicado: 110010325000201200805-00 (2579 – 2012)
Demandante: José Enrique García Suárez

expedirse el Acto Legislativo de que aquí se trata, o a quienes en el caso de convocatorias posteriores a su vigencia dejaron de inscribirse, por hacer uso del pretendido derecho a la inscripción extraordinaria.

Por lo demás, repugna a la lógica elemental y al sentimiento constitucional que de un acto que de ninguna manera puede ser clasificado como reforma constitucional, puedan surgir derechos cuyo amparo sólo sería posible en detrimento de los derechos constitucionales definidos por el Constituyente Primario y al precio de conferirle efectos a una sustitución de la Constitución o de proteger los derechos que, supuestamente, surgieron mientras estuvo vigente tal sustitución. En otras palabras, si esta decisión únicamente tuviera efectos hacia el futuro, ello equivaldría a convalidar una situación anómala y a aceptar que la Constitución no rigió durante un lapso y eso es, desde todo punto de vista, inaceptable.». (Subraya la Sala).

La Corte Constitucional en sentencia C-588 de 27 de agosto de 2009,⁴⁹ ordenó retomar los concursos suspendidos por virtud del Acto Legislativo 01 de 2008 y cancelar las inscripciones automáticas que se hubieren realizado en la carrera administrativa.

Con ocasión de la declaratoria de inexecutable del Acto legislativo 01 de 2008, la Fiscalía solicitó concepto a la Sala de Consulta y Servicio Civil, a través del entonces Ministerio del Interior y de Justicia, con el fin de orientar las actuaciones que debía adelantar para seguir para adelante con las Convocatorias.

En Concepto No. 1976 de 2010 de 4 de febrero de 2010, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, señaló:

«De conformidad con los antecedentes de la consulta, la Sala entiende que el problema jurídico a resolver consiste en determinar si las convocatorias realizadas en la Fiscalía General de la Nación en el año 2007, pueden extenderse a cargos que pertenecen al sistema de carrera de esa entidad, pero que en su momento no fueron incluidos en dichas convocatorias. (...).

No cabe duda entonces que las convocatorias realizadas por la Fiscalía General de la Nación en el año 2007, tienen un marco constitucional y legal que las regula, de cuya aplicación puede deducirse que tales convocatorias: i) son las reglas del concurso; ii) vinculan a la entidad y a los participantes y, por tanto, son inmodificables, so pena de transgredir

⁴⁹ Con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.



derechos fundamentales de éstos, y iii) durante el término de 2 años o hasta que se agote el registro de elegibles de la convocatoria realizada, “no se podrá realizar proceso de selección para proveer cargos para los cuales se conformó la lista”.

Los argumentos hasta ahora presentados serían suficientes para dar respuesta a la consulta elevada. No obstante, la Sala ha constatado un hecho sobreviviente a la solicitud de consulta que ratifica las tesis expuestas en este concepto y, por lo mismo, considera pertinente referirse a él. (...).

5. Consideración final.

Los antecedentes de la consulta mencionan algunas determinaciones adoptadas por la Fiscalía General de la Nación, en virtud del Acto Legislativo 01 de 2008.

Al respecto debe indicarse que esa reforma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009, con efectos retroactivos a la vigencia del Acto Legislativo. En la parte resolutive de esa providencia, se ordenó que “carecen de valor y efecto todas las inscripciones extraordinarias en carrera administrativa o los ingresos automáticos a la misma que, con fundamento en el Acto Legislativo 01 de 2008, se hayan realizado”, decisión judicial que fue cumplida por la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación con la expedición del Acuerdo 006 de septiembre 7 de 2009, según se aprecia en el texto de ese Acuerdo¹⁵.

Así las cosas, sobre los posibles efectos jurídicos que el A.L. 001 de 2008 produjo en las convocatorias realizadas, la Sala se remite a la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia C-588 de 2009.

Lo expuesto en los puntos precedentes, permite a la Sala deducir los siguientes criterios para resolver la consulta formulada: (...).

vi) No resulta razonable ni proporcionado, ni mucho menos ajustado a los principios de economía, eficiencia y eficacia de la función pública, que se haya adelantado toda una serie de actuaciones y etapas tendientes a materializar un concurso de méritos, que implican el uso de recursos públicos, cuya finalidad o producto final es la elaboración de una lista de elegibles en estricto orden de mérito, para luego hacer caso omiso de ella.
(...)

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala RESPONDE:

“¿Entraña la Convocatoria una regla de concurso, de carácter vinculante para la entidad convocante y los aspirantes, de manera que la Fiscalía General de la Nación solo puede proveer los 4697 cargos ofertados?”

Sí, la convocatoria es la regla del concurso y, por lo mismo, vinculante para la entidad convocante y los aspirantes. Con el registro definitivo de elegibles correspondiente a las convocatorias 001, 002, 003, 004, 005 y 006,



429

Radicado: 110010325000201200805-00 (2579 – 2012)
Demandante: José Enrique García Suárez

todas del año 2007, sólo podrán proveerse los 4.697 cargos convocados.». (Subraya la Sala).

Para la Sala de Consulta y Servicio Civil, las convocatorias suspendidas por el Acto Legislativo 01 de 2008, debían ser retomadas para dar cumplimiento a la orden que en ese sentido profirió la Corte Constitucional en la sentencia C-588 de 2009, en la que declaró la inexecutable de dicha norma. Dijo además la Sala de Consulta, que no retomar el concurso de méritos desconocería los principios de la Función Pública de economía, eficiencia y eficacia, en atención a los esfuerzos administrativos y presupuestal realizados por la FGN para desarrollar el proceso de selección.

Por lo anterior, a través del Acuerdo 05 del 10 de diciembre del 2010, se reanudó el concurso iniciado por las Convocatorias 01 a 015 de 2008, y se declaró que los 736 cargos provistos provisionalmente por funcionarios beneficiarios del Acto Legislativo 01 de 2008, debían incluirse nuevamente en el proceso de selección, y se dispuso citar a la prueba de conocimientos a quienes no la realizaron por resultar beneficiados de dicha norma.

Posteriormente, mediante Acto Legislativo 04 de 2011, nuevamente se intentó adicionar el artículo 125 de la Constitución para facilitar el ingreso de los funcionarios provisionales a la carrera administrativa, así:

«Artículo 10. 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 (...).».

En consecuencia, la CNAC de la Fiscalía expidió el Acuerdo 01 de 13 de enero de 2012, para establecer que los funcionarios de la FGN inscritos en las convocatorias 01 a 15, podían optar por presentar las pruebas establecidas para dichas convocatorias o por la homologación prevista en el



Acto Legislativo 04 de 2011, por lo que nuevamente se interrumpieron las Convocatorias 01 a 015 de 2008.

Posteriormente, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-249 de 29 de marzo de 2012,⁵⁰ declaró inexecutable el Acto Legislativo 04 de 2011, con los siguientes fundamentos:

«En conclusión una vez realizado el test o metodología de la sustitución en su premisa mayor, premisa menor y premisa de síntesis, comprueba la Corte que con el Acto Legislativo No 4 de 2011 se está sustituyendo parcial y temporalmente el principio de carrera administrativa y sus elementos que lo componen de mérito e igualdad, ya que con dicha reforma se otorga un puntaje adicional por el solo hecho de la permanencia y los estudios adicionales. 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. Reitera la Corte que la carrera administrativa tiene un vínculo estrecho con el concurso público ya que los sistemas de evaluación del personal garantizan la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar y asumir las funciones propias de su cargo, e impedir de este modo que prevalezca la arbitrariedad del nominador o criterios subjetivos o irrazonables para la selección del personal.

... mientras en el caso del Acto Legislativo No 1 de 2008 se establece la inscripción automática de los empleados en provisionalidad o en encargo que cumplan con las condiciones referidas, en el caso del Acto Legislativo No 4 de 2011 se establece un sistema de homologación mediante puntajes adicionales por la experiencia y la permanencia y los estudios realizados.

No obstante lo anterior, y como se ha venido referenciando, el Acto Legislativo No 4 de 2011 quebranta al igual que lo hizo el Acto Legislativo No 1 de 2008 el principio axial de la carrera administrativa y sus componentes de mérito y de igualdad. En el primer caso la sustitución de dichos principios se evidenció por la inscripción automática de los empleados en provisionalidad o en encargo, en el segundo por el mayor puntaje que se establece en el concurso a los mismos empleados por su experiencia y por los estudios realizados que relativiza el principio de igualdad de oportunidades para los que quieran participar en dicho concurso.».

Al alegar de conclusión, refiere la entidad demandada que en cumplimiento de la declaratoria de inexecutable del Acto Legislativo 04 de 2011, la CNAC procedió a citar nuevamente a la prueba escrita a todos los

⁵⁰ M.P. Juan Carlos Henao Pérez.



Radicado: 110010325000201200805-00 (2579 – 2012)
Demandante: José Enrique García Suárez

aspirantes que no asistieron a la evaluación por ser beneficiadas por el Acto Legislativo 01 de 2008, y por el Acto Legislativo 04 de 2011, dando cumplimiento al deber de instituir la carrera administrativa contenido en el artículo 125 de la C.P., logrando que todos y cada uno de los concursantes cumplieran con las etapas que por efectos de las disposiciones declaradas inconstitucionales habían dejado de presentar, para así contar con una sola resultante a partir de la cual proceder a culminar el concurso públicos de méritos con las designaciones según la ubicación en el registro de elegibles, que se integrara con las resultantes obtenidas tanto en la prueba de conocimientos realizada en el año 2008, así como la obtenida de las pruebas realizadas en el año 2011.

En sentir de la Sala, la actuación administrativa adelantada por la CNAC de la Fiscalía no vulneró la garantía constitucional de igualdad de oportunidades al haber suspendido la prueba de conocimientos sólo para aquellos beneficiarios del Acto Legislativo 01 de 2008, pues, esa determinación se basó exclusivamente en el cumplimiento de una norma constitucional, esto es, el Acto Legislativo 01 de 2008, el cual, incluso, de manera expresa, ordenó la suspensión sólo para dicho grupo de participantes, por lo que hacerlo para la totalidad hubiera excedido las competencias de dicha entidad en cuanto a las condiciones del concurso.

Además, al reanudar las Convocatorias 01 a 015 de 2008, la CNAC dio cumplimiento a las sentencias judiciales C-588 de 2009 y C-249 de 2012, mediante las cuales, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de los Actos Legislativos 01 de 2008 y 04 de 2011, respectivamente.

Así las cosas, los actos administrativos por los cuales se reanudó el concurso de méritos para proteger las expectativas no solo de aquellos que venían participando en el proceso de selección, sino también del personal que tenía la expectativa de ser inscrito de manera extraordinaria por virtud de los actos legislativos señalados, permitió que pudieran seguir concursando



todos aquellos servidores públicos en condición de provisionalidad que habían sido beneficiados por la reforma constitucional y que en razón de ella habían optado por no continuar en las convocatorias ante la expectativa de una inscripción extraordinaria.

Así pues, la Sala considera que los Acuerdos 01 y 02 de 2009; 05 de 2010 y 01 2012, así como las Actas demandadas estuvieron fundadas en los Actos Legislativos 01 de 2008 y 04 de 2011 que ordenaban inscribir en la carrera administrativa, de manera extraordinaria, a los empleados provisionales, y en las sentencias C-588 de 2009 y C-249 de 2012, que declararon la inexequibilidad de dichas reformas constitucionales, determinando inicialmente la suspensión del concurso de méritos y posteriormente su reanudación con la participación de todos los concursantes.

No se vulneró la igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos toda vez que toda la actuación desarrollada tuvo por finalidad cumplir con la obligación que impone el artículo 125 de la C.P. mediante concurso de méritos, que fue adicionado por los actos legislativos 01 de 2008 y 04 de 2011, así como las sentencias que declararon su inexequibilidad, garantizando que todos los concursantes continuaran participando dentro de las convocatorias, realizando las pruebas de conocimientos hasta concluir con la consolidación de un registro de elegibles. Además dentro del proceso no obra prueba de que se haya otorgado una ventaja o preeminencia a quienes fueron citados por segunda vez a la prueba de conocimientos luego de las declaratorias de inexequibilidad de los Actos Legislativos 01 de 2008 y 04 de 2011.

En ese orden, para la Sala es claro que en los actos administrativos demandados no dispusieron determinación alguna que favoreciera a quienes fueron llamados a presentar en una nueva oportunidad la prueba de conocimientos, debido a que no la realizaron en la fecha inicialmente fijada porque fueron beneficiados por los Actos Legislativos.



Radicado: 110010325000201200805-00 (2579 – 2012)
Demandante: José Enrique García Suárez

Conviene destacar que la decisión de citar nuevamente a prueba de conocimientos a los beneficiarios de los Actos Legislativos 01 de 2008 y 04 de 2011, lejos de desconocer el postulado de igualdad de oportunidades en el acceso a cargos públicos, constituyó una determinación encaminada a garantizar el derecho a la participación de quienes tenían la expectativa de una inscripción extraordinaria, así como la confianza legítima de quienes viéndose beneficiarios de dichas reformas constitucionales, resolvieron no realizar la referida prueba, sin menoscabar las aspiraciones y expectativas de los demás aspirantes.

A esta conclusión también arribó la Corte Constitucional al estudiar el caso de los concursantes inscritos en la Convocatoria 0001 de 2005 adelantada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, que se vieron afectados por el Acto Legislativo 01 de 2008. En sentencia T-213A de 2011,⁵¹ la Corte revisó el caso de varios demandantes que acudieron a la acción de tutela en procura de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso vulnerados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, al excluirlos de su participación en la Convocatoria No. 001 de 2005 por no haber presentado la prueba de conocimientos específicos, a pesar de que ya estaba definido su ingreso automático a la carrera administrativa, en virtud de lo dispuesto en el Acto Legislativo No. 01 de 2008, posteriormente declarado inexecutable. Al respecto, precisó la Corte:

«...la orden dada por la Corte en la Sentencia C-588 de 2009, de reanudar los concursos presuntamente suspendidos en cumplimiento del Acto Legislativo No. 01 de 2008, tenía como propósito específico, garantizar el derecho de acceso al servicio público de todos los concursantes que para el momento de la expedición del mismo, se encontraban en los supuestos de hecho y de derecho en él contenidos, independientemente de que éstos hubieren decidido continuar o no continuar en el concurso.».

La Corte explicó, que

⁵¹ Con ponencia del magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.



«...la razón o el motivo que tuvieron los participantes que resolvieron no inscribirse en la segunda fase del concurso y aquellos que, aun cuando se inscribieron, posteriormente desistieron de su participación, es el mismo: **ejercer el derecho subjetivo que por disposición constitucional tenían de acceder, en forma automática y sin previo concurso, a la carrera administrativa.** Máxime, si se tiene en cuenta que, en uno y otro caso, la decisión de no continuar o de continuar y desistir, estuvo precedida de (...) un mandato constitucional vigente para ese momento, el Acto Legislativo No. 01 de 2008, que valga reiterar, ordenaba la suspensión de todos los trámites relacionados con los concursos públicos que se estaban adelantando frente a sus cargos.».

Por lo tanto, para el caso en concreto, la Corte señaló que:

«...los demandantes en esta causa, decidieron inscribirse a la segunda fase de la convocatoria, fueron citados a la aplicación de la Prueba de Conocimientos Específicos, pero ante la expectativa legítima que sobre ellos generó el Acto legislativo No. 01 de 2008, más adelante se abstienen de presentar dicha prueba. En esa medida, con el actuar desplegado por la CNSC resultaron afectados en sus derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, en cuanto que se les impidió injustificadamente continuar en la Convocatoria No. 001 de 2005, aún después de la decisión que sobre el particular profirió la Corte. Siendo así, deben ser amparados conforme a la orden que en ese sentido se profiera en esta sede jurisdiccional.»

En virtud de las consideraciones precedentes, la Corte concederá el amparo de los derechos constitucionales fundamentales invocados por los demandantes. En consecuencia, se inaplicará la Circular No. 054 del 28 de octubre de 2009 y se ordenará a la Comisión Nacional del Servicio Civil que, en el término de 4 meses, contados a partir de la notificación de esta providencia, disponga lo pertinente a objeto de que los ciudadanos Gabriel Alberto Palacio Eusse, Reina Cecilia García Meneses y Audia de Jesús Ortega Espinosa y todos aquellos que se encuentran en circunstancias comunes a éstos, sean nuevamente inscritos a la segunda fase de la Convocatoria No. 001 de 2005 y, por consiguiente, se les asigne nueva fecha para presentar la prueba de conocimientos.».

La Corte ordenó darle efectos generales o «*inter comunis*» a la orden de tutela, en los siguientes términos:

«Bajo esa línea de orientación, la Corte estima que en el presente asunto, conceder la protección de los derechos fundamentales a la



Radicado: 110010325000201200805-00 (2579 – 2012)
Demandante: José Enrique García Suárez

igualdad y al debido proceso únicamente respecto de Gabriel Alberto Palacio Eusse, Reina Cecilia García Meneses y Audia de Jesús Ortega Espinosa, en su calidad de demandantes, podría significar la vulneración de esas mismas garantías frente de todos los servidores públicos que al igual que éstos, (i) se inscribieron en la Convocatoria No. 001 de 2005 con el propósito de concursar para acceder a un empleo de carrera administrativa, (ii) aprobaron la Prueba Básica General de Preselección correspondiente a la primera fase, (iii) se inscribieron a la segunda fase acatando lo dispuesto en Acuerdo No. 077 de 2009 y (iv) una vez fueron citados a la aplicación de la Prueba de Conocimientos Específicos, ante la expectativa legítima que les generó la promulgación del Acto Legislativo No. 001 de 2008, resolvieron no presentar dicho examen, siendo excluidos del proceso de selección. (...).

En consecuencia, acogiendo el criterio que mejor protege los derechos fundamentales invocados y atendiendo a razones de celeridad, seguridad jurídica y economía procesal, en esta oportunidad, la Corte hará uso de la potestad de modular los efectos de sus sentencias, otorgándole a la presente providencia efectos inter comunis que se aplicarán a todos los sujetos cuya situación particular se enmarca en los presupuestos anteriormente enumerados.».

En síntesis, la Corte Constitucional en la sentencia T-213A de 2011, consideró que los concursantes beneficiarios del Acto Legislativo 01 de 2008 que no acudieron a la prueba de conocimientos, debían ser citados nuevamente a presentarla, pues, no realizaron dicho examen convencidos de que iban a ser inscritos de manera automática en la carrera administrativa por virtud de la mencionada reforma constitucional.

Con base en los planteamientos expuestos, en criterio de la Sala no se vulneró el derecho a la igualdad de oportunidades de los concursantes, al suspender el concurso de méritos iniciado por las Convocatorias 01 a 015 de 2008, únicamente respecto de los concursantes beneficiados por los Actos Legislativos 01 de 2008 y 04 de 2011, para luego, ordenar la reanudación del concurso con ocasión de las declaratorias de inexecutable de dichas normas, y en consecuencia, citar nuevamente a pruebas de conocimientos a los favorecidos con las reformas constitucionales posteriormente declaradas inexecutable, pues con tales decisiones se procuró garantizar que la totalidad



de los concursantes inscritos, tuvieran la oportunidad de continuar en las distintas fases del proceso en condiciones de igualdad, presentando las pruebas de conocimientos y cumplimiento con los demás requisitos exigidos, para garantizar la efectividad del concurso de méritos.

(iii) ¿Al reanudar las convocatorias mencionadas se desconoció el derecho al trabajo de los aspirantes ya que el concurso se vio viciado por la disponibilidad de plazas a ocupar, que era inicialmente de 1716 cargos para posteriormente reducirse a 980 y dejar fuera a 736?

En punto a la supuesta vulneración del derecho al trabajo de algunos concursantes que según el actor quedaron por fuera del concurso ante la incertidumbre por las interrupciones y reinicio del proceso de selección, se debe resaltar que la inscripción y participación en un concurso de méritos constituye una mera expectativa que sólo puede concretarse con la superación de todas las etapas del mismo, por lo que no es factible deducir una vulneración del derecho al trabajo sino de la presunta afectación de una aspiración de acceder a un empleo público.

Diferente sería el análisis si la persona acreedora a un nombramiento en un cargo de carrera no es nombrada pese a integrar la lista de elegibles y obtener el primer lugar en el correspondiente concurso,⁵² evento en el cual no se está en presencia de una mera expectativa, sino de un derecho concreto y cierto en cabeza de quien integra la lista de elegibles.

Con esta orientación, el Consejo de Estado ha precisado sobre la expectativa real de los aspirantes de acceder de manera libre a los cargos, que sólo la lista de elegibles se constituye como un acto administrativo que crea derechos singulares y el cual no puede ser desconocido por la administración.⁵³

⁵² Sentencia de 29 de noviembre de 2012, expediente número: 23001-23-33-000-2012-00067-01. M.P. Gerardo Arenas Monsalve

⁵³ Consejo de Estado; Sección Segunda M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. 21 de abril de 2014.



Radicado: 110010325000201200805-00 (2579 – 2012)
Demandante: José Enrique García Suárez

Antes de ello, es decir, con anterioridad a la elaboración de la lista de elegibles, o por lo menos a la publicación de los resultados de todas las pruebas adelantadas en cada una de las fases o etapas del concurso, no existe un derecho claro y cierto sobre el acceso a cargos públicos, pues, se insiste la participación en el concurso de méritos sólo constituye una expectativa para acceder al empleo, por lo que el adelantamiento de las primeras etapas del proceso de selección no garantiza su aprobación, y en consecuencia, tampoco el ingreso al servicio, por lo que no representa un derecho adquirido que requiera amparo constitucional.

En virtud de lo expuesto, no observa entonces la Sala que en el caso sub judice se presente una vulneración al derecho constitucional al trabajo, por cuanto que los actos administrativos demandados suspendieron y reactivaron el concurso de méritos en su fase inicial cuando aún no existían listas de elegibles, por lo que no es posible la existencia de un derecho concreto y cierto al trabajo en cabeza de los aspirantes.

Reitera la Sala que las actuaciones desarrolladas por la CNAC de la Fiscalía para darle continuidad a las Convocatorias 01 a 015 de 2008, fueron públicas y destinadas a garantizar la participación de todos los aspirantes inscritos, fue así como a través del Acuerdo 05 del 10 de diciembre del 2010, se reanudó el concurso, declaró que los 736 cargos provistos provisionalmente por funcionarios beneficiarios del Acto Legislativo 01 de 2008, debían incluirse nuevamente en el proceso de selección, y dispuso citar a la prueba de conocimientos a quienes no la realizaron por resultar beneficiados de dicha norma.

Así las cosas, luego de reanudar las convocatorias, la CNAC de la Fiscalía ordenó citar a prueba de conocimientos a quienes no la realizaron por considerarse beneficiarios de la inscripción automática ordenada por el Actos Legislativo 01 de 2008, en aras de garantizar su derecho a la igualdad de oportunidades y de proteger la expectativa de sus aspiraciones a integrar la



lista de elegibles, fundadas en la confianza legítima de continuar concursando.

Por lo tanto, el cargo propuesto no prospera.

.- Conclusión

.- De los actos administrativos demandados no se evidencia que al reanudarse las Convocatorias 01 a 015 de 2008, producto de la inexequibilidad de los Actos Legislativos 01 de 2008 y 04 de 2011, se hubieran ofertado nuevos empleos adicionales a los 1716 inicialmente contemplados.

.- Tampoco se observa quebranto al **principio de igualdad de acceso a cargos públicos**, pues no se demostró que los concursantes a quienes se les brindó la oportunidad de presentar las pruebas porque tenían la expectativa de ser inscritos extraordinariamente a la carrera en cumplimiento de los Actos Legislativos 01 de 2008 y 04 de 2011, se les hubiere otorgado ventajas o privilegios dentro de las Convocatorias 01 a 015 de 2008.

.- La reanudación del concurso se efectuó cumpliendo las condiciones establecidas en la convocatoria, sin modificar el número de cargos ofertados, ni los ejes temáticos de las pruebas de conocimientos, ni la estructura de las etapas del proceso de selección, por lo tanto, tampoco se vulneró el artículo 125 de la C.P..

.- Los concursantes estuvieron informados del proceso de selección y de sus modificaciones, las cuales fueron ocasionadas no por la falta de instrucciones claras y un procedimiento debidamente establecido por la CNCA, sino en cumplimiento de los Actos Legislativos y de las sentencias de exequibilidad de la Corte Constitucional, que resultaban de obligatorio cumplimiento por su carácter coercitivo y fuerza vinculante, respectivamente.



434.

Radicado: 110010325000201200805-00 (2579 - 2012)
Demandante: José Enrique García Suárez

En mérito de lo expuesto, la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de "actos no demandables" respecto del **Aviso de reanudación** de las Convocatorias 01 a 015 de 2008 y **Cronograma a seguir** luego de la reactivación del concurso de méritos, por tratarse de actos de trámite respecto de los cuales no procede un pronunciamiento de fondo.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de nulidad simple de los Acuerdos 001 del 22 de enero de 2009, 02 del 9 de febrero de 2009, Acta 120 del 19 de mayo de 2009, Acuerdo 05 del 10 de diciembre de 2010, Acta 195 del 20 de septiembre de 2010, Acta 236 del 24 de octubre de 2011, Acta 240 del 12 de enero de 2012 y Acuerdo 01 del 13 de enero de 2012, expedidos por la Comisión Nacional de Administración de la Carrera Administrativa de la FGN dentro de las Convocatorias 01 al 15 de 2008, del Área Financiera de dicha entidad, con fundamento en las consideraciones expuestas.

La anterior decisión fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE Y NOTIFÍQUESE

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Rafael Francisco Suárez Vargas
RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

William Hernández Gómez
WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Proceso recibido en secretaría
Hoy **16 DIC 2019**

legis