



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B**

**Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

Bogotá D. C., diecisiete (17) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

**Expediente:** 110010325000201200889 00 (2731-2012)  
**Demandante:** Beimar Otálora Arévalo  
**Demandada:** Fiscalía General de la Nación<sup>1</sup>  
**Asunto:** Fallo de única instancia

-----  
-----  
La Sala conoce el proceso de Nulidad de la referencia con informe de la Secretaría de la Sección Segunda,<sup>2</sup> indicando que el asunto se encuentra para fallo de única instancia.

**LA DEMANDA.<sup>3</sup>**

Se trata del Medio de Control de Nulidad Simple promovido por el señor Beimar Otálora Arévalo, quién solicita la anulación de los siguientes actos administrativos, proferidos por la Fiscalía General de la Nación, en desarrollo de las Convocatorias 001 a 015 de

---

<sup>1</sup> En adelante FGN.

<sup>2</sup> El proceso de la referencia subió al Despacho con el informe de la Secretaría de la Sección Segunda de la Corporación el 23 de febrero de 2017, visible a folio 344 del expediente.

<sup>3</sup> Visible de folios 104 a 136 del expediente.

2008, abiertas para proveer en carrera administrativa varios cargos del área administrativa de la entidad, a saber:

- 1)** 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<sup>4</sup> 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.
- 2)** 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.
- 3)** 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.
- 4)** 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<sup>5</sup>, por medio de la cual la Corte Constitucional resolvió declarar la inexequibilidad total del Acto

---

<sup>4</sup> Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia.

<sup>5</sup> Con Ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Legislativo 01 de 2008<sup>6</sup>, con efectos retroactivos y ordenó dejar sin efectos todas las inscripciones extraordinarias en carrera administrativa.

- 5) 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.
- 6) 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.
- 7) 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
- 8) Acuerdo 01 del 13 de enero de 2012, por medio del cual la Comisión Nacional de Administración de la Carrera

---

<sup>6</sup> 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.

Administrativa de la FGN reguló el procedimiento a seguir para dar cumplimiento al mencionado Acto Legislativo 04 de 2011<sup>7</sup> 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.

- 9)** Acuerdo 03 del 5 de octubre de 2012, por medio del cual la Comisión Nacional de Administración de la Carrera Administrativa de la FGN ordenó citar a pruebas escritas a los aspirantes admitidos en 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. El mencionado Acuerdo 03 de 2012 también 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). Todo lo anterior, en cumplimiento de la sentencia C-249 de 2012, por medio de la cual la Corte Constitucional declaró inexecutable el Acto Legislativo 04 de 2011.
- 10)** 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.
- 11)** 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.
- 12)** Lista de citación a examen por orden ascendente de cédula de ciudadanía de fecha 18 de noviembre de 2012.

---

<sup>7</sup> Por medio del cual se incorpora un artículo transitorio a la Constitución Política de Colombia.

## **HECHOS DE LA DEMANDA.**

La lectura integral y exhaustiva de la demanda y su interpretación, permite a la Sala realizar el siguiente resumen de la situación fáctica que rodea el caso:

1. El 26 de junio de 2008, la FGN convocó a concurso abierto de méritos para proveer de manera definitiva 1.716 empleos de carrera administrativa en el Área Administrativa y Financiera de la entidad, para lo cual dio apertura a 15 Convocatorias.
2. Luego de surtida la etapa de inscripciones, el 14 de diciembre de 2008 la FGN publicó la lista de admitidos, quienes fueron citados a pruebas escritas para el 1.º de febrero de 2009.
3. Sin embargo, el 26 de diciembre de 2008 fue promulgado el Acto Legislativo 01 de 2008, por el cual el Congreso de la República adicionó un apartado al artículo 125 de la Constitución, en el sentido de ordenar la inscripción en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público, de quienes se encontraban en provisionalidad y suspender todos los concursos de méritos vigentes en ese momento.
4. Por tal razón, la Comisión Nacional de Administración de la Carrera Administrativa de la FGN, a través de Acuerdo 01 de enero de 2009, ordenó aplazar las pruebas escritas para el 3 de mayo y el 4 de octubre de 2009, mientras se determinaba si alguno de los cargos ofertados en el concurso se encontraba ocupado por funcionarios provisionales beneficiarios del Acto Legislativo 01 de 2008, resultando de dicho análisis un total de 736 funcionarios provisionales favorecidos.

5. Entre tanto, la Comisión Nacional de Administración de la Carrera Administrativa de la FGN expidió el Acuerdo 002 de 3 de febrero de 2009, por el cual la entidad estableció la forma de ponderar la prueba de valoración de la hoja de vida de quienes superasen la prueba de conocimientos.
6. Posteriormente, mediante sentencia C-588 de 27 de agosto de 2009,<sup>8</sup> la Corte Constitucional declaró inexecutable del Acto Legislativo 01 de 2008, ordenando la cancelación de todas las inscripciones automáticas que se hubieren efectuado en carrera administrativa, así como la reanudación de todos los concursos.
7. En consecuencia, mediante Acuerdo 05 de 10 de diciembre de 2010, la Comisión Nacional de Administración de la Carrera Administrativa de la FGN ordenó reanudar el trámite de las Convocatorias 01 a 015 de 2008, disponiendo dejar sin efectos las inscripciones automáticas en carrera administrativa que se efectuaron a través de los Acuerdos No. 007, 008, 009, 010, 011, 012, 013, 014, 015, 016, 017, 018, 019, 020 y 021 de octubre de 2009 y convocar a pruebas escritas a los aspirantes a los 736 cargos provistos por funcionarios provisionales, que resultaron favorecidos por el Acto Legislativo 01 de 2008.
8. Luego, el Congreso de la República, mediante Acto Legislativo 04 de 2011, nuevamente intentó adicionar el artículo 125 de la Constitución para facilitar el ingreso de los funcionarios provisionales a la carrera administrativa, ordenando homologar a su favor la prueba de conocimientos por experiencia y requisitos adicionales. Por tal razón, la Comisión Nacional de Administración de la Carrera Administrativa de la FGN, a través de Acuerdo 01 de 8 de enero de 2012, dispuso adelantar los trámites para dar cumplimiento al mencionado Acto Legislativo.

---

<sup>8</sup> Con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

9. A continuación, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-249 de 29 de marzo de 2012,<sup>9</sup> declaró inexecutable el Acto Legislativo 04 de 2011 y, en consecuencia, la Comisión Nacional de Administración de la Carrera Administrativa de la FGN a través de Acuerdo 03 de 5 de octubre de 2012, ordenó citar a pruebas escritas a los aspirantes admitidos que no las realizaron el 3 de mayo de 2009, por considerar que eran beneficiarios del Acto Legislativo 01 de 2008.

### **CONCEPTO DE VIOLACIÓN.**

Con fundamento en los hechos expuestos, el actor considera que los actos administrativos acusados desconocen los siguientes derechos constitucionales de los participantes en el concurso público de méritos abierto en la FGN mediante las Convocatorias 001 a 015 de 2008, que a continuación se relacionan.

### **Vulneración del Principio/Derecho a la Igualdad de oportunidades.**

El actor señala, que los actos administrativos demandados vulneran el derecho a la igualdad de oportunidades de los aspirantes, pues, estos fueron divididos en 2 grupos, confiriéndoles trato diferente, dependiendo de si eran o no beneficiarios de los Actos Legislativos 01 de 2008 y 04 de 2011.

Así las cosas indica, que al practicarse la prueba de conocimientos en diferentes periodos de tiempo a un grupo y a otro, se generaron desventajas como consecuencia del manejo de tiempos adicionales otorgados para estudiar y prepararse para las pruebas; cuando lo que, en su criterio, se debió ordenar, fue la suspensión total de las Convocatorias 01 a 015 de 2008.

---

<sup>9</sup> Con ponencia del Magistrado Juan Carlos Henao Pérez.

Adicionalmente, afirma que la Comisión Nacional de Administración de la Carrera Administrativa de la FGN ha aprovechado las suspensiones y reactivaciones del proceso de selección para cambiar, sin precisar cuales, las reglas de la convocatoria poniendo en riesgo el derecho a la igualdad de oportunidades de todos los participantes.

### **Transgresión del Derecho al Trabajo.**

El actor también acusa los actos administrativos demandados de desconocer a los aspirantes el derecho al trabajo, puesto que, según asegura, por la incertidumbre y desinformación generadas por las 2 suspensiones de que fue objeto el proceso de selección, muchos concursantes no lograron presentar la prueba escrita, ya que nunca hubo claridad sobre a cuáles de los cargos ofertados se aplicaban las suspensiones del concurso, quedando en consecuencia, eliminados del concurso de méritos gran cantidad de inscritos.

### **Vulneración de los principios de publicidad, mérito y confianza legítima.**

Asevera el demandante, en sustento de esta censura, que, al parecer, en las dos ocasiones en el que el concurso de méritos fue suspendido y luego reanudado, la FGN aprovechó para ofertar empleos adicionales a los inicialmente contemplados, lo que convirtió las Convocatorias 01 a 015 en procesos de selección cerrados, en donde sólo pudieron participar los aspirantes admitidos; circunstancia que en su sentir, trasgrede los postulados de publicidad, mérito y confianza legítima.

Por consiguiente, insiste en que debió ordenarse por parte de la FGN fue la suspensión total y definitiva de las Convocatorias 01 a 015 de 2008.

### **OPOSICIÓN A LA DEMANDA.<sup>10</sup>**

---

<sup>10</sup> Visible en los folios 88 a 200 del expediente.

El apoderado judicial de la FGN, al contestar la demanda se opone a la prosperidad de las pretensiones alegando que los Acuerdos 01 y 02 de 2009; 05 de 2010; 01 y 03 de 2012 y demás actos administrativos demandados, fueron expedidos con fundamento a las facultades que la Ley 938 de 2004<sup>11</sup> le otorgó a la Comisión Nacional de Administración de la Carrera Administrativa del órgano investigador y con ocasión a las situaciones que se generaron con la expedición y declaratoria de nulidad de los Actos Legislativos 01 de 2008 y 04 de 2011.

Señala, que una vez expedidas las convocatorias 01 a la 015 de 2008, la institución desarrolló las etapas pertinentes del proceso, teniendo en cuenta los Actos Legislativos 01 de 2008 y 04 de 2011, promulgados después de haber iniciado el concurso de méritos, por lo que se vio en la obligación de diferenciar la situación particular de los participantes y garantizó los derechos que les asistían: i) a quienes se encontraban en provisionalidad y resultaron beneficiados de los mencionados Actos Legislativos, y ii) a los inscritos en el proceso de selección que no fueron cobijados por las citadas normas constitucionales.

En ese orden, manifiesta que contrario a lo expuesto por el demandante, las actuaciones adelantadas por la FGN a partir de la expedición del Acuerdo 001 de 2012, estuvieron enmarcadas dentro de los parámetros establecidos por la Corte Constitucional en las sentencias C-588 de 2009, SU-917 de 2010 y SU-446 de 2011, en las cuales, asevera se indicó, que *«los concursos públicos corresponden en integridad a los términos de la convocatoria; esta es la ley del concurso y su resultante genera derechos ciertos a aquellos que se ubican dentro del registro definitivo de elegibles.»*.

Advierte, que el demandante no explicó con claridad si se estaba frente a un concurso cerrado, frente a lo cual expuso, que las

---

<sup>11</sup> Por el cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación.

actuaciones adelantadas por la entidad en desarrollo del Acuerdo 01 de 2012 no desconocieron la prohibición de realizar concursos cerrados al interior de las entidades públicas para la provisión de empleos de carrera y, por lo tanto, sólo realizó la única actuación que le era permitida, la cual consistió en llamar a los aspirantes beneficiarios de los Actos Legislativos, para realizar la prueba de conocimientos que por mandato de dichas normas constitucionales, no la habían realizado.

Asegura, que el anterior proceder no convirtió las Convocatorias 01 a 015 de 2008 en un concurso cerrado, por cuanto el proceso de selección desde un principio fue abierto al público en general y no únicamente para los funcionarios de la FGN. Explica además, que en los actos administrativos enjuiciados se dispuso que el resultado obtenido se integraría con las demás pruebas efectuadas por los demás participantes y así obtenido un solo registro de elegibles para los empleos ofertados en las convocatorias 01 a 015.

Dice, que las actuaciones realizadas por la administración son la respuesta adecuada a las situaciones anormales que generó la expedición y posterior declaratoria de inexecuibilidad de los Actos Legislativos 01 de 2008 y 04 de 2011. Que no obstante, el actor pretende establecer la existencia de un derecho a favor de los participantes del concurso público de méritos del 2008, explicando para ello la afectación del principio a la confianza legítima, así como la vulneración a los derechos a la igualdad y al trabajo, pero que, al no existir un registro definitivo de elegibles resultante del concurso de méritos, no le era posible afirmar al demandante que surgieron derechos ciertos a favor de los aspirantes por cuanto que a éstos sólo les asiste una expectativa que se podría llegar a materializar en el momento de expedirse un registro de elegibles.

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.<sup>12</sup>**

---

<sup>12</sup> Visible en los folios 325 a 328 del expediente.

## **Fiscalía General de la Nación.**

La parte demandada alegó de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y agregó que la Corte Constitucional en sentencia C-588 de 2009 declaró inexecutable el Acto Legislativo 001 de 2008 con efectos retroactivos, ordenando reanudar los trámites relacionados con los concursos.

Que en virtud de lo anterior, mediante el Acuerdo 05 de 10 de diciembre de 2010, se estableció reanudar el concurso de méritos abierto por las Convocatorias 01 a 015 de 2008, y ordenar que los 736 cargos ocupados por servidores provisionales beneficiarios del Acto Legislativo 001 de 2008, fueran incluidos nuevamente en el concurso y se citara una nueva fecha para realizar la prueba de conocimiento, a los aspirantes a dichos empleos.

Explica, que posteriormente, el Congreso de la República profirió el Acto Legislativo 04 de 2011, el cual dispuso adicionar un artículo transitorio a la Carta Política, para permitir que *«quienes en la actualidad están ocupando cargos de provisionales o en encargo, la Comisión Nacional del Servicio Civil homologará las pruebas de conocimiento establecidas en el concurso público preservando en principio el mérito por experiencia y estudios adicionales a los requeridos al cargo estipulando la forma de calificar»*, y que, en cumplimiento de ello, fue expedido el Acuerdo 001 de enero de 2012, para dar cumplimiento al referido Acto Legislativo 04 de 2011, y en consecuencia, suspender nuevamente las Convocatorias 01 a 015 de 2008.

Precisó, que el Acto Legislativo 04 de 2011 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-249 de 2012.

Frente a la anterior situación, explicó que el Acuerdo 03 de 5 de octubre de 2012 ordenó nuevamente la reanudación del proceso y

citó a prueba de conocimientos a los concursantes que aspiraban a los cargos que se encontraban provistos provisionalmente con los beneficiarios de los Actos Legislativos 01 de 2008 y 04 de 2011.

En ese orden de ideas, señaló que el actor no demostró que la FGN hubiera vulnerado los derechos que les asistía a los aspirantes, puesto que de cada una de las actuaciones realizadas se acreditó que los participantes admitidos realizaron las pruebas de conocimientos para los 1.716 cargos ofertados.

### **Demandante.**

El extremo demandante guardó silencio en esta etapa procesal.

### **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.<sup>13</sup>**

El Ministerio Público, a través de su Procuradora 2ª Delegada<sup>14</sup> ante esta corporación judicial, solicitó negar las pretensiones de la demanda, alegando:

1. Que la entidad demandada a pesar de que debió suspender en su totalidad el concurso cuestionado por el demandante, en virtud de lo incierto de las consecuencias que se podrían derivar del Acto legislativo 01 de 2008 y debido a todos los acontecimientos y altibajos que sufrió el concurso, consideró que al citar nuevamente a la prueba de conocimientos, luego de reactivar el concurso de méritos, lo hizo buscando garantizar el derecho de aquellos inscritos que no se presentaron a la cita del examen respectivo al sentirse amparados por el Acto Legislativo 01 de 2008, lo que a juicio del Ministerio Público no configura una causal de nulidad y mucho menos convierte a la convocatoria en un concurso cerrado, porque solamente podían citarse a los ya admitidos desde el año 2008, que además gozaban de la calidad de beneficiarios de la medida adoptada por el Acto Legislativo 01

---

<sup>13</sup> Visible en los folios 329 a 340vto del expediente.

<sup>14</sup> Doctora Diana Marina Vélez Vásquez.

de 2008, toda vez que venían desempeñando un cargo en provisionalidad en la FGN, conforme a la disposición adoptada por el acto legislativo mencionado.

2. Que con el solo hecho de presentar la prueba de conocimiento se generaba no más que una mera expectativa frente a la posibilidad de acceder a los cargos ofertados, porque para acceder a estos había que superar las pruebas que le siguen a esta etapa del concurso y que por esta razón pierde asidero la tesis del accionante cuando dice que se vulneró el derecho al trabajo de los participantes de este concurso.

3. Que la FGN al verse inmersa dentro de la cantidad de acciones, recursos y demás circunstancias que entorpecían el desarrollo del concurso, luego de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2008 y 04 de 2011, se vio en la necesidad de acudir, a través del Departamento Administrativo de la Función Pública, a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, para que conceptuara sobre el particular, a lo cual la entidad consultada dio respuesta mediante los Conceptos No. 1950 de 2009<sup>15</sup>, 1976 de 2010<sup>16</sup> y 2158 de 2013<sup>17</sup>, providencias que en sus apartes pertinentes de manera clara y expresa le responden a la consultante sobre la viabilidad de seguir con el concurso de méritos instándola a salvaguardar las mismas reglas de la convocatoria y por ende respetar lo preceptuado en ellas, y también en aras de aprovechar el esfuerzo presupuestal y administrativo desarrollado por la FGN.

4. Por último, y frente al problema jurídico planteado respecto de la posibilidad de ofertar cargos que no habían sido contemplados en las convocatorias iniciales, alega que en ninguno de los actos administrativos demandados se establece que al reanudarse el concurso de méritos, la FGN hubiera sacado nuevos cargos, por

---

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 1950.

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 1976, Radicado No. 11001-03-06-000- 2009-00066-00(1976)

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 2158, Radicado No. 11001-03-06-000-2013-00387-00(2158)

lo que las pretensiones de la demanda no estarían llamadas a prosperar.

## **CONSIDERACIONES.**

### **CONSIDERACIÓN PREVIA.**

De acuerdo con los antecedentes expuestos, anota la Sala de entrada, que los actos administrativos referentes a: **i)** el aviso de reanudación de las referidas Convocatorias, **ii)** el listado de los aspirantes citados a examen de conocimientos y **iii)** el cronograma; por tratarse de actos administrativos de impulso, trámite o preparatorios, respecto de ellos no procede un pronunciamiento de fondo, pues, de acuerdo con el criterio jurisprudencial pacífico y reiterado de ésta Corporación, secundado de manera uniforme por la doctrina especializada, la jurisdicción de lo contencioso administrativo sólo conoce o enjuicia actos administrativos definitivos, en los que se encuentre materializada de manera concluyente la voluntad de la administración, lo cual no ocurre con los mencionados actos de trámite.

Por lo tanto, el estudio de fondo versará únicamente sobre los Acuerdos y Actas demandadas, por constituir estos verdaderos actos administrativos definitivos respecto de la etapa del concurso de méritos en que fueron proferidos.

Lo anterior no significa que, al resolver el fondo del asunto, no se estudiará la legalidad de la totalidad actuación administrativa compleja que constituye todo el concurso de méritos, del que hacen parte los referidos actos administrativos de trámite.

### **PROBLEMAS JURÍDICOS.**

De los cargos expuestos por la parte demandante, los motivos de oposición aducidos por la FGN, así como de los razonamientos

del Ministerio Público, se muestra a esta corporación judicial que los problemas jurídicos a resolver en este proceso son los siguientes:

- 1) Determinar si la FGN, con la expedición de los actos administrativos demandados, vulneró el derecho a la igualdad de oportunidades en el acceso a cargos públicos dentro de las convocatorias 01 al 015 de 2008.
- 2) Establecer si al reactivar las convocatorias mencionadas la FGN desconoció el derecho al trabajo de los aspirantes que por no enterarse de que el concurso de méritos se reanudo no se presentaron a la prueba de conocimientos.
- 3) Verificar si al retomarse las Convocatorias 01 a 015 de 2008, se trasgredieron los principios de publicidad, mérito y confianza legítima, al supuestamente haberse ofertado cargos adicionales a los inicialmente contemplados.

## **RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS.**

A continuación, procede entonces la Sala a resolver los problemas jurídicos formulados a partir de los cargos formulados por el demandante, los argumentos de oposición de la FGN, las pruebas obrantes en el proceso y el concepto del Ministerio Público.

## **IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN EL ACCESO A CARGOS PÚBLICOS.**

### **Aspectos normativos y jurisprudenciales.**

La carta constitucional de 1991, norma rectora del ordenamiento jurídico colombiano, en su preámbulo y en sus artículos 13, 40, 53, 125 y 209, consagra 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.

Este principio concede a todo ciudadano, entre otros, el derecho de acceder a funciones y cargos públicos en igualdad de condiciones; su efectivo cumplimiento en la actividad del Estado se encuentra garantizado por un conjunto de normas y principios constitucionales que disponen de manera imperativa que i) por regla general, los empleos públicos son de carrera administrativa; ii) que tanto el acceso como el ascenso en los órganos estatales se rige por el principio del mérito, cuyo propósito es que la Función Pública sea ejercida por los ciudadanos mejor preparados para ello; y iii) que el retiro del ejercicio de los empleos públicos será solo por calificación insatisfactoria, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y la ley.

Esto quiere decir entonces, que el principio de igualdad de oportunidades constituye una de las garantías constitucionales de obligatorio cumplimiento en los procesos de acceso a la Función Pública.

En virtud de lo expuesto, resulta entonces claro que la Función Pública debe ser entendida e interpretada de conformidad con los principios constitutivos del Estado Social de Derecho, dentro de los cuales se encuentra, entre otros, el de igualdad de oportunidades, el cual se transmuta en derecho político de los ciudadanos de acceder a ocupar cargos públicos.

Las anteriores disposiciones constitucionales, a su vez, deben ser entendidas y aplicadas de conformidad con diversos instrumentos que regulan el acceso a la función pública en tanto que derecho político.

Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece lo siguiente:

**«Artículo 21.**

*1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.*

*2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.».* (Subraya la Sala).

A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el derecho de acceso a cargos públicos en términos de derecho político, es decir, con la misma importancia que el derecho a elegir y ser elegido:

**«Artículo 23. Derechos Políticos.**

*1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:*

*a. de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;*

*b. de 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, y*

*c. de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.*

*2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.».* (Subraya la Sala).

En relación con el principio de igualdad de oportunidades, en materia de ingreso a la función pública, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del 6 de agosto de 2008, en el asunto Castañeda Gutman vs. México, consideró lo siguiente:

*«El artículo 23 contiene diversas normas que se refieren a los derechos de la persona como ciudadano, esto es, como titular del proceso de **toma de decisiones** en los asuntos públicos, como elector a través del voto o como servidor público, es decir, a ser elegido popularmente o mediante designación o nombramiento para ocupar un cargo público. (...)*

*el derecho a tener acceso a las funciones públicas en **condiciones generales de igualdad** protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, desarrollo y ejecución de las políticas estatales a través de funciones públicas. Se entiende que estas condiciones generales de igualdad están referidas tanto al acceso a la función pública por elección popular como por nombramiento o designación.». (Subraya la Sala).*

De manera semejante, 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.*

*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).

De manera complementaria, los instrumentos internacionales sobre derechos de la mujer garantizan el derecho de acceso a cargos públicos de dirigencia. Así, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, dispone lo siguiente:

**«Artículo 4.**

*Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:*

*(...)*

*j) El derecho a tener **igualdad** de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la **toma de decisiones**.».* (Subraya la Sala).

A su vez, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), reza:

**«Artículo 7.**

*Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para **eliminar la discriminación** contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizarán a las mujeres, **en igualdad de condiciones con los hombres**, el derecho a:*

*(...)*

*b) Participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer **todas las funciones públicas** en todos los planos gubernamentales.».* (Subraya la Sala).

De las anteriores disposiciones se concluye, que la Función Pública de manera general debe ser desarrollada con observancia de la garantía a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales mencionados,

entre los que se destaca para el caso en concreto, el derecho a la igualdad de oportunidades para acceder a ocupar cargos públicos, en virtud del cual, todos los ciudadanos que aspiren a ocupar un empleo estatal, tiene el derecho a recibir un tratamiento igualitario, sin ningún tipo de discriminación por motivos de género, raza, condición social, creencia religiosa o militancia política.

Así las cosas, será vulneratoria del principio y derecho de igualdad de oportunidades, cualquier actuación administrativa o ley que desconozca las facetas y alcances de este principio.

Procede entonces la Sala a revisar la actuación administrativa adelantada por la FGN con ocasión de las Convocatorias 01 a 015 de 2008:

### **Análisis de la actuación administrativa adelantada por la FGN**

La lectura integral del material probatorio que obra en el expediente, muestra que la FGN 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 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,<sup>18</sup> declaró inexecutable del Acto Legislativo 01 de 2008 y, para tal efecto, decretó los efectos retroactivos de la providencia en el siguiente sentido:

---

<sup>18</sup> Con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

«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 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).*

Como puede apreciarse, la Corte Constitucional en su sentencia C-588 de 27 de agosto de 2009,<sup>19</sup> 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.

Ahora bien, dadas las anteriores circunstancias, la entidad demandada se vio en la necesidad de acudir al Consejo de Estado, específicamente a la Sala de Consulta y Servicio Civil, a través del entonces Ministerio del Interior y de Justicia, para obtener un concepto que le diera las bases jurídicas que le permitieran seguir adelante con las Convocatorias iniciadas en el año 2007, que se debido a los efectos el Acto Legislativo 01 de 2008, se encontraban en la misma situación que las Convocatorias iniciadas en el año 2008.

---

<sup>19</sup> Con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

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 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 Acuerdo<sup>15</sup>.*

*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, 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 inexecuibilidad 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.

En tal virtud, 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.

No obstante, el Congreso de la República, mediante Acto Legislativo 04 de 2011, nuevamente 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 FGN 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,<sup>20</sup> 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.».*

---

<sup>20</sup> M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Con posterioridad a la declaratoria de inexecutable del Acto Legislativo 04 de 2011, es entonces que la FGN decide, mediante el Acuerdo 03 de 5 de octubre de 2012, citar nuevamente a la prueba escrita a todos los aspirantes que no asistieron a la evaluación realizada el 3 de mayo de 2009, que en aquel entonces no lo hicieron porque resultaron beneficiadas por el Acto Legislativo 01 de 2008, y que posteriormente también resultaron favorecidas por el Acto Legislativo 04 de 2011.

El análisis de la actuación administrativa adelantada por la FGN muestra a la Sala, que dicha entidad 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 la FGN en cuanto a las condiciones del concurso.

Aunado a lo anterior, al reiniciar las Convocatorias 01 a 015 de 2008, la FGN estaba también acatando las sentencias judiciales C-588 de 2009 y C-249 de 2012, mediante las que la Corte Constitucional declaró la inexecutable de los Actos Legislativos 01 de 2008 y 04 de 2011, respectivamente.

Es claro entonces, que la FGN reanudó el concurso de méritos para proteger las expectativas no solo de aquellos que venían participando en el concurso de méritos, sino también del personal que tenía la expectativa de ser inscrito de manera extraordinaria por virtud de los actos legislativos señalados, permitiendo que aquellos servidores públicos en condición de provisionalidad que se hubieran beneficiado de la antecitada reforma constitucional y

que en razón de ella hubieran optado por no continuar en las convocatorias, pudieran seguir concursando.

Ahora bien, leídos los Acuerdos 01 y 02 de 2009; 05 de 2010; 01 y 03 de 2012 y demás actos administrativos demandados, se advierte que en ellos sólo se dispusieron órdenes encaminadas a dar cumplimiento a los Actos Legislativos 01 de 2008 y 04 de 2011 que ordenaban inscribir en la carrera administrativa, de manera automática, a los empleados provisionales, así como a las sentencias C-588 de 2009 y C-249 de 2012, que declararon la inexequibilidad de dichas disposiciones constitucionales; determinándose principalmente, la suspensión del concurso de méritos y su posterior reactivación.

No observa la Sala que en los actos administrativos demandados se haya dispuesto algún tipo de orden destinada a modificar los ejes temáticos de la prueba de conocimientos, ni mucho menos a alterar la estructura de las fases de las Convocatorias 01 a 015 de 2008, de tal manera que se le concediera alguna 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.

Por lo tanto, para la Sala es claro que en los actos administrativos demandados no se dispuso 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.

Anota la Sala, que la decisión adoptada por la FGN 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 acertada que buscó justamente amparar el mencionado derecho, 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,<sup>21</sup> 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. Dijo la Corte, que

*«...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 hubieran decidido continuar o no continuar en el concurso.».*

La Corte explicó, que

*«...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*

---

<sup>21</sup> Con ponencia del magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

*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 incluso fue más allá del caso bajo estudio y 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 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 resumen, en el caso de la Convocatoria 001 de 2005 adelantada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, la Corte Constitucional en sentencia T-213A de 20011, también 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.

En conclusión, para esta Sala, la FGN no 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 reactivación 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.

## **DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO AL TRABAJO.**

En lo relativo 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 reinicios 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 se puede hablar de la vulneración del derecho al trabajo sino de la presunta afectación de una aspiración de acceder a un empleo público.

Cosa distinta ocurre cuando la persona acreedora a un nombramiento en un cargo de carrera no es designada pese a integrar la lista de elegibles y haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso,<sup>22</sup> evento en el que ya no se está en presencia de una mera expectativa, sino que se trata de un derecho concreto y cierto en cabeza de los integrantes de la lista de elegibles.

En la misma línea, se ha pronunciado el Consejo de Estado sobre la expectativa real de los aspirantes de acceder de manera libre a los cargos, estableciendo 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.<sup>23</sup>

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

---

<sup>22</sup> Sentencia de 29 de noviembre de 2012, expediente número: 23001-23-33-000-2012-00067-01. M.P. Gerardo Arenas Monsalve

<sup>23</sup> Consejo de Estado; Sección Segunda M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. 21 de abril de 2014.

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.

Además, si algo quedó establecido en el trascurso de este proceso es el hecho de que todas las decisiones adoptadas en desarrollo de las Convocatorias 01 a 015 de 2008, fueron debidamente comunicadas a los aspirantes mediante publicación en la página web de la FGN, circunstancia que es aceptada sin discusión por las partes y que la Sala pudo corroborar al consultar el sitio de internet de la entidad,<sup>24</sup> en el que se puede observar que fueron colgados los avisos que informan a los aspirantes y a la comunidad en general todas las determinaciones adoptadas.

Aunado a lo anterior, reitera la Sala, que el análisis realizado sobre la actuación administrativa desplegada por la FGN en el marco de las Convocatorias 01 a 015 de 2008, evidenció que luego de la declaratoria de inexecuibilidad del Acto Legislativo 01 de 2008, la entidad, a través del Acuerdo 05 del 10 de diciembre del 2010, reanudó el concurso, declaró que los 736 cargos provistos provisionalmente por funcionarios beneficiarios del Acto

---

<sup>24</sup> <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/servicios-de-informacion-al-ciudadano/consultas/comision-de-carrera/>

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.

En ese orden de ideas, es claro que luego del reinicio del concurso de méritos, la FGN 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. Ello 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.

### **VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE OBJETIVIDAD, MÉRITO Y CONFIANZA LEGÍTIMA.**

Por cuanto al reactivarse el concurso, la FGN supuestamente ofertó empleos adicionales, pero únicamente a sus funcionarios provisionales beneficiados por los Actos legislativos 01 de 2008 y 04 de 2011, convirtiendo las Convocatorias, a juicio del demandante, en un concurso cerrado.

Para resolver este planteamiento, corresponde entonces a la Sala establecer en primer lugar, si en el ordenamiento jurídico colombiano son admisibles o no los concursos cerrados,<sup>25</sup> es

---

<sup>25</sup> 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».

decir, con la participación exclusiva de la planta de personal de la entidad estatal que lo convoca.

## **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,<sup>26</sup> en virtud de la cual declaró la exequibilidad del inciso segundo del artículo 46 y el artículo 48, del 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*

---

<sup>26</sup> Con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara.

*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,<sup>27</sup> 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 el órgano político. Así, en*

---

<sup>27</sup> Con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero.

*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,<sup>28</sup> 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,<sup>29</sup> que establecía, en palabras de la Corte: «...la realización de una especie de concurso

---

<sup>28</sup> Con ponencia del Magistrado Jorge Arango Mejía.

<sup>29</sup> Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.

*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 334 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, 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,<sup>30</sup> 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,<sup>31</sup> 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*

---

<sup>30</sup> Con ponencia del Magistrado Jorge Arango Mejía.

<sup>31</sup> Por el cual se establece la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación, y se dictan otras disposiciones.

*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, 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,<sup>32</sup> 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,<sup>33</sup> 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*

---

<sup>32</sup> Con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>33</sup> Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones.

*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 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,<sup>34</sup> 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 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. (...).*

---

<sup>34</sup> 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.

*...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,<sup>35</sup> en la que declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 115 del Decreto Ley 261 de 2000,<sup>36</sup> 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*

---

<sup>35</sup> Con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil.

<sup>36</sup> Por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones.

*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 2005<sup>37</sup> 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):

*«...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*

---

<sup>37</sup> Con ponencia del Magistrado Humberto Sierra Porto.

*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,<sup>38</sup> 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

---

<sup>38</sup> Con ponencia del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra.

*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:*

*«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),<sup>39</sup> 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*

---

<sup>39</sup> 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 1°); la Contraloría General de la República (artículo 268 numeral 10°), 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.

*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.*

*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,<sup>40</sup> en la que estudió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 24, 25, 26 (parcial) del Decreto Ley 020 de 2014.<sup>41</sup> 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 efectos de estimular el ascenso y la*

---

<sup>40</sup> Con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>41</sup> 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.

*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.»*

De acuerdo con lo expuesto, los concursos de méritos cerrados para el ingreso a la Función Pública, son inconstitucionales, a menos que se reservan un número mínimo de cargos para funcionarios de carrera. La anterior línea jurisprudencial constituye un precedente obligatorio, pues, como lo ha indicado la Corte Constitucional en repetidas ocasiones, la «*ratio decidendi*» de sus decisiones, tanto en materia de constitucionalidad como en materia de tutela, es obligatoria y tiene fuerza de cosa juzgada constitucional.<sup>42</sup>

### **El caso concreto.**

Leídos en detalle los actos administrativos demandados, en ellos no se evidencia que, al reactivarse las Convocatorias 01 a 015 de 2008, producto de la inexecutable de los Actos Legislativos 01

---

<sup>42</sup> Sobre el particular se pueden consultar, entre otras, las sentencias C-539 de 2011 y C-621 de 2015.

de 2008 y 04 de 2011, se hubieran ofertado nuevos empleos adicionales a los 1716 inicialmente contemplados.

Adicionalmente, tampoco se observa que los criterios y procedimientos para efectuar las pruebas a los aspirantes que no las habían realizado en cumplimiento a los Actos Legislativos 01 de 2008 y 04 de 2011, tuviesen distintos parámetros a los inicialmente fijados en las bases de las Convocatorias 01 a 015 de 2008.

Por el contrario, de acuerdo con los actos administrativos demandados, y siguiendo las recomendaciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, la reactivación del concurso se surtiría cumpliendo las condiciones establecidas inicialmente en la convocatoria, sin modificarse el número de cargos ofertados, ni los ejes temáticos de las pruebas de conocimientos, ni la estructura de las etapas del proceso de selección.

Así las cosas, los actos administrativos demandados no alteraron los componentes esenciales del concurso, con lo que se aseguró el debido proceso para todos los concursantes.

En el mismo sentido, y respecto a lo expuesto por el demandante en relación a la no existencia de procesos claros respecto del desarrollo del concurso, del contenido de los actos administrativos demandados se evidencia, que en cada uno de ellos están expuestos de manera expresa los fundamentos de derecho que le dieron la facultad para su expedición y se establecieron con claridad los pasos o el trámite a seguir cada vez que se interrumpió y reactivó el proceso de selección.

Incluso, en el caso del Acuerdo 01 de 13 de enero de 2012, mediante el cual se daba cumplimiento al Acto Legislativo 04 de 2011, se estableció después de un estudio de las circunstancias que rodeaban el proceso, cuál sería el procedimiento en caso de

una posible inexecuibilidad del citado acto legislativo, tratando de prever nuevas modificaciones al proceso de selección.

De esta manera, los concursantes siempre estuvieron informados del proceso de selección y de sus cambios, los cuales, a diferencia de lo que sostiene el demandante, fueron ocasionados no por la falta de instrucciones claras y un procedimiento debidamente establecido por la FGN, sino en cumplimiento de los Actos Legislativos y de las sentencias de exequibilidad de la Corte Constitucional, que al no ser ejecutadas, en ese evento, sí hubieran dado paso al desconocimiento del orden legal y constitucional por parte de la entidad.

Finalmente, es preciso considerar las implicaciones que tendría suspender de manera definitiva el concurso de méritos iniciado por las Convocatorias 01 a 015 de 2008, como lo sugiere el señor Otálora Arévalo en su demanda de Nulidad, pues, como bien lo señaló la Sala de Consulta y Servicio Civil, ello implicaría echar por la borda el esfuerzo administrativo y presupuestal adelantado por la FGN para adelantar el proceso de selección y desarrollar todas sus etapas pese a las interrupciones generadas por lo dispuesto en los Actos Legislativos 01 de 2008 y 04 de 2011.

Además, como se ha mencionado a lo largo de esta providencia, la reanudación de los concursos de méritos suspendidos por virtud de los mencionados Actos Legislativos, como es el caso de las Convocatorias 01 a 015 de 2008 de la FGN, fue ordenada por la misma Corte Constitucional en las sentencias C-588 de 2009 y C-249 de 2012, que declararon la inexecuibilidad de dichas normas.

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

## **RESUELVE**

**PRIMERO.-** Respecto de **i)** el aviso de reanudación de las Convocatorias 01 a 015 de 2008, publicado en la página web de la FGN, **ii)** el cronograma a seguir luego de la reactivación del concurso de méritos y **iii)** el listado de los aspirantes citados a examen de conocimientos; por tratarse de actos administrativos de impulso, trámite o preparatorios, no procede un pronunciamiento de fondo.

**SEGUNDO.- NEGAR** las pretensiones de la demanda de nulidad simple presentada por el ciudadano Beimar Otálora Arévalo.

**Cópiese, notifíquese y cúmplase.**

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

**CÉSAR PALOMINO CORTÉS      CARMELO PERDOMO  
CUÉTER**