



Concepto 045691 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000045691

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000045691

Fecha: 02/02/2023 01:46:30 p.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEOS. Provisión. Forma de proveer empleos de carrera administrativa, uso de lista de elegibles. - Empleos de la carrera especial de la Fiscalía General de la Nación. Constitución Política. - Excepción de Inconstitucionalidad RAD. 20239000001942 del 03 de enero de 2023.

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual informa «(...) La Fiscalía General Nación recientemente realizó concurso de méritos, producto de este, se emitieron listas de elegibles. 2. El artículo 6 de ley 1960, estableció que con las listas de elegibles resultantes de los procesos de selección se podrán cubrir las vacantes convocadas, las no convocadas y las equivalentes. Esta ley modifica el artículo 24 de ley 909 del sistema general de carrera administrativa. En ese sentido y teniendo en cuenta que constitucionalmente todos los empleos del estado están sujetos al principio del mérito, aun los específicos o especiales de origen legal y constitucional, no son autónomos e independientes puesto que en realidad constituyen una derivación del régimen general de carrera administrativa, pues solo se apartan de este en aquellos aspectos que chocan con la especialidad funcional reconocida a ciertas entidades.

Petición

En ese sentido el decreto ley 020 de 2014, por medio del cual se establece el sistema especial de carrera administrativa de la FGN, se puede entender por encima del orden constitucional, en el entendido que las listas de elegibles resultantes del concurso de méritos solo serán utilizadas para las vacantes ofertadas o por el contrario deben cumplir el mandato constitucional.»

Frente a lo anterior, me permito manifestarle lo siguiente.

De acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta.

En relación con la forma de acceder a un empleo público considerado de carrera administrativa, esta Dirección Jurídica ha sido consistente al indicar que el artículo 125 de la Constitución Política establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

De acuerdo con lo anterior, podemos concluir que la Constitución Política establece que el ingreso y el ascenso en los cargos de carrera administrativa se debe realizar mediante procesos de mérito; este se considera un óptimo instrumento para la provisión de cargos públicos basado en criterios meritocráticos y constituye uno de los ejes definitorios de la Constitución Política de 1991, en especial por su relación estrecha con el principio de acceso a desempeño de cargos públicos, la igualdad, la estabilidad y demás garantías contempladas en el artículo 53 de la Constitución.

En este orden de ideas, quienes cumplan con los requisitos de ley y los requisitos establecidos en el manual específico de funciones y requisitos que tenga adoptado la entidad, podrán ser designados en empleos clasificados como de carrera administrativa, previa superación del concurso de méritos y la correspondiente superación del respectivo período de prueba.

Ahora bien, sobre las condiciones ofertadas mediante convocatoria pública para proveer empleos públicos de carrera la Corte Constitucional en Sentencia SU446 del 26 de mayo de 2011, Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, estableció lo siguiente:

«*El mérito como criterio para la provisión de cargos públicos dentro de la administración y que consiste en los términos de la jurisprudencia de esta Corporación, en que el Estado pueda "contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública". Igualmente, el mismo precepto establece que el mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito es el concurso público. En los términos de este artículo: "Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.*

CONVOCATORIA A CONCURSO DE MERITOS-Importancia

La convocatoria es “la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes”, y como tal impone las reglas que son obligatorias para todos, entiéndase administración y administrados-concursantes. Por tanto, como en ella se delinean los parámetros que guiarán el proceso, los participantes, en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento. La Corte Constitucional ha considerado, entonces, que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de auto vinculación y autocontrol porque la administración debe “respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada.

REGLAS DEL CONCURSO DE MERITOS-Son invariables

Las reglas del concurso son invariables tal como lo reiteró esta Corporación en la sentencia SU-913 de 2009 al señalar “...resulta imperativo recordar la intangibilidad de las reglas que rigen las convocatorias de los concursos públicos para acceder a cargos de carrera en tanto no vulneren la ley, la Constitución y los derechos fundamentales en aras de garantizar el derecho fundamental a la igualdad, así como la inmodificabilidad de las listas de elegibles una vez éstas se encuentran en firme como garantía de los principios de buena fe y confianza legítima que deben acompañar estos procesos.”

De acuerdo con lo previsto por la Corte Constitucional, la convocatoria a concurso de méritos es la norma reguladora y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes.

En ella, se impone las reglas que son obligatorias para todos, entiéndase administración y administrados-concursantes. Por tanto, como en la convocatoria se delinean los parámetros que guiarán el proceso, los participantes, en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento.

La Corte Constitucional ha considerado, entonces, que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios como la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes.

En ese sentido, en criterio de esta Dirección Jurídica, las entidades u organismos públicos deben cumplir con las condiciones de los empleos ofertadas mediante convocatoria pública a concurso de méritos, como garantía de los principios de buena fe y confianza legítima que deben acompañar estos procesos meritocráticos.

En cuanto a la consulta, relacionada con la Ley 1960 de 2019, la cual modifica la Ley 909 de 2004, es importante señalar que, sobre el sistema especial de carrera administrativa de la Fiscalía General de la Nación, se precisa lo siguiente:

En los términos del numeral 2 del Artículo 3º de la Ley 909 de 2004, las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, entre otros, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como la Fiscalía General de la Nación; no obstante, como en dicho sistema de carrera no existen vacíos respecto a la regulación de la provisión de empleos mediante el proceso de selección, ni remite a la aplicación de las normas que regulan los procesos de selección de los empleos de carrera administrativa que regula el sistema general; en criterio de esta Dirección Jurídica, no resulta necesaria la aplicación de lo dispuesto en la Ley 909 de 2004, modificada por la Ley 1960 de 2019, para los procesos de selección de los empleos de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas.

Finalmente, en relación a la figura de “excepción de constitucionalidad”, sobre la cual, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, con ponencia del Consejero Rafael Francisco Suárez Vargas, dentro del expediente con radicado No. Rad. No.: 68001-23-31-000-2006-02724-01(0296-13), indicó lo siguiente:

«Para ello se dirá que la excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción tiene su fundamento en el artículo 4º de la Constitución Política, según el cual «La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (...)» y consiste en la posibilidad que tiene cualquier autoridad de inaplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución.

Así mismo, partiendo de la premisa de que cualquier autoridad debe dar aplicación prevalente a las normas constitucionales sobre cualesquier otras que resulten contrarias a ellas, de igual manera puede y debe inaplicar disposiciones contenidas en actos administrativos de cualquier índole, cuando contradicen a aquellas otras que les son superiores jerárquicamente.

Respecto de quienes pueden ejercer el control de constitucionalidad por vía de excepción, y sus efectos, la Corte Constitucional mediante sentencia C- 122 de 2011, señaló:

De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto¹. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución.

En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución.

2.3 Por este hecho una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando que aplicar una norma, puede ser demandada ante la Corte Constitucional que ejercerá el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos erga omnes si la norma exceptuada es constitucional o no.

2.4 Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Corte que las excepciones de inconstitucionalidad que profieren las autoridades judiciales, administrativas o los particulares cuando tengan que aplicar una ley, no elimina la posibilidad que tiene la corporación de realizar el control de constitucionalidad de determinado precepto.

(...)

No cabe duda, como bien lo señaló el citado fallo C-122 de 2011, de la preeminencia de la jurisdicción constitucional sobre las decisiones

particulares y concretas que se adoptan a través de la excepción de constitucionalidad, teniendo en cuenta que la decisión última sobre el control de constitucionalidad de las leyes en Colombia la tiene la Corte Constitucional; de manera que todas las excepciones de constitucionalidad que aplique la autoridad -judicial o administrativa- pueden ser acogidas o no por el máximo tribunal constitucional, porque «no configuran un precedente vinculante y tiene preeminencia sobre los fallos particulares que se hayan dado por vía de excepción». Lo anterior, teniendo en cuenta que el control de constitucionalidad tiene efectos *erga omnes*, se realiza de forma general y abstracta, hace tránsito a cosa juzgada, y determina en forma definitiva la continuidad o no de la norma dentro del sistema jurídico.»

Del fallo citado y respecto a la excepción de inconstitucionalidad, podemos extractar las siguientes premisas:

â¿ª La figura de la excepción de inconstitucionalidad la puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares.

â¿ª Se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución.

â¿ª La norma legal o reglamentaria sobre la cual recae la excepción por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes.

â¿ª La norma sobre la cual se solicita la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad puede ser demandada ante la Corte Constitucional quien ejercerá el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos *erga omnes* si la norma exceptuada es constitucional o no.

â¿ª Todas las excepciones de constitucionalidad que aplique la autoridad -judicial o administrativa- pueden ser acogidas o no por el máximo tribunal constitucional, porque no configuran un precedente vinculante y tiene preeminencia sobre los fallos particulares que se hayan dado por vía de excepción.

En ese orden de ideas, la excepción de inconstitucionalidad tiene su fundamento jurídico en el artículo 4 de la Constitución Política que establece: «*La Constitución es norma de norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones Constitucionales.*» (Destaco nuestro)

Por lo anterior, esta Dirección Jurídica observa que, el Decreto ley 020 de 2014, por medio del cual se establece el sistema especial de carrera administrativa de la Fiscalía General de la Nación, no ha sido declarado inconstitucional por la Corte Constitucional y, en estricto sentido, continúa vigente.

Con respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Luz Rojas

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 *Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.*

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 23:59:04