



Sentencia 446 de 2011 Corte Constitucional

SENTENCIA SU446/11

SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Importancia como pilar fundamental de Estado

La importancia de la carrera administrativa como pilar del Estado Social de Derecho, se puso de relieve por esta Corporación en la sentencia C-588 de 2009, al declarar la inexecutable del Acto Legislativo No 01 de 2008, que suspendía por el término de tres años la vigencia del artículo 125 constitucional. En el mencionado pronunciamiento se indicó que el sistema de carrera administrativa tiene como soporte principios y fundamentos propios de la definición de Estado que se consagra en el artículo 1 constitucional, cuyo incumplimiento o inobservancia implica el desconocimiento de los fines estatales; del derecho a la igualdad y la prevalencia de derechos fundamentales de los ciudadanos, tales como el acceso a cargos públicos y el debido proceso.

CONCURSO PUBLICO DE MERITOS DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Obligatoriedad de las reglas y sus alcances

REGISTRO DE ELEGIBLES DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Naturaleza, alcance y fuerza vinculante

MERITO-Criterio para provisión de cargos públicos dentro de la administración/ MERITO-Concepto/CONCURSO PÚBLICO- Mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito

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.

CONCURSO DE MERITOS-Etapas

La sentencia C-040 de 1995 reiterada en la SU-913 de 2009, explicó cada una de esas fases, las que por demás fueron recogidas por el legislador en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004. Así: 1. Convocatoria. es la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes. 2. Reclutamiento. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso. 3. Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos. La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad. 4. Listas de elegibles. Con los resultados de las pruebas...se elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con ésta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso. 5. Período de prueba. La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento. “Aprobado dicho período, al obtener evaluación satisfactoria, el empleado

adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente”.

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 delimitan 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.”

CONVOCATORIA A CONCURSO DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Tesis de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado sobre la utilización del registro definitivo de elegibles

CONVOCATORIA A CONCURSO DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Análisis del régimen jurídico

CONVOCATORIA A CONCURSO DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Análisis sobre el uso del registro de elegibles para proveer las vacantes que registra la entidad en plazas que no fueron ofertadas

LISTA DE ELEGIBLES EN FISCALIA GENERAL DE LA NACION PARA PROVEER CARGOS POR FUERA DEL NUMERO DE CONVOCADOS-Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

LISTA DE ELEGIBLES EN FISCALIA GENERAL DE LA NACION PARA PROVEER CARGOS POR FUERA DEL NUMERO DE CONVOCADOS-Jurisprudencia del Consejo de Estado

LISTA DE ELEGIBLES-Naturaleza y razón de ser/LISTA DE ELEGIBLES-Concepto

La lista o registro de elegibles es un acto administrativo de carácter particular que tiene por finalidad establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración. Junto con la etapa de la convocatoria, es una fase hito y concluyente del sistema de nombramiento por vía del concurso público, dado que a través de su conformación, la entidad pública con fundamento en los resultados de las distintas fases de selección, organiza en estricto orden de mérito el nombre de las personas que deben ser designadas en las plazas ofertadas en la convocatoria, observando para ello, las precisas reglas fijadas en ésta. Este acto tiene una vocación transitoria toda vez que tiene una vigencia específica en el tiempo. Esta vocación temporal tiene dos objetivos fundamentales. El primero, hace referencia a la obligatoriedad del registro de elegibles, porque durante su vigencia la administración debe hacer uso de él para llenar las

vacantes que originaron el llamamiento a concurso. El segundo, que mientras esté vigente ese acto, la entidad correspondiente no podrá realizar concurso para proveer las plazas a las que él se refiere, hasta tanto no se agoten las vacantes que fueron ofertadas, de forma que se satisfagan no solo los derechos subjetivos de quienes hacen parte de este acto administrativo sino principios esenciales de la organización estatal como el mérito para ocupar cargos públicos y los específicos del artículo 209 constitucional. Con la conformación de la lista o registro de elegibles se materializa el principio del mérito del artículo 125 de la Constitución, en la medida en que con él, la administración debe proveer los cargos de carrera que se encuentren vacantes o los que están ocupados en provisionalidad debidamente ofertados.

CONVOCATORIA A CONCURSO PUBLICO-Obligación del Estado cuando se presentan vacantes en los cargos de carrera

La obligación del Estado en cumplimiento del artículo 125 constitucional es convocar a concurso público cuando se presenten vacantes en los cargos de carrera, con el objeto de cumplir la regla de la provisión por la vía del mérito y los principios que rigen la función pública, artículo 209 de la Constitución, específicamente los de igualdad, eficacia, economía, celeridad e imparcialidad, en donde la lista de elegibles producto de ese concurso tiene una vigencia en el tiempo que, por regla general, es de dos años, para que en el evento de vacantes en la entidad y en relación con los cargos específicamente convocados y no otros, se puedan proveer de forma inmediata sin necesidad de recurrir a nombramientos excepcionales como lo son el encargo o la provisionalidad.

CONFORMACION DE LA LISTA DE ELEGIBLES-Derecho de carácter subjetivo para quienes hacen parte de ella

La conformación de la lista de elegibles, así entendida, genera para quienes hacen parte de ella, un derecho de carácter subjetivo, que consiste en ser nombradas en el cargo para el que concursó, cuando el mismo quede vacante o esté desempeñando por un funcionario o empleado en encargo o provisionalidad. En ese sentido, la consolidación de este derecho "se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer".

LISTA DE ELEGIBLES-Finalidad

Es importante señalar, que la lista o registro de elegibles tiene dos cometidos, el primero, que se provean las vacantes, los encargos o las provisionalidades para las cuales se convocó el respectivo concurso y no para otros, porque ello implicaría el desconocimiento de una de las reglas específicas de aquel: el de las plazas a proveer. El segundo, que durante su vigencia, la administración haga uso de ese acto administrativo para ocupar sólo las vacantes que se presenten en los cargos objeto de la convocatoria y no otros. Por tanto, no se puede afirmar que existe desconocimiento de derechos fundamentales ni de principios constitucionales cuando la autoridad correspondiente se abstiene de proveer con dicho acto empleos no ofertados. ¿Qué significa esta última función de la lista o registro de elegibles? Nada diverso a que las entidades públicas en cumplimiento del artículo 125 de la Constitución Política están obligadas a proveer únicamente las vacantes que se presenten en la respectiva entidad y que correspondan estrictamente a los cargos ofertados, respetando siempre el orden de su conformación. Cuando esta Corporación afirma que la lista o registro de elegibles tiene por vocación servir para que se provean las vacantes que se presenten durante su vigencia, se está refiriendo a los cargos objeto de la convocatoria y no a otros, pese a que estos últimos puedan tener la misma naturaleza e identidad de los ofrecidos. En otros términos, el acto administrativo en análisis tiene la finalidad de servir de soporte para la provisión de los empleos que fueron objeto de concurso y no de otros. En consecuencia, si en vigencia de la lista se presenta una vacante, ésta se podrá proveer con ella si la plaza vacante fue expresamente objeto de la convocatoria que le dio origen. Los cargos que se encuentren por fuera de ésta, requerirán de un concurso nuevo para su provisión. Se puede concluir, entonces, que el uso del registro o lista de elegibles se impone sólo para proveer las vacantes y los cargos en provisionalidad que registre la entidad durante su vigencia, siempre y cuando se trate de las plazas ofertadas en el respectivo concurso.

REGIMENES DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Potestad de configuración del legislador

Es potestad del legislador señalar en la ley general de carrera o en las leyes de carrera especial que con el registro de elegibles se pueden proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos. Facultad que también puede ostentar la entidad convocante, quien en las reglas que regirán el concurso puede señalar expresamente que la lista que se configure servirá para proveer las vacantes que se lleguen a presentar en vigencia de la lista para empleos de la misma naturaleza y perfil. La introducción de este criterio es una pauta de obligatoria observancia para la administración, que le permitirá, en el término de vigencia del registro de elegibles que se llegue a conformar, proveer las vacantes que se lleguen a presentar, por cuanto expresamente habilitó el uso de ese

acto administrativo para tal efecto.

CONCURSO PUBLICO-Reglas son obligatorias tanto para la administración como para los administrados-concursantes

Las reglas del concurso son obligatorias tanto para la administración como para los administrados-concursantes, en donde admitir la utilización del registro de elegibles para proveer un número mayor de empleos a los que fueron ofertados, quebrantaría una de las normas que lo regían.

REGISTRO DE ELEGIBLES EN LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION PARA PROVEER CARGOS POR FUERA DEL NUMERO DE CONVOCADOS-Utilización implicaría una modificación e inobservancia de las pautas de las diversas convocatorias por vulneración del principio de confianza legítima, seguridad jurídica y mandato del artículo 125 constitucional

SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Efectos inter comunis

FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Fijación de término para la realización de nuevos concursos

CARGOS TRANSITORIOS PARA JUSTICIA Y PAZ-Término de vigencia/CARGOS TRANSITORIOS PARA JUSTICIA Y PAZ-Pese a su carácter transitorio, deben ser igualmente llamados a concurso

El Decreto 122 de 2008, creó unos cargos de carácter transitorio para atender las necesidades de la Ley de Justicia y Paz y fijó como término de vigencia para esas plazas el de 12 años. El número de empleos de carácter transitorio creados por este decreto fue de 753. En relación con estos nuevos puestos de trabajo y pese a su carácter transitorio, considera la Corte que deben ser igualmente llamados a concurso, pues su naturaleza transitoria no puede entenderse como una excepción al cumplimiento de la regla del artículo 125 constitucional, en relación con el mérito y la calidad. Es precisamente ese carácter transitorio el que debe ser puesto en evidencia en la respectiva convocatoria, para que los aspirantes tengan claro que una de las reglas de la convocatoria es el carácter temporal de los cargos razón por la que los mismos serán suprimidos una vez venza el término señalado por el legislador, sino llega a disponer lo contrario. Supresión que en los términos del artículo 76 de la Ley 938 de 2004 "es una situación de carácter administrativo, que pone fin a la inscripción en el régimen de carrera y desvincula al servidor de la entidad...". En consecuencia, la Fiscalía General de la Nación debe llamar a concurso los empleos temporales que creó el legislador extraordinario y establecer expresamente ese carácter para que quienes concursen, conozcan de antemano y en forma clara la regla que ha de regir su designación, en el evento de ser acreedores a ocupar una de esas plazas.

REGISTRO DE ELEGIBLES-Actualización

FISCAL GENERAL DE LA NACION-Grado de discrecionalidad para definir en el marco de la planta global, los cargos específicos que serían provistos con el registro de elegibles

SERVIDORES EN PROVISIONALIDAD-Estabilidad relativa

Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

FISCAL GENERAL DE LA NACION-Limites a la discrecionalidad para provisión de cargos con registro de elegibles

FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Vinculación de servidores en provisionalidad que son sujetos de especial protección mientras se realiza nuevo concurso

FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Reglas para desvinculación de servidores en provisionalidad que son sujetos de especial protección previo acto administrativo motivado en los términos de la sentencia SU-917 de 2010

SERVIDORES EN PROVISIONALIDAD DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Definición

SERVIDORES EN PROVISIONALIDAD DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION QUE SON SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION-Condiciones para vinculación de aquellos que fueron retirados con fundamento en el concurso de 2007

Referencia: expedientes T-2.643.464 (Acumulados)

Acción de tutela instaurada por Nelson Triana Cárdenas y otros en contra de la Comisión Nacional de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de dos mil once (2011)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Juan Carlos Henao Pérez, -quien la preside-, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Humberto Antonio Sierra Porto y Luís Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente sentencia, teniendo en cuenta los siguientes

1. ANTECEDENTES

1.1.1. La Sala Sexta de Selección de la Corte Constitucional, mediante auto del 24 de junio de 2010, seleccionó para revisión, el expediente T-2.643.464, cuyo reparto correspondió al Despacho del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expediente que se recibió el 7 de julio de 2010.

1.1.2. La Sala Séptima de Selección, mediante decisión del 7 de julio de 2010, decidió acumular los expedientes T-2.648.563, T-2.656.968, T-2.699.804, T-2.699.927, T-2.700.019, T-2.701.827, T-2.701.828, T-2.701.934, T-2.707.718, al expediente T-2.643.464. Estos expedientes se recibieron en el despacho el 28 de julio de 2010.

1.1.3. La misma sala de Revisión, mediante decisión del 22 de julio de 2010, decidió seleccionar el expediente T-2.667.567, que igualmente se acumuló al expediente T-2.648.563. Este último expediente se recibió en el despacho el 12 de agosto de 2010.

1.1.4. En la sesión del día 10 de agosto de 2010, la Sala Plena, con fundamento en el artículo 54A del Reglamento Interno de la Corte Constitucional, dispuso avocar el conocimiento de los expedientes de la referencia, razón por la que serán fallados por la Sala Plena de la Corporación en una sentencia de unificación y no por una de sus salas.

1.1.5. En la sesión del día 14 de enero de 2011, por la identidad de hechos, la Sala Plena decidió acumular al expediente de la referencia, la acción de tutela radicada bajo el número T-2.734.433, que fue seleccionada por la Sala de Selección No. 9 por auto del 7 de septiembre y asignada al despacho del doctor Jorge Iván Palacio Palacio, con el fin de que dicho caso hiciera parte de la sentencia de unificación que debe ser proferida en los términos del reglamento interno de la Corporación.

1.1.6. En la sesión del día 26 de enero de 2011, por la identidad de hechos, la Sala Plena decidió acumular al expediente de la referencia, la acción de tutela radicada bajo el número T-2.743.538, que fue seleccionada por la Sala de Selección No. 9 por auto del 22 de septiembre y asignada al despacho del doctor Luís Ernesto Vargas Silva, con el fin de que dicho caso hiciera parte de la sentencia de unificación que debe ser proferida en los términos del reglamento interno de la Corporación.

1.2. HECHOS

1.2.1. La Fiscalía General de la Nación, mediante Acuerdo 01 de 2006, expidió el reglamento para los procesos de selección y concurso de méritos en la entidad, teniendo en cuenta que por disposición del artículo 253 constitucional goza de autonomía para determinar el ingreso a la carrera, en los términos en que lo establezca el legislador.

En cumplimiento del mencionado acuerdo, el 9 septiembre de 2007 se publicaron 6 convocatorias para proveer distintos cargos de carrera en la entidad. En total fueron convocados a concurso 4697 cargos, de la siguiente manera¹:

1.2.1.1. Convocatoria 001-2007 para proveer 744 cargos de Fiscal delegado ante jueces municipales y promiscuos.

1.2.1.2. Convocatoria 002-2007 para proveer 732 cargos de Fiscal delegado ante jueces del circuito.

1.2.1.3. Convocatoria 003-2007 para proveer 298 cargos de Fiscal delegado ante jueces penales del circuito especializado.

1.2.1.4. Convocatoria 004-2007 para proveer 52 cargos de Fiscal delegado ante Tribunal de Distrito.

1.2.1.5. Convocatoria 005-2007 para proveer los cargos de Asistente de Fiscal así: Asistente de Fiscal I- 610 cargos; Asistente de Fiscal II- 819 cargos; Asistente de Fiscal III-530 cargos; Asistente de Fiscal IV-288 cargos.

1.2.1.6. Convocatoria 006-2007 para proveer 684 cargos de Asistente judicial IV.

1.2.1.7.

1.2.2. Una vez concluidas las distintas fases del concurso para las seis convocatorias, se profirió el Acuerdo 007 de 2008, mediante el cual se expidió el registro definitivo de elegibles.

1.2.3. Con la expedición de dicho acto la entidad tenía la obligación de hacer lo nombramientos en los términos fijados en cada una de las convocatorias, lo que efectivamente empezó a cumplirse un año y medio después la ejecutoria del mencionado acto administrativo.

1.2.4. Un sinnúmero de concursantes e integrantes de ese registro, le solicitaron a la entidad hacer uso de ese acto administrativo para nombrarlos en período de prueba en cargos vacantes u ocupados en provisionalidad por ser de la misma naturaleza, perfil y grado de los ofertados.

1.2.5. La entidad se negó a hacer uso del registro de elegibles para efectuar los nombramientos que solicitaron los distintos concursantes, aduciendo que el número de plazas convocadas fue expresamente determinada y, en consecuencia, se requería de un nuevo concurso para llenar las vacantes que presentaba la entidad, pese a ser de la misma naturaleza y perfil de los cargos a que se refería el registro de elegibles.

1.2.6. Teniendo en cuenta lo anterior, en los expedientes seleccionados podemos identificar dos grupos:

1.2.6.1. En el primero están quienes participaron en una o dos de las convocatorias que se reseñaron y aunque quedaron en el registro de elegibles, la Fiscalía General de la Nación no los nombró porque el puesto que ocuparon excedía el del número de plazas ofertadas. Sin embargo, alegan que en la entidad hay un número suficiente de cargos iguales a los que fueron objeto de concurso que son desempeñados por empleados en provisionalidad o que están vacantes, razón por la que consideran que tienen el derecho a ser nombrados por estar vigente una lista de elegibles que debe ser empleada para proveer los empleos de la misma naturaleza de los que fueron ofertados.

Este grupo de accionantes arguye que la negativa de la entidad afecta sus derechos fundamentales a la igualdad, artículo 13; el acceso a cargos públicos, artículo 40, numeral 7; y el principio del mérito que consagra el artículo 125 de la Constitución.

1.2.6.2. En el segundo están quienes desempeñaban un cargo en la Fiscalía en provisionalidad y no participaron en ninguna de las convocatorias que se reseñaron, o participaron, pero no alcanzaron el puntaje mínimo, o se encuentran en la lista de elegibles, pero no han sido llamados. Estos accionantes consideran que tienen el derecho a permanecer en sus cargos provisionalmente, bien porque tienen una condición especial que obliga a una protección particular; o porque la entidad ha debido tener unos criterios para dar por terminada su provisionalidad.

Estos funcionarios y empleados consideran que cuando la entidad accionada decidió dar por terminada su relación laboral, afectó, entre otros, sus derechos fundamentales a la igualdad, artículo 13; al trabajo, artículo 25; a la seguridad social, artículo 48 y al debido proceso, artículo 29 de la Constitución.

A continuación se hace un resumen de cada uno de los expedientes seleccionados, discriminados en los grupos antes reseñados.

1.2.6.2.1. Primer grupo

1.2.6.2.1.1. Expediente T-2.643.464. Actor: Nelson Triana Cárdenas. Este ciudadano participó en las convocatorias 001-2007 para Fiscal Delegado ante los Jueces Penales Municipales y Promiscuos y en la 002-2007 para Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito. En la primera convocatoria ocupó el lugar 1468 y en la segunda el 2010. La Fiscalía General de la Nación le informó que su nombramiento no era posible por cuanto el número de cargos convocados para la convocatoria 001-2007 sólo fue de 744 y para la 002-2007 de 734.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en decisión del 4 de marzo de 2010, declaró improcedente la acción de tutela al considerar que los derechos fundamentales que el señor Triana Cárdenas argüía como vulnerados no lo estaban.

La Sala de Tutelas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia², en sentencia del 8 de abril de 2010, confirmó la anterior providencia, pero con fundamento en razones distintas. Se señaló que el señor Triana Cárdenas tenía otros mecanismos de defensa judicial. En criterio de la Sala de Tutelas, como quiera que el actor estaba cuestionando la decisión administrativa contenida en las convocatorias 001 y 002 de 2007 por medio de las cuales se ofertaron a concurso de méritos sólo 744 cargos de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y 734 de Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito, éste ha debido acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, a través de la acción de nulidad, cuestionar las reseñadas convocatorias, por tratarse de un acto administrativo de carácter general e impersonal.

1.2.6.2.1.2. Expediente T-2.648.563. Actor: Joaquín González Bohórquez. Este actor participó en la convocatoria 02-2007 para el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces del Circuito en la que ocupó el puesto 70 con 77 puntos y en la convocatoria 004-2007 de Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Distrito en la que logró el puesto 112, con 74 puntos. Alega que como la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal, en providencia del 11 de febrero de 2010, ordenó al Fiscal General de la Nación el nombramiento de la totalidad de los cargos existentes, hasta agotar la lista de elegibles publicada mediante Acuerdo 007 de noviembre de 2008, tenía el derecho a ser nombrado como Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Distrito por cuanto en la entidad hay 144 cargos de esa naturaleza, de los cuales sólo 52 fueron ocupados por quienes ganaron el concurso, las restantes plazas las ejercen funcionarios en provisionalidad frente a los cuales el actor aduce tener un mejor derecho por estar en la lista de elegibles.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, en providencia del 8 de marzo de 2010, negó el amparo por la existencia de otros mecanismos de defensa judicial.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Tutelas de la Sala de Casación Penal³, mediante providencia del 13 de abril de 2010, confirmó el fallo de primera instancia al considerar que los reparos contra las convocatorias, por ejemplo, por el número de puestos a proveer, debían alegarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, porque el juez de tutela no tiene la competencia para variar una convocatoria para un concurso público. Como fundamento de su decisión, la Sala de Tutelas a la Sala de Casación Penal citó una consulta que absolvió la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁴.

1.2.6.2.1.3. Expediente T-2.656.968. Actoras: Luisa Gineth Pinto Ochoa y Gloria Mariño Quiñónez. Estas ciudadanas participaron en la convocatoria 004-2007 para el cargo de Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito. Las accionantes ocuparon los puestos 77 y 87 respectivamente y no fueron nombradas porque los cargos convocados sólo fueron 52.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala Penal, en providencia del 18 de marzo de 2010, negó la acción tutela, aduciendo que las accionantes no pusieron en conocimiento del nominador los argumentos de orden fáctico y jurídico en los cuales fundamentaban su derecho a ser nombradas en la entidad acusada, como tampoco agotaron la vía gubernativa a través de la cual podían solicitar la suspensión del acto administrativo mediante el cual se efectuó la convocatoria para los 52 empleos de Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Tutelas de la Sala de Casación Penal⁵, en providencia del 22 de abril de 2010, confirmó el fallo de primera instancia por la falta de cumplimiento del requisito de inmediatez, por cuanto la acción de tutela se interpuso luego de transcurridos dos años de la fecha de la convocatoria a concurso, es decir, septiembre de 2007.

1.2.6.2.1.4. Expediente T-2.699.804. Actora: Beatriz Alicia Idarraga Piedrahita. Esta ciudadana se presentó a la convocatoria 004-2007 para el cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior, en el registro de elegibles se encuentra en el puesto 118 con 74 puntos. Su inconformidad radica en el hecho de que la Fiscalía General de la Nación solamente designó en período de prueba a los 52 primeros de la lista para proveer los cargos convocados, a pesar de que existen más de 90 cargos del mismo rango que son desempeñados por funcionarios en provisionalidad y que en virtud de la orden de la Corte Suprema de Justicia⁶ debían ser provistos con el registro de elegibles.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira, en fallo del 7 de abril de 2010, negó el amparo por cuanto no encontró que le asistiera derecho alguno a la peticionaria para ser nombrada por la entidad accionada, toda vez que la convocatoria 004-2007 sólo llamó a concurso a 52 plazas, las cuales ya están ocupadas por quienes alcanzaron los primeros 52 lugares en la lista.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Tutelas de la Sala de Casación Penal⁷, mediante fallo del 28 de mayo de 2010, confirmó la decisión de primera instancia, al considerar que no se justificaba la intervención del juez constitucional para impartir la orden al nominador de nombrar a quien a pesar de integrar el registro de elegibles no alcanzó uno de los puestos que debía proveerse conforme con el número de plazas convocadas.

1.2.6.2.1.5. Expediente T-2.699.927. Actora: Cielo del Pilar Bonilla Arias. Se inscribió para participar en la convocatoria 001-2007 para Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos y ocupó el puesto 1731 con 51 puntos. Así mismo, participó en la convocatoria 005-2007, para el cargo de Asistente de Fiscal II, en la que ocupó el puesto 99 con 68 puntos.

El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, el 14 de abril de 2010, declaró improcedente la acción de tutela, por la existencia de otros medios de defensa judicial y agregó que el juez de tutela no podía ordenar la prolongación de una lista que a la fecha se encontraba vigente.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Tutelas de la Sala de Casación Penal⁸, el 27 de mayo de 2010, confirmó el fallo y señaló que a la accionante no le asistía ningún derecho sobre los cargos convocados.

1.2.6.2.1.6. Expediente T-2.701.827. Actora: Luz Alieth Molina Raigosa. Esta ciudadana participó en la convocatoria 001 de 2007 para el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales Municipales y Promiscuos, ocupó el puesto 902 con 61 puntos. Así mismo, se presentó en la convocatoria 002-2007 para el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito, que no aprobó porque sólo obtuvo 57 puntos. Considera que aunque sólo se ofertaron 744 plazas para Fiscal Delegado ante los Jueces Penales Municipales y Promiscuos, debe darse cumplimiento a lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 4 de febrero de 2010, en el sentido de proveer la totalidad de los cargos vacantes que, en el caso de los Fiscales Delegados ante los Jueces Penales Municipales, ascienden a más de 1547.

El Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal, el 22 de abril de 2010, tuteló los derechos fundamentales de acceso a ocupar un cargo público; al debido proceso y a la igualdad de la accionante y, en consecuencia, ordenó a la Fiscalía depurar las listas de elegibles y ampliar los cargos a proveer mediante concurso.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Tutelas de la Sala de Casación Penal⁹, en fallo del 27 de mayo de 2010, confirmó la decisión, al considerar que una vez ocupados los cargos que fueron ofertados, le correspondía a la Fiscalía General de la Nación hacer uso del registro de elegibles, en cumplimiento del artículo 66 de la Ley 938 de 2004, según el cual dicho acto debe utilizarse para proveer las vacantes que se den durante su vigencia. Por tanto, en aplicación de los principios de eficacia y economía, se ordenó al Fiscal General de la Nación hacer uso de la lista de elegibles vigente para proveer todos los cargos de la misma naturaleza de los convocados.

1.2.6.2.1.7. Expediente T-2.701.828. Actor: Robinson González Pérez. Este actor participó en la convocatoria 001-2007 para el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos y ocupó el puesto 1501 con 54 puntos. Señala que a nivel nacional hay más de 1500 cargos de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos, razón por la que tiene derecho a ser nombrado en uno de esos cargos, los cuales están desempeñados por personas en provisionalidad. Con ese objetivo, elevó un derecho de petición ante la entidad, sin que a la fecha de la interposición de la acción de tutela le fuera resuelto. Es importante señalar que también participó en la convocatoria 005-2007, para Asistente de Fiscal IV, en la que ocupó el puesto 280 con 64 puntos.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, Sala Penal de Decisión, el 2 de marzo de 2010, amparó el derecho fundamental de petición del actor y, en consecuencia, ordenó a la Fiscalía General de la Nación dar respuesta a la solicitud elevada por éste. En relación con la pretensión principal: ser designado en uno de los cargos que están siendo desempeñados en provisionalidad, declaró su improcedencia.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Tutelas de la Sala de Casación Penal¹⁰, el 27 de mayo de 2010, revocó el fallo y ordenó a la Fiscalía retomar el proceso de designación de los cargos que salieron a concurso con el registro de elegibles vigente hasta su agotamiento.

1.2.6.2.1.8. Expediente T-2.667.567. Actora: Ronit Janet Caldas Rueda, Esta ciudadana participó en la convocatoria 004-2007 para Fiscal Delegado ante los Tribunales Superiores y ocupó el puesto 107 con 74 puntos. Afirma que a nivel nacional la institución tiene más de 100 cargos de esa misma naturaleza, razón por la que dice tener derecho a ser nombrada en una de las plazas que están siendo desempeñadas por personas en provisionalidad.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, el 2 de marzo de 2010, denegó el amparo solicitado por cuanto la solicitante aceptó las reglas de la convocatoria y una de ellas era el número de puestos ofertados.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Tutelas de la Sala de Casación Penal¹¹, el 27 de mayo de 2010, confirmó la decisión al considerar que los

reparos contra la convocatoria, por ejemplo, el número de puestos a proveer, debían ser resueltos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. El juez de tutela no tiene competencia para variar la convocatoria que efectuó la Fiscalía General de la Nación, para el efecto, se cita la consulta que absolvió la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹².

1.2.6.2.2. Segundo grupo

1.2.6.2.2.1. Expediente T-2.700.019. Actora: Bolivia Renza Bacca. Esta ciudadana ocupaba el cargo de Fiscal Delegada ante los Jueces Municipales y Promiscuos en provisionalidad desde el 10 de febrero de 2005. Participó en una de las convocatorias pero sólo obtuvo 59 puntos sobre los 60 requeridos para pasar. El 2 de marzo de 2010, la Fiscalía General de la Nación, mediante acto administrativo, dio por terminado su nombramiento en provisionalidad, desconociendo su condición de madre cabeza de familia, hecho que considera discriminatorio y desigual, porque otros funcionarios que, como ella, no superaron el concurso, siguen vinculados a la entidad. Solicita la protección transitoria de sus derechos, mientras se surte el proceso ante la jurisdicción contencioso administrativa.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali-Sala de Decisión Constitucional-, mediante decisión del 19 de abril de 2010, negó el amparo solicitado, por considerar que tiene un mejor derecho quien ha ocupado los primeros puestos en un concurso de méritos frente a uno en provisionalidad.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Tutelas de la Sala de Casación Penal¹³, en fallo del 27 de mayo de 2010, decidió confirmar en su integridad el fallo de primera instancia.

1.2.6.2.2.2. Expediente T-2.701.934. Actor: Mauro de Jesús Ávila Tibatá. Este accionante se encontraba ocupando un cargo en provisionalidad en la Fiscalía General de la Nación y se presentó a la convocatoria 003-2007 para proveer 298 cargos de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializados y ocupó el puesto 405 con un puntaje de 65 puntos. Igualmente, participó en la convocatoria 002-2007 para Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito, en la que ocupó el puesto 855 con 66 puntos.

La entidad demandada nombró en el puesto que desempeñaba a quien aprobó el concurso y, en consecuencia, dio por terminada su vinculación con la entidad. Sin embargo, considera que la entidad ha debido remover primero a los funcionarios que no tenían ninguna opción de permanencia, bien porque no concursaron o porque no pasaron el concurso. En ese sentido, considera desconocido su derecho fundamental a la igualdad, puesto que la Fiscalía ha debido cesar la provisionalidad en estricto orden, iniciando por quienes no se presentaron al concurso, siguiendo con quienes no lo pasaron y terminando con los concursantes que se encontraban en los últimos puestos de la lista de elegibles.

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Villavicencio resolvió amparar los derechos fundamentales del demandante y ordenó su vinculación en un cargo de provisionalidad que ostente un funcionario que no haya concursado o no hubiere aprobado el concurso.

La Sala de Decisión Penal de la Corte Suprema de Justicia¹⁴, revocó el fallo y, en su lugar, negó por improcedente la acción, por no ser el medio idóneo para dar respuesta a la inconformidad del señor Ávila Tibatá.

1.2.6.2.2.3. Expediente T-2.707.718. Actor: Tomás Florentino Serrano Serrano. Este ciudadano se presentó en la convocatoria 003-2007 para el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Especializados de Pereira, ocupó el puesto 60 con un puntaje de 70 puntos, razón por la que fue designado para ocupar uno de los cargos disponibles. Igualmente, participó en la convocatoria 004-2007 para Fiscal Delegado ante Tribunal Superior, en la que ocupó el puesto 146 con 73 puntos.

Frente a este último cargo, solicitó a la Comisión Nacional de Administración de Carrera de la Fiscalía la actualización de su hoja de vida, con el fin de ser designado Fiscal Delegado ante los Tribunales. La Comisión Nacional de Administración de Carrera negó la petición aduciendo que este ciudadano ocupó el puesto 146 de los 52 que fueron convocados a concurso.

El Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, en fallo del 22 de abril de 2010, negó la tutela de los derechos fundamentales invocados.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal¹⁵, mediante providencia del 27 de mayo de 2010, amparó los derechos al debido proceso y a la igualdad en el acceso a cargos públicos del actor, previniendo a la Comisión Nacional de Administración de Carrera de la Fiscalía, para que en el término de diez (10) días, informara a todos los integrantes del registro de elegibles sobre la posibilidad de solicitar la actualización del mismo.

1.2.6.2.2.4. Expediente T-2.734.433. Actor: Reinaldo de Jesús Gómez Muñetón. Este ciudadano ingresó a la Fiscalía General en abril de 2007 en donde ocupó el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos en diversas sedes. Para el año 2009 ocupaba la Fiscalía 29 de Guayabetal. Dice haber participado en una de las convocatorias pero sólo obtuvo 51 puntos en la primera prueba eliminatoria. El 7 de abril de 2010, la Fiscalía General de la Nación dio por terminado su nombramiento en provisionalidad, desconociendo su condición de invidente en razón del desprendimiento de retina total de ambos ojos, según certificación médica que obra en el expediente¹⁶, hecho que considera discriminatorio y desigual, porque otros funcionarios que, como él, no superaron el concurso y no tienen limitaciones físicas, siguen vinculados a la entidad. Señala que con la decisión del ente investigador se desconocieron sus derechos al debido proceso, a la igualdad, al mínimo vital de él y su familia, compuesta por su esposa y tres hijos, uno de ellos con una incapacidad laboral del 69.15%, quienes dependen económicamente del accionante. En consecuencia, solicita la suspensión del acto que dio por terminada su provisionalidad y se le reintegre a un cargo igual o de mejor jerarquía al que venía ocupando.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio -Sala Civil -, mediante decisión del 28 de abril de 2010, amparó los derechos del señor Gómez Muñetón al considerar que si bien es cierto los ganadores de un concurso tienen un mejor derecho que el de los provisionales, también lo es que la administración debe tener especial cuidado con las personas que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta, tal como lo ordena el artículo 13 de la Constitución y los tratados internacionales que, por disposición del artículo 93 constitucional hacen parte del bloque de constitucionalidad. En ese sentido, encontró que la Fiscalía ordenó terminar la provisionalidad únicamente del demandante, pese a su especial condición, existiendo en la misma unidad 16 provisionales, frente a los cuales no se probó que tuvieran una condición especial para mantenerlos en la entidad con una preferencia frente al actor, pues, al parecer, tampoco aprobaron el concurso.

En consecuencia, ordenó que en el término de los cinco (5) días siguientes al fallo, la Fiscalía tenía que suspender el acto administrativo mediante el cual se desvinculó al actor, reintegrarlo y decidir que otro fiscal debía salir de la institución, siempre y cuando no estuviera en una situación de especial protección. La acción se concedió como mecanismo transitorio, mientras se acudía a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil¹⁷, en fallo del 19 de junio de 2010, decidió revocar en su integridad el fallo de primera instancia, toda vez que el accionante podía recurrir el acto de desvinculación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en donde se podía ordenar la suspensión provisional para la protección de los derechos que se dicen vulnerados. En otros términos, el señor Gómez Muñetón contaba con otros medios de defensa judicial que hacían improcedente la acción de tutela.

1.2.6.2.2.5. Expediente T-2.743.538. Actora: Gloria Nelly Delgado Castañeda. Esta ciudadana ingresó a la Fiscalía General en febrero 14 de 2002 para ocupar el cargo de Fiscal Delegada ante los Jueces Promiscuos y Municipales en Bucaramanga. Dice haber participado en una de las convocatorias pero sólo obtuvo 59 puntos en la primera prueba eliminatoria, razón por la que no aparece en el registro de elegibles. El 16 de marzo de 2010, la Fiscalía General de la Nación mediante acto administrativo, dio por terminado su nombramiento en provisionalidad, para nombrar a una persona que ganó el concurso, desconociendo no sólo su condición física y de salud, pues según se lee en la historia clínica sufrió amputación del brazo derecho y actualmente padece de síndrome del tunel carpiano izquierdo¹⁸, sino la de madre cabeza de familia y el estar a menos de un año para cumplir los requisitos para obtener la pensión, razones suficientes para solicitar la suspensión del acto que dio por terminada su provisionalidad, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y el reintegro a un cargo de igual o de mejor jerarquía al que venía ocupando, máxime cuando en la entidad permanecen vinculadas otras personas en provisionalidad que no están en las condiciones especiales en que se encuentra la solicitante.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga- Sala Civil-Familia, mediante decisión del 21 de abril de 2010, amparó los derechos a la igualdad, al trabajo y al mínimo vital de la accionante, al considerar que si bien existían otros mecanismos de defensa judicial como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para la protección de los derechos que se dicen vulnerados, la especial situación física de la doctora Delgado Castañeda imponía su protección, razón por la que le ordenó a la Fiscalía General de la Nación reubicarla en un cargo vacante acorde

con su situación laboral, siempre que no implique desmejora de sus condiciones laborales.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil¹⁹, en fallo del 24 de junio de 2010, decidió revocar en su integridad el fallo de primera instancia, toda vez que la tutelante podía recurrir el acto de desvinculación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en donde se puede ordenar la suspensión provisional del acto de desvinculación para la protección de los derechos que se dicen vulnerados. En otros términos, la accionante contaba con otros medios de defensa judicial que hacían improcedente la acción de tutela.

1.3. PRUEBAS SOLICITADAS EN SEDE DE REVISIÓN

1.3.1. Con el objeto de despejar algunos interrogantes en relación con el concurso que convocó la Fiscalía General de la Nación, el Magistrado sustanciador, por auto del 23 de septiembre de 2010, le formuló un cuestionario al Fiscal General de la Nación (e) de doce preguntas, así:

“1.1. ¿Cuál es el número total de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación? Especificar número de cargos de libre nombramiento y remoción y los de carrera; 1.2. Del número de la planta total de cargos de carrera, ¿cuál fue el criterio que se tuvo para convocar sólo una parte de ella? Explicar las razones por las cuales sólo se convocó un número específico de cargos y no la totalidad de la planta?; 1.3. ¿Con qué criterio se determinó el cargo que sería provisto mediante concurso? En otros términos, cómo se estableció cuáles eran, por ejemplo, los 52 cargos de Fiscal Delegado ante Tribunal que serían provistos; los 744 de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos y así sucesivamente con cada convocatoria. ¿Hubo una escogencia previa al concurso o ésta se hizo posterior? ¿Los concursantes y los empleados provisionales tenían conocimientos de cuáles plazas, específicamente, salían a concurso?; 1.4. ¿Existe alguna diferencia de rango, perfil o de otra clase, entre los cargos que fueron convocados a concurso y los que posteriormente fueron creados o cuya eliminación fue descartada? ¿Cuál es la situación de los Fiscales adscritos a Justicia y Paz? ¿Hubo un examen específico para atender la exigencia del sistema de responsabilidad penal juvenil?; 1.5. ¿Cuál fue el costo total de la convocatoria que se efectuó mediante el Acuerdo No. 001 de 2006?; 1.6. ¿Cuáles son los criterios que ha empleado la Fiscalía General de la Nación para asignar los cargos una vez se conformó el registro de elegible, teniendo en cuenta que se trata de una planta global a nivel nacional? ¿Los concursantes podían escoger la plaza, era esa una decisión vinculante?; 1.7. ¿Cuál fue el puntaje mínimo que impuso la entidad para pasar el concurso?; 1.8. A la fecha ¿cuántos cargos de la planta de personal de carrera ha sido provisto con fundamento en el registro de elegibles producto del Acuerdo No.001 de 2006? ¿A qué criterios ha respondido esa provisión?; 1.9. ¿Cuál es la fecha de vencimiento del registro de elegibles que se conformó para el concurso en mención?; 1.10. ¿Cuántas personas se presentaron al concurso y cuántos superaron las diferentes pruebas? ¿Es posible determinar de ese número de concursantes cuántos eran funcionarios de la entidad y que número de ellos obtuvo el puntaje mínimo para hacer parte del registro de elegibles?; 1.11. ¿Se tiene o tuvo previsto algún plan para aquellas personas que están ocupando un cargo de carrera en provisionalidad y están próximos a obtener su derecho a la pensión?; 1.12. ¿Se ha efectuado la actualización de datos a los que se refiere el artículo 24 del Acuerdo 001 de 2006? En caso afirmativo, qué variaciones ha sufrido el registro de elegibles.”

La respuesta al anterior cuestionario fue radicada en esta Corporación el 6 de octubre y a ella se hará referencia en los acápites correspondientes.

En el mismo auto, se ordenó a la Secretaría General de la Corte Constitucional, informar a todos los interesados la existencia del proceso de la referencia para que, si así lo consideraban, intervinieran en él. Para el efecto, se ordenó la publicación de un aviso en un medio de amplia circulación, para que el público en general y específicamente las personas que intervinieron en las seis (6) convocatorias, como a los empleados en provisionalidad del mencionado organismo, presentaran sus intervenciones dentro de los cinco (5) días siguientes a la publicación del respectivo aviso.

En cumplimiento de la orden anterior, se publicó en el diario “El Tiempo” del domingo 3 de octubre un aviso para que todos los interesados en el proceso de la referencia i) presentaran su intervención y ii) notificarlos de la existencia del asunto y vincularlos con la decisión que se llegare a adoptar.

Como consecuencia de la publicación se presentaron cientos de intervenciones que apoyan a uno de los dos grupos reseñados en los numerales 1.2.5.1 y 1.2.5.2.

1.3.2. El Magistrado sustanciador, por auto del 25 de octubre de 2010, le formuló otros interrogantes al Fiscal General de la Nación (e), así:

“1.1. Especificar el efecto de cada uno de los siguientes actos, Acuerdos 002 y 004 de septiembre 30 de 2008, Acuerdo 007 del 24 de noviembre de 2008, Acuerdo 032 de 30 de diciembre de 2009 y Acuerdo 001 del 19 de enero de 2010. 1.2. ¿Explicar por qué, a pesar de las variaciones que ha tenido el registro de elegibles, se afirma que su fecha de vencimiento se cuenta a partir del 24 de noviembre de 2008? 1.3. ¿ La provisión de cargos que se hizo con fundamento en la orden de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha cubierto cargos creados por el Decreto 122 de 2008 o la Ley 975 de 2005? En el evento en que la respuesta sea positiva, se pueden determinar qué plazas o cargos son esos?

La respuesta fue recibida en esta Corporación el 29 de octubre y a ella se hará referencia en el momento oportuno.

2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

2.1. COMPETENCIA

Esta Corte es competente de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, y con el Decreto 2591 de 1991, para revisar los fallos de tutela en los expedientes de la referencia y que fueron acumulados por decisiones de la Sala de Selección competente y de la Sala Plena.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

La Sala Plena debe establecer el alcance del registro de elegibles que profirió la Fiscalía General de la Nación para las seis convocatorias, de tal forma que se pueda dar respuesta a las pretensiones de los dos grupos de accionantes que fueron identificados según sus solicitudes a los diferentes jueces de tutela en otro acápite de esta providencia.

2.2.1. En el primer grupo de casos seleccionados, se hallan quienes participaron en una o dos de las seis convocatorias que abrió la Fiscalía General de la Nación en el año 2007 y aunque superaron el concurso, por el puesto que ocuparon en el registro de elegibles y que excedía el número de plazas a proveer según los términos de cada una de ellas, no fueron nombrados. Respecto a este grupo, corresponde a la Corte determinar si la Fiscalía General de la Nación vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, artículo 13; al acceso a cargos públicos, artículo 40, numeral 7; y el principio del mérito que consagra el artículo 125 de la Constitución.

2.1.2. En el segundo grupo de casos seleccionados, están quienes desempeñaban un cargo en la Fiscalía en provisionalidad y i) no participaron en ninguna de las convocatorias, o ii) participaron, pero no alcanzaron el puntaje mínimo, o iii) se encontraban en la lista de elegibles en un puesto que excedía el número de plazas convocadas, razón por la cual no fueron nombrados. Estos accionantes, que fueron desvinculados y reemplazados por personas que superaron el concurso o cobijados por una decisión judicial, consideran que tienen derecho a permanecer en sus cargos provisionalmente porque: a) tienen una condición especial que obliga a que se les brinde un trato preferente, por ejemplo, porque se hallan en situación de discapacidad; o b) la entidad ha debido formular unos criterios objetivos en virtud del principio de igualdad para seleccionar a los provisionales que serían desvinculados.

Respecto a este grupo, le corresponde a la Corte resolver dos interrogantes: i) si la Fiscalía General de la Nación vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, a la seguridad social y al debido proceso de quienes están en una situación de especial protección constitucional, al desvincularlos del cargo que ocupaban en provisionalidad, pese a su condición, cuando era posible desvincular a otros servidores en provisionalidad no sujetos a un trato preferente y ii) Determinar si la entidad demandada desconoció los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de los demás provisionales -no sujetos de especial protección- al no señalar de antemano los criterios de selección de los cargos específicos que serían provistos con personas que superaron el concurso.

2.1.3. Para resolver los anteriores problemas, la Sala determinará, i) el alcance y la obligatoriedad de las reglas del concurso que efectuó la Fiscalía General de la Nación y ii) la naturaleza, alcance y fuerza vinculante del registro de elegibles que se elaboró.

3. EL SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA, EL CONCURSO PÚBLICO DE MÉRITOS: LA OBLIGATORIEDAD DE LAS REGLAS Y SUS ALCANCES

3.1. El artículo 125 de la Constitución establece 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”²⁰. 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.”²¹

3.2. La importancia de la carrera administrativa como pilar del Estado Social de Derecho, se puso de relieve por esta Corporación en la sentencia C-588 de 2009, al declarar la inexecutable del Acto Legislativo No 01 de 2008, que suspendía por el término de tres años la vigencia del artículo 125 constitucional. En el mencionado pronunciamiento se indicó que el sistema de carrera administrativa tiene como soporte principios y fundamentos propios de la definición de Estado que se consagra en el artículo 1 constitucional, cuyo incumplimiento o inobservancia implica el desconocimiento de los fines estatales; del derecho a la igualdad y la prevalencia de derechos fundamentales de los ciudadanos, tales como el acceso a cargos públicos y el debido proceso.

Como consecuencia de lo anterior, en dicho pronunciamiento se concluyó que “la carrera administrativa es, entonces, un principio constitucional y, por lo mismo, una de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución”²², en donde la inscripción automática, sin el agotamiento de las etapas del proceso de selección, resultaba abiertamente contraria a los principios y derechos en los que se erige la Constitución de 1991.

3.3. Por tanto, si lo que inspira el sistema de carrera son el mérito y la calidad, son de suma importancia las diversas etapas que debe agotar el concurso público. En las diversas fases de éste, se busca observar y garantizar los derechos y los principios fundamentales que lo inspiran, entre otros, los generales del artículo 209 de la Constitución Política y los específicos del artículo 2 de la Ley 909 de 2004²³. La sentencia C-040 de 1995²⁴ reiterada en la SU-913 de 2009²⁵, explicó cada una de esas fases, las que por demás fueron recogidas por el legislador en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004. Así:

“1. Convocatoria. ... es la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes. (subrayas fuera de texto).

2. Reclutamiento. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso.

3. Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos.

La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad.

4. Listas de elegibles. Con los resultados de las pruebas...se elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con ésta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso.

5. Período de prueba. La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento.

“Aprobado dicho período, al obtener evaluación satisfactoria, el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el

nombramiento del empleado será declarado insubsistente”(subraya fuera de texto).

3.4. Dentro de este contexto, la convocatoria es, entonces, *“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 delimitan los parámetros que guiarán el proceso, los participantes, en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento. La Corte Constitucional ha considerado, entonces, que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de autovinculación y autocontrol porque la administración debe *“respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada”*²⁶

Es por ello que en la sentencia C-1040 de 2007²⁷, reiterada en la C-878 de 2008²⁸, se sostuvo:

“[...] el principio de transparencia de la actividad administrativa se empaña si en contravía de las legítimas expectativas del aspirante, su posición en el concurso se modifica durante su desarrollo; el principio de publicidad (art. 209 C.P.) se afecta si las reglas y condiciones pactadas del concurso se modifican sin el consentimiento de quien desde el comienzo se sujetó a ellas; los principios de moralidad e imparcialidad (ídem) de la función administrativa se desvanecen por la inevitable sospecha de que un cambio sobreviniente en las reglas de juego no podría estar motivado más que en el interés de favorecer a uno de los concursantes; el principio de confianza legítima es violentado si el aspirante no puede descansar en la convicción de que la autoridad se acogerá a las reglas que ella misma se comprometió a respetar; se vulnera el principio de la buena fe (art. 83 C.P.) si la autoridad irrespeta el pacto que suscribió con el particular al diseñar las condiciones en que habría de calificarlo; el orden justo, fin constitutivo del Estado (art. 22 C.P.), se vulnera si la autoridad desconoce el código de comportamiento implícito en las condiciones de participación del concurso, y, en fin, distintos principios de raigambre constitucional como la igualdad, la dignidad humana, el trabajo, etc., se ven comprometidos cuando la autoridad competente transforma las condiciones y requisitos de participación y calificación de un concurso de estas características. Adicionalmente, el derecho que todo ciudadano tiene al acceso a cargos públicos, consagrado en el artículo 40 constitucional, se ve vulnerado si durante el trámite de un concurso abierto, en el que debe operar el principio de transparencia, se modifican las condiciones de acceso y evaluación...”

De la misma manera, en sentencia C-588 de 2009²⁹ se afirmó categóricamente que en el desarrollo de un concurso público de méritos *“cuando se fijan en forma precisa y concreta cuáles son las condiciones que han de concurrir en los aspirantes y se establecen las pautas o procedimientos con arreglo a los cuales se han de regir los concursos, no existe posibilidad legítima alguna para desconocerlos”*.

En ese sentido, es claro que 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.”*³⁰

Es indiscutible, entonces, que las pautas del concurso son inmodificables y, en consecuencia, a las entidades no le es dado variarlas en ninguna fase del proceso, por cuanto se afectarían principios básicos de nuestra organización, como derechos fundamentales de los asociados en general y de los participantes en particular.

Sentadas las anteriores premisas, entra la Sala a analizar el caso concreto del concurso que convocó la Fiscalía General de la Nación en 2007. Para el efecto, i) se esbozarán las tesis opuestas de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado sobre la utilización del Acuerdo 007 de 2008, mediante el cual se expidió el registro definitivo de elegibles, ii) se analizará el concurso que efectuó la Fiscalía General de la Nación, su régimen jurídico y iii) se establecerá si el mencionado registro de elegibles se puede utilizar para proveer las vacantes que registra la entidad en plazas que no fueron ofertadas.

4. LA POSIBILIDAD DE UTILIZAR EL REGISTRO DE ELEGIBLES: RESPUESTAS DIVERSAS FRENTE AL MISMO INTERROGANTE Y LOS DISTINTOS INTERESES EN JUEGO EN EL CASO DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION

4.1. El interrogante sobre si era posible utilizar la lista de elegibles que conformó la Fiscalía General de la Nación para proveer cargos por fuera del número de los convocados, fue resuelto en forma diversa por los máximos tribunales de la jurisdicción ordinaria y la administrativa. El primero en su calidad de juez de tutela y el segundo, a través de su Sala de Consulta y como juez de tutela. Veamos:

4.1.1. Posición de la Corte Suprema de Justicia.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en sede de tutela, profirió cuatro decisiones de importancia en el asunto objeto de discusión.

4.1.1.1. La primera de ellas, un fallo del 4 de febrero de 2010, en el que la Sala Penal como Sala de Decisión de Tutela³¹, al estudiar el caso de una persona que estaba en el registro de elegibles, conminó al Fiscal General de la Nación para que, en un término de “*quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de la providencia, procediera a culminar la aplicación del sistema de carrera en la Fiscalía General de la Nación proveyendo los cargos a que se refieren las convocatorias 001-2007, 002-2007, 003-2007, 004-2007, 005-2007 y 006-2007 con el registro de elegibles publicado mediante acuerdo 007 del 24 de noviembre de 2008*”

Esa decisión fue objeto de una solicitud de aclaración que presentó el señor Fiscal General de la Nación en la que pidió determinar “*el alcance del referido fallo, en cuanto a los cargos que debían ser provistos con el registro definitivo de elegibles, porque con fundamento en la jurisprudencia constitucional vigente, sólo es posible llenar los cargos convocados al concurso*”.

4.1.1.2. Mediante auto del 17 de febrero de 2010, en respuesta a la solicitud de aclaración señaló “*..., en relación con el alcance de las reseñadas consideraciones expresadas en la tutela materia de aclaración, quiere ser categórica la Sala para informarle al señor Fiscal que la Corte no emitió en ese sentido orden alguna, como perfectamente puede comprobarse con la lectura de la parte resolutive del fallo. Lo allí escrito no tiene -hasta este momento- más que el carácter de obiter dicta, dado que ni la petición de amparo comportaba un alcance de tal naturaleza (porque -por ejemplo- el accionante formara parte de la lista de elegibles pero ubicado por fuera del rango de los convocados) ni la Corte podía impartir órdenes oficiosamente con esa dimensión.*” (negrilla fuera de texto)

Se entendió que la orden de la Corte Suprema de Justicia hacía referencia a que la Fiscalía General de la Nación debía proveer en su totalidad los cargos ofertados en las seis convocatorias que hizo el ente fiscal, porque después de un año y tres meses de la expedición del registro de elegibles no se habían provisto todas las plazas que salieron a concurso. Esta misma orden la había emitido la Sala Séptima de esta Corporación en la sentencia T-843 de 2009³².

4.1.1.3. En sentencia del 11 de febrero de 2010³³, se hizo un llamado a la Fiscalía General de la Nación para que en la provisión de cargos con el registro de elegibles, se proveyeran todos los cargos que estaban siendo ocupados por provisionales. En esa oportunidad, pese a que se negó el amparo, se dijo:

“...se considera oportuno hacer un llamado a la Fiscalía General de la Nación -aprovechando un punto tangencialmente tocado por la accionante- en el sentido de reiterar el pronunciamiento³⁴ de esta misma Sala referido a que si bien en las convocatorias efectuadas en su momento no se cobijó el número de cargos totales a proveer en el país, desde luego atendiendo las diversas jerarquías (fiscales locales, seccionales, especializados, etc.), ello no impide que existiendo en cambio muchos aspirantes que -por aprobar el concurso- forman parte del registro de elegibles y sin que por ahora tengan cabida en las designaciones que en carrera se están ejecutando sean una vez culminadas las primeras llamados a ocupar la totalidad de las plazas.”

“Piensa esta Célula que el concurso convocado jamás podrá concebirse como limitado o restringido al número de cargos consignados en las convocatorias, que -como todo parece indicar- no alcanza siquiera al 50% de la totalidad de los actualmente existentes, de tal modo que agotada prioritariamente la provisión de los convocados, los restantes integrantes del registro de elegibles adquirirán el derecho a que en orden de posicionamiento sean designados en carrera en el cargo para el que concursaron y aprobaron.”

“La razón del anterior planteamiento es muy clara: una convocatoria para proveer plazas en carrera, como fruto de un concurso, ha de efectuarse y/o entenderse (como en el actual que se surte en la Fiscalía) para la totalidad de cargos correspondiente a cada categoría. De valorarse este concurso en forma distinta, esto es, la restringida que se aludió antes, ello equivaldría a realizar una nueva convocatoria y un nuevo concurso para cubrir en su totalidad la planta de fiscales, lo cual -además de absurdo- comportaría un derroche de recursos, rayando en una conducta reprochable y eventualmente sancionable.

“Un ingrediente adicional: si conforme al artículo 66 de la Ley 938 de 2004, Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, el registro de elegibles tiene una vigencia de dos años, contabilizados desde luego a partir de noviembre 24 de 2008, fecha en que por el resultado del concurso fue conformado el señalado registro de elegibles, no hay duda que ese período de vigencia -al día de hoy- ya cuenta con menos de un año para tornarse ineficaz, evento que podría abortar las aspiraciones de quienes oportunamente participaron en el concurso, se sometieron a sus reglas y superaron las pruebas, adquiriendo el derecho a su designación dentro del número de vacantes nacionales a proveer.” (Subrayado fuera del texto)

Pese a estas puntuales consideraciones no se impartió una orden en concreto, sólo se dejó sentado el criterio sobre la forma como debería procederse una vez los cargos convocados fueran provistos con el registro de elegibles, para señalar que éste debía ser utilizado para proveer las plazas en provisionalidad o vacantes de la misma naturaleza de los cargos para los cuales se abrió el concurso.

4.1.1.4. Finalmente, en sentencia del 27 de mayo de 2010³⁵, se señaló que era obligación de la Fiscalía General de la Nación agotar el registro de elegibles para proveer los cargos de la misma naturaleza de los que fueron objeto de las seis convocatorias de 2007 y que estaban ocupados en provisionalidad. Sobre el particular se dijo:

“..., en el caso de la Fiscalía, no puede perderse el esfuerzo que la administración ha empleado para sacar adelante el concurso de méritos, los recursos económicos empleados así como el talento humano que se ha desplegado, para ahora sencillamente considerar que el proceso finiquita con la provisión de los 4697 cargos convocados, pues ello igualmente desconocería los principios de la función pública contenidos en el artículo 209 de la Carta.

“Ahora, no resulta válido afirmar que con la tesis de esta Corte (vale decir la obligación de proveer con el residual registro de elegibles las vacantes existentes que superen el número de las convocadas) se quebranta el debido proceso -como se anunciaba folios atrás- pues se irrespetarían así las reglas del concurso. NO! Al contrario, fue justamente esta Sala de Tutelas la que -de alguna manera- obligó a la Fiscalía a que cumpliera su deber de proveer la totalidad de cargos convocados (4.697), cumpliéndose tal orden a 19 de abril de 2010, con lo cual, NINGUNO de los aspirantes que clasificaron en el concurso dentro de aquel rango puede decir hoy que se violó derecho alguno, así como puede también hoy en día la Fiscalía pregonar que a cabalidad cumplió (aún en la forma conocida) con la convocatoria y el concurso.

“El problema ahora planteado es otro, y casi podría limitarse al cumplimiento del artículo 66 del Estatuto que rige el concurso, ya transcrito antes, de tal modo que con el residual registro de elegibles, mientras perdure su vida jurídica -que es de dos años- deben proveerse las vacantes que se presenten durante su vigencia, como paladinamente lo precisa el reseñado dispositivo legal, vale decir para cargos de fiscal local los 1530, seccional 1607, especializados 399, delegado ante Tribunal 144 que queden vacantes, esto es, aún en provisionalidad, hasta proveer todas estas plazas o hasta el agotamiento del registro, según lo que se cumpla primero. En ello -sustancialmente- radica la discrepancia de esta Sala con el concepto (además no vinculante) del Consejo de Estado, al que también ya se hizo referencia.” (Subrayas y negrilla fuera de texto).³⁶

4.1.2. Posición del Consejo de Estado.

El Consejo de Estado, en relación con el punto en controversia, emitió dos pronunciamientos, el primero, con ocasión de una consulta que le fue elevada por el Gobierno Nacional y, el segundo, como juez de tutela. Veamos:

4.1.1.1. La Sala de Consulta y Servicio Civil³⁷, con fundamento en una solicitud que elevó el Ministro del Interior y de Justicia por petición expresa del Fiscal General de la Nación (e), contestó el siguiente interrogante: ¿entraña la convocatoria una regla del concurso de carácter vinculante para la entidad convocante y los aspirantes, de manera que la Fiscalía General de la Nación sólo puede proveer los 4697 cargos ofertados?

Después de un análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional relativa a la carrera administrativa y al concurso público, la Sala de Consulta señaló que la convocatoria es la regla del concurso que es inmodificable. En consecuencia, señaló que:

"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 termino de 2 años o hasta que se agote el registro de elegibles de la convocatoria realizada, no se podrán realizar procesos de selección para proveer los cargos para los cuales se conformó la lista".

Para concluir lo siguiente:

"...si como lo señala en la consulta, en la Fiscalía General de la Nación existen cargos de la planta de personal que pertenecen al sistema de carrera de esa entidad, los cuales están vacantes o no han sido provistos por ese sistema, lo pertinente sería realizar las convocatorias correspondientes con el lleno de los requisitos constitucionales señalados en este concepto, así como las reglas aplicables de la Ley 938 de 2004."

"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 4697 cargos convocados"³⁸(negrilla fuera de texto).

4.1.1.2. Con fundamento en la anterior tesis, la Sección Segunda, Sub sección A del Consejo de Estado, como juez de tutela, protegió los derechos de algunos funcionarios y empleados en provisionalidad que sostenían que no podían ser retirados de sus cargos hasta tanto no se convocara a un nuevo concurso para proveer el número de plazas que no hizo parte de las seis convocatorias de 2007. En criterio de dicha Sala, los cargos que no salieron a concurso no podían ser provistos con el registro de elegibles vigente. Al respecto se dijo:

"En el asunto objeto de estudio, los cargos que se tenían que proveer mediante concurso eran 52 Delegados ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial y ante la existencia de otras vacantes en dichos cargos, la entidad no podía extender los alcances de la Convocatoria 004-2007"

"Con el registro de elegibles se termina el concurso de méritos el cual estaba restringido a la normas reguladoras y obligatorias que contienen las convocatorias 01 a 06 de 2007, las cuales limitan el número y los cargos en ella determinados, pues es a partir del registro que se procede a efectuar la provisión de las vacantes para las que se realizó el concurso, es decir, si de esos 52 cargos provistos mediante concurso se originan vacantes, se debe recurrir al registro de elegibles constituido para proveer las mismas.

"Al haberse efectuado por parte de la entidad demandada los 52 nombramientos de Fiscales Delegados ante el Tribunal Superior que fueron objeto de la convocatoria No.004-2007, se agotó el concurso y por esa razón no podía la entidad designar otras personas incluidas en el registro de elegibles para proveer los cargos que se encontraban vacantes en la entidad, pues el concurso se había agotado y el registro sólo podía suplir las vacantes de los 52 cargos que fueron materia de convocatoria.

"Lo anterior significa que respecto de los demás cargos no existe concurso y por esa razón es que la entidad debía designar sólo a los registrados que se encontraban en los primeros lugares hasta completar las 52 vacantes materia de la convocatoria."

"En consecuencia, se confirmará la decisión del Tribunal que amparó el derecho al trabajo del actor, ordenó al Fiscal General de la Nación abstenerse de proveer el cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior del Florencia con personas que ingresaron al registro de elegibles conformado en virtud de la Convocatoria No. 004-2007, hasta tanto se surta un nuevo concurso o se presenten circunstancias que ameriten su remoción por cualquier otra causa y levantó la medida provisional decretada en auto de 11 de junio de 2010, consistente en prorrogar el término con el que contaba el actor para aceptar la designación como Fiscal Seccional hasta que se profiriera pronunciamiento."³⁹

4.2. LOS DISTINTOS INTERESES EN JUEGO

La forma disímil como se resolvió el problema planteado por los jueces de tutela, generó una enorme incertidumbre en la Fiscalía General de la Nación, en relación con la forma como debía entenderse agotado el registro de elegibles contenido en el Acuerdo 007 de 2008. Cada uno de los interesados en este conflicto sustentó una tesis diversa sobre su solución.

4.2.1. La Fiscalía General de la Nación consideró que el registro de elegibles que se conformó para las seis convocatorias del 2007, sólo podía ser utilizado para proveer el número de cargos ofertados en cada una de ella y para dar respuesta a las posibles eventualidades que, en vigencia de la lista y en relación con dichos cargos, se pudieran presentar, v.gr. una vacancia⁴⁰. En ese orden, las plazas ocupadas por provisionales debían salir a concurso y por ende, el registro de elegibles que se conformó mediante el Acuerdo 07 de 2008 no era utilizable. Esta postura encontró sustento en la tesis del Consejo de Estado ya esbozada.

4.2.2. El grupo de personas que conformaron el registro de elegibles, sostuvieron que tenían el derecho a ocupar uno de los cargos de carrera existentes en la entidad porque concursaron y pasaron las diversas pruebas, lo que los facultaba a ser nombrados en las plazas vacantes y las ocupadas por personas en provisionalidad, pues ese derecho se derivada de la lista de elegibles. Así lo evidencian las múltiples intervenciones que se presentaron en el transcurso de los cinco días dispuestos para que cualquier persona participara en el proceso de la referencia⁴¹. Los derechos e intereses de este grupo de personas resultaba protegido por el planteamiento de la Sala de Decisión de Tutelas de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

4.2.3. El grupo de funcionarios y empleados en provisionalidad señalaron que tenían el derecho a permanecer en los cargos de carrera que ocupaban, hasta tanto la entidad no convocara a un nuevo concurso. En el transcurso del término que se dio para presentar intervenciones se presentaron múltiples solicitudes en este sentido⁴². Los intereses de este conjunto de funcionarios y empleados, resultaba favorecido con la tesis del Consejo de Estado.

Por tanto, es preciso analizar cada una de las convocatorias que efectuó la Fiscalía General de la Nación en el año 2007, para determinar si se i) imponía la utilización del registro de elegibles que se conformó mediante el Acuerdo 007 de 2008, como lo señaló la Corte Suprema de Justicia o ii) requería convocar a nuevo concurso como lo sostuvo el Consejo de Estado. La respuesta positiva o negativa a estos cuestionamientos dependerá sin lugar a dudas de las reglas específicas de cada una de las seis convocatorias que efectuó el ente fiscal.

5. EL CONCURSO PÚBLICO EN LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN: TRÁNSITOS NORMATIVOS. EL CONCURSO DEL 2007.

5.1. La Fiscalía General de la Nación en el año 2007 efectuó seis (6) convocatorias⁴³ para ocupar diferentes cargos de carrera en la entidad, así:

5.1.1. Convocatoria 001-2007 para proveer los cargos de Fiscal delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos. Número: 744. Ubicación: Nivel nacional.

5.1.2. Convocatoria 002-2007 para proveer los cargos de Fiscal delegado ante Jueces del Circuito. Número: 732. Ubicación: Nivel nacional.

5.1.3. Convocatoria 003-2007 para proveer los cargos de Fiscal delegado ante Jueces Penales del Circuito Especializado. Número: 298. Ubicación: Nivel nacional.

5.1.4. Convocatoria 004-2007 para proveer los cargos de Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito. Número: 52. Ubicación: Nivel nacional.

5.1.5. Convocatoria 005-2007 para proveer los cargos de Asistente de Fiscal I; II; III; IV. Número: Asistente de Fiscal I - 610 cargos. Asistente de Fiscal II - 819 cargos. Asistente de Fiscal III - 530 cargos. Asistente de Fiscal IV - 288 cargos. Ubicación: Nivel nacional.

5.1.6. Convocatoria 006-2007 para proveer los cargos de Asistente judicial IV. Número de cargos: 684. Ubicación: Nivel nacional.

En total fueron 4697 las plazas que salieron a concurso. Sin embargo, para esa fecha, el número total de cargos de carrera de la misma naturaleza y perfil de los convocados ascendían a 9498, número en el que un grupo de los accionantes fundan su solicitud de ser nombrados, dado que existe la disponibilidad para tal objetivo.

¿Cuáles fueron las razones que tuvo el ente fiscal para no convocar a concurso todos los cargos de carrera de la misma naturaleza que había en la entidad? La respuesta a este interrogante se encuentra en el tránsito normativo al que estuvo sujeta la entidad entre los años 2004 y 2008.

5.2. El tránsito normativo

Entre los años 2004 y 2008, la Fiscalía General de la Nación sufrió una serie de modificaciones normativas que, entre otras, afectó la planta global de personal de la entidad. Esos cambios se pueden resumir de la siguiente manera:

5.2.1. La Ley 938 de 2004. El artículo 1 transitorio de la Ley 938 de 2004, estableció que *con el objeto de dar cumplimiento a la implementación gradual del sistema penal acusatorio, previsto en el Acto Legislativo 03 de 2002 y en el Código de Procedimiento Penal, la planta de cargos para la Fiscalía General de la Nación debía ir transformándose gradualmente en la forma que lo estableció el legislador. En términos generales, se consideró que la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio imponía una disminución de la estructura orgánica de la entidad.*

Para los cargos objeto de las convocatorias, el mencionado artículo señaló el siguiente número por año.

	2005	2006	2007	2008	2009
Fiscal Delegado ante Tribunal Superior	144	144	144	144	83
Fiscal Delegado ante Jueces Especializados	322	322	322	322	302
Fiscal Delegado ante Jueces municipales y promiscuos	1566	1427	1257	990	880
Fiscal Delegado ante Jueces del Circuito	1608	1464	1318	1151	1042
Asistente de Fiscal I	1257	1137	977	754	663
Asistente de Fiscal II	1981	1812	1665	1511	1302
Asistente de Fiscal III	766	766	766	754	754
Asistente de Fiscal IV	396	396	396	372	372
Asistente Judicial IV	1488	1488	1488	1488	1388

(Cuadro 1)

5.2.2. La ley 975 de 2005. El 25 de julio de 2005, se expide esta ley con el objeto de *“facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”*. Para el logro de ese objetivo, el legislador ve la necesidad de ampliar la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, razón por la que en el artículo 33 señaló lo siguiente:

“Adicionar a la planta de cargos de la Fiscalía General de la Nación, para el año 2005 establecida en el artículo transitorio 1 de la Ley 938 de 2004, los siguientes cargos:

150 Investigador Criminalístico VII

15 Secretario IV

15 Asistente Judicial IV

20 Conductor III

40 Escolta III

15 Asistente de Investigación Criminalística IV

20 Asistente de Fiscal II.

"Parágrafo: La Fiscalía General de la Nación destacará de su planta de personal, para conformar la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, los siguientes cargos: 20 Fiscal Delegado ante Tribunal" (negrilla fuera de texto) (Los cargos en negrilla son los que fueron objeto de las convocatorias objeto de este pronunciamiento).

5.2.3. Ley 1024 de 2006. El 20 de mayo de 2006, se expidió la Ley 1024 que en su artículo 7 señaló que a partir de la fecha de su promulgación, la Fiscalía General de la Nación tendría la misma planta de personal vigente para el año 2005, adicionada con los cargos creados por la Ley 975 de 2005. En consecuencia, se ordenó la suspensión por el término de cinco años del artículo 78 y los transitorios 1º. y 2º. de la Ley 938 de 2004.

Este mismo artículo contempló que vencido el término de suspensión, la adecuación de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación se haría en forma gradual, de conformidad con las plantas previstas en el artículo transitorio 1o de la Ley 938 de 2004, hasta llegar a la planta contemplada en el artículo 78 de la misma ley. En otras palabras, la reducción de la planta de personal del ente fiscal empezaría a operar desde el año 2011 hasta concluir en el 2016.

5.2.4. Decreto 122 de 2008. El Presidente de la República dictó el Decreto 122 del 18 de enero de 2008⁴⁴, mediante el cual modificó la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y creó nuevos cargos, unos de carácter permanente y otros de carácter transitorio. En relación con los cargos que salieron a concurso en el año 2007, este decreto creó nuevas plazas, así:

5.2.4.1. Cargos de carácter permanente.

Fiscal Delegado ante Tribunal Superior	5
Fiscal Delegado ante Jueces Especializados	77
Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos	33
Fiscal Delegado ante Jueces del Circuito	55
Asistente de Fiscal I	100
Asistente de Fiscal II	55
Asistente de Fiscal III	3
Asistente de Fiscal IV	0
Asistente Judicial IV	2
(Cuadro 2)	

Igualmente, señaló que a partir de la vigencia fiscal 2009 deberían crearse más cargos, razón por la que en el artículo 2 se señalaron dos plazos de implementación: el primero, el 1º de abril de 2009, fecha en la que se crearían, en relación con las convocatorias, las siguientes plazas.

Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos	23
Fiscal Delegado ante Jueces del Circuito	31
(Cuadro 3)	

El segundo, para el 1º de octubre de 2009, fecha en la que se crearían, en relación con las convocatorias, los siguientes cargos.

Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos	13
Fiscal Delegado ante Jueces del Circuito	17
Asistente de Fiscal I	30
(Cuadro 4)	

5.2.4.2. Cargos de carácter transitorio.

Para atender las necesidades de la Ley de Justicia y Paz, en el artículo 3 del decreto en mención se crearon 753 plazas. En relación con los empleos convocados en el año 2007, se crearon los siguientes:

Fiscal Delegado ante Tribunal Superior	39
Fiscal Delegado ante Jueces Especializados	32
Fiscal Delegado ante Jueces del Circuito	93
Asistente de Fiscal II	82
(Cuadro 5)	

Así mismo, en el artículo 5 se derogó expresamente el artículo 78 de la Ley 938 de 2004 y parcialmente el artículo transitorio en cuanto a la disminución gradual de la planta para los años 2006, 2007 y 2008, y el artículo 7 de la Ley 1024 de 2006. Como consecuencia de estas derogatorias, la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación quedó como estaba en 2005 y aumentada con los nuevos cargos que creó tanto la Ley 975 de 2005 como el Decreto 122 de 2008.

Las distintas normas expuestas dieron lugar a que la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación pasará de 18.200 funcionarios y empleados para el año 2005 a una de 20.822 para el año 2009.

El anterior recuento normativo explica por qué en el año 2007 cuando la Fiscalía General de la Nación abrió las 6 convocatorias que dieron origen a la discusión que ahora ocupa la atención de la Sala, no sacó a concurso todas las plazas que tenía disponibles, pues tenía como referente la planta de personal que el legislador tenía prevista para el año 2009⁴⁵ que era menor a la que presentaba la entidad para el momento de las convocatorias de 2007.

Por tanto, para la Corte es claro que hubo una razón objetiva y razonable para que el número de cargos convocados en 2007 fuera inferior al que para la fecha de las convocatorias tenía la Fiscalía, toda vez que no resultaba lógico convocar a concurso un número de cargos mayor, cuando al término de éste muchas de esas plazas iban a estar suprimidas por una decisión legítima del legislador. Lo contrario hubiera implicado una vulneración, entre otros, de los principios de la buena fe y la confianza legítima de los concursantes y posibles nombrados, que una vez nombrados se verían avocados a la supresión de la plaza correspondiente.

Entendido por qué el número de cargos ofertados en el año 2007 fue menor a la planta que actualmente posee la Fiscalía General de la Nación, le corresponde a la Sala determinar si ¿era posible utilizar el registro de elegibles que se conformó en el 2008 para proveer aquellos empleos que, por decisión del legislador, no fueron eliminados o suprimidos y, por tanto, ocupados por servidores en provisionalidad?

6. LA LISTA DE ELEGIBLES SU NATURALEZA Y RAZÓN DE SER

6.1. La lista o registro de elegibles es un acto administrativo de carácter particular que tiene por finalidad establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración. Junto con la etapa de la convocatoria, es una fase hito y concluyente del sistema de nombramiento por vía del concurso público, dado que a través de su conformación, la entidad pública con fundamento en los resultados de las distintas fases de selección, organiza en estricto orden de mérito el nombre de las personas que deben ser designadas en las plazas ofertadas en la convocatoria, observando para ello, las precisas reglas fijadas en ésta.

6.2. Este acto tiene una vocación transitoria toda vez que tiene una vigencia específica en el tiempo. Esta vocación temporal tiene dos objetivos fundamentales. El primero, hace referencia a la obligatoriedad del registro de elegibles, porque durante su vigencia la administración debe hacer uso de él para llenar las vacantes que originaron el llamamiento a concurso. El segundo, que mientras esté vigente ese acto, la entidad correspondiente no podrá realizar concurso para proveer las plazas a las que él se refiere, hasta tanto no se agoten las vacantes que fueron ofertadas, de forma que se satisfagan no solo los derechos subjetivos de quienes hacen parte de este acto administrativo sino principios esenciales de la organización estatal como el mérito para ocupar cargos públicos y los específicos del artículo 209 constitucional.

6.3. Con la conformación de la lista o registro de elegibles se materializa el principio del mérito del artículo 125 de la Constitución, en la medida en que con él, la administración debe proveer los cargos de carrera que se encuentren vacantes o los que están ocupados en provisionalidad debidamente ofertados. En términos generales, debemos decirlo, el Estado convoca a un concurso público porque tiene plazas vacantes u ocupadas en provisionalidad que deben ser provistas mediante el sistema de concurso público, pues, tal como lo señaló esta Corporación en la sentencia T-455 de 2000 *“Se entiende que cuando una entidad pública efectúa una convocatoria para proveer un empleo de carrera administrativa, es porque indudablemente existe el cargo (pues) carece de toda razonabilidad someter a un particular interesado en el mismo a las pruebas, exámenes y entrevistas que pueden resultar tensionantes para la mayoría de las personas, sin que el proceso adelantado y sus resultados se traduzcan en el efectivo nombramiento. En consecuencia, una vez que se han publicado los resultados, es perentorio que la entidad que ha convocado al concurso entre a proveer el cargo respectivo”*.

Así, cuando hay un registro de elegibles vigente y se presenta una vacante en el cargo objeto del concurso, la administración debe nombrar para ocuparla a quien se encuentre en el primer lugar de ese acto y a los que se encuentren en estricto orden descendente, si se ofertó más de una plaza y se presenta la necesidad de su provisión, pues ello garantiza no solo la continuidad en la función y su prestación efectiva, sino el respeto por los derechos fundamentales de quienes participaron en el respectivo concurso y superaron sus exigencias.

6.4. En consecuencia, la obligación del Estado en cumplimiento del artículo 125 constitucional es convocar a concurso público cuando se presenten vacantes en los cargos de carrera, con el objeto de cumplir la regla de la provisión por la vía del mérito y los principios que rigen la función pública, artículo 209 de la Constitución, específicamente los de igualdad, eficacia, economía, celeridad e imparcialidad, en donde la lista de elegibles producto de ese concurso tiene una vigencia en el tiempo que, por regla general, es de dos años, para que en el evento de vacantes en la entidad y en relación con los cargos específicamente convocados y no otros, se puedan proveer de forma inmediata sin necesidad de recurrir a nombramientos excepcionales como lo son el encargo o la provisionalidad.

La conformación de la lista de elegibles, así entendida, genera para quienes hacen parte de ella, un derecho de carácter subjetivo, que consiste en ser nombradas en el cargo para el que concursó, cuando el mismo quede vacante o esté desempeñando por un funcionario o empleado en encargo o provisionalidad. En ese sentido, la consolidación de este derecho *“se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer”*⁴⁶.

Es importante señalar, entonces, que la lista o registro de elegibles tiene dos cometidos, el primero, que se provean las vacantes, los encargos o las provisionalidades para las cuales se convocó el respectivo concurso y no para otros, porque ello implicaría el desconocimiento de una de las reglas específicas de aquel: el de las plazas a proveer. El segundo, que durante su vigencia, la administración haga uso de ese acto administrativo para ocupar sólo las vacantes que se presenten en los cargos objeto de la convocatoria y no otros. Por tanto, no se puede afirmar que existe desconocimiento de derechos fundamentales ni de principios constitucionales cuando la autoridad correspondiente se abstiene de proveer con dicho acto empleos no ofertados.

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

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

Fuerza concluir, entonces, que el uso del registro o lista de elegibles se impone sólo para proveer las vacantes y los cargos en provisionalidad que registre la entidad durante su vigencia, siempre y cuando se trate de las plazas ofertadas en el respectivo concurso.

6.5. Es importante señalar que lo expresado hasta aquí no contradice ni desconoce lo expuesto en la sentencia C-319 de 2010⁴⁷ sobre el *deber* de la administración de hacer uso del registro de elegibles cuando existan vacantes de la misma identidad de los cargos convocados, por cuanto en dicho fallo se analizó una norma especial que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, creó para la Defensoría del Pueblo, entidad con un régimen especial de carrera. Es cierto que la Fiscalía General de la Nación también tiene un régimen especial de carrera, frente a la cual el legislador no consagró una norma igual o similar a la que fue analizada en esa oportunidad por esta Sala, razón por la que no se puede afirmar que nos encontremos ante supuestos de hecho iguales que exijan el mismo tratamiento jurídico.

Lo anterior significa que es potestad del legislador señalar en la ley general de carrera o en las leyes de carrera especial que con el registro de elegibles se pueden proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos. Facultad que también puede ostentar la entidad convocante, quien en las reglas que regirán el concurso puede señalar expresamente que la lista que se configure servirá para proveer las vacantes que se lleguen a presentar en vigencia de la lista para empleos de la misma naturaleza y perfil. La introducción de este criterio es una pauta de obligatoria observancia para la administración, que le permitirá, en el término de vigencia del registro de elegibles que se llegue a conformar, proveer las vacantes que se lleguen a presentar, por cuanto expresamente habilitó el uso de ese acto administrativo para tal efecto.

6.6. Lo expuesto en precedencia implica que la respuesta obligada de esta Corporación al interrogante planteado en el aparte final del anterior acápite sobre si era posible utilizar el registro de elegibles que se conformó en el 2008 para proveer aquellos empleos que, por decisión del legislador, no fueron eliminados o suprimidos y, por tanto, ocupados por servidores en provisionalidad en la Fiscalía General de la Nación no puede ser otra que señalar que las plazas que no fueron suprimidas por decisión del legislador extraordinario, Decreto 122 de 2008, no podían ser provistas con la lista de elegibles que se conformó mediante el Acuerdo 007 de 2008 y los actos administrativos subsiguientes, porque ello implicaría el desconocimiento de una de las reglas que gobernaban las convocatorias: la relativa al número de cargos a proveer, máxime cuando ni el legislador al regular el régimen de carrera de la Fiscalía ni la entidad, al momento de establecer las pautas del concurso, previó que el registro de elegibles que se llegaré a conformar debería utilizarse para proveer las vacantes que se presentaren en su vigencia en empleos de la misma naturaleza y perfil de los ofertados.

Por tanto, la Sala no duda en afirmar que la Fiscalía General de la Nación estaba obligada a proveer única y exclusivamente el número de cargos ofertados en cada una de las seis convocatorias que efectuó en 2007, porque: i) la decisión inicial del legislador de eliminar plazas determinó el número de las que se podían ofertar; ii) la cantidad de empleos a proveer con el concurso era una regla específica que no se podía inobservar iii) ni el legislador ni la entidad previeron expresamente que el registro de elegibles debería ser utilizado para ocupar empleos por fuera del número de los convocados.

Sobre este particular, vale la pena señalar que el artículo 66 de la Ley 938 de 2004, en relación con el registro de elegibles señaló que con él se llenarían los cargos a proveer y las vacantes que se presenten durante su vigencia, pero no estipuló la posibilidad de su utilización para empleos no ofertados, como sí se previó para el caso de la Defensoría del Pueblo.

En consecuencia, se le imponía a la Fiscalía General de la Nación cumplir estrictamente con los términos de las convocatorias y, en cumplimiento de la regla constitucional del artículo 125, le correspondía llamar a un nuevo concurso para llenar todas aquellas plazas que por decisión del legislador extraordinario no fueron suprimidas como aquellas que posteriormente se crearon.

6.7. Esta conclusión se ajusta a los precedentes jurisprudenciales reseñados en otros apartes de esta providencia, en el sentido según el cual las reglas del concurso son obligatorias tanto para la administración como para los administrados-concursantes, en donde admitir la utilización del registro de elegibles para proveer un número mayor de empleos a los que fueron ofertados, quebrantaría una de las normas que lo regían. En ese sentido, no duda la Sala en afirmar que los concursantes tenían pleno conocimiento del número de plazas a proveer y, en consecuencia, no podían alegar derecho alguno a ser designados en las plazas no ofertadas. precisamente porque ellas no hicieron parte de la convocatoria.

En consecuencia, una vez la Fiscalía General de la Nación proveyó los cargos objeto de concurso con el registro de elegibles, Acuerdo 007 de

2008 y sus actos aclaratorios, ese acto administrativo cumplió su razón de ser y por ende se agotó. Su uso sólo era posible si se hubiese presentado una situación administrativa en relación con los empleos ofertados, que hiciera necesaria su activación, por ejemplo, la vacancia por renuncia, muerte, edad de retiro forzoso, sanción disciplinaria o penal, así como la no aceptación del empleo ni la posesión en los términos legales.

Así las cosas, a aquellos concursantes que estaban en el registro de elegibles por fuera del rango de los cargos ofertados sólo les asistía una expectativa legítima a ser nombrados en el evento de una vacante en esas plazas, siempre y cuando la lista estuviera vigente.

6.8. Por tanto, la respuesta a la pregunta de si era posible la utilización del registro de elegibles en la Fiscalía General de la Nación para un número mayor de plazas de las que fueron convocadas no puede ser sino una: No. Porque la lista de elegibles sólo tiene la vocación de servir para la provisión de los empleos objeto de la convocatoria, en donde el número de éstos es una regla de forzosa observancia, excepción hecha de los casos en que el legislador o la entidad convocante, expresamente incluyan una cláusula que admita su utilización para un número mayor de plazas ofertadas en el evento de vacantes en su vigencia.

La utilización de la lista o registro de elegible desconociendo esta regla, implicaría una modificación e inobservancia de las pautas de las diversas convocatorias, hecho que la Sala no puede aceptar, porque se vulnerarían, entre otros, los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y el mandato del artículo 125 constitucional.

En ese sentido, se debe señalar que en el caso de la Fiscalía General de la Nación, las personas que ingresaron al registro de elegibles por virtud de los Acuerdos 007 de 2008, 02 de 30 de diciembre de 2009 y 01 del 19 de enero de 2010, tenían el derecho a ser nombrada en período de prueba si se encontraban en el rango de las plazas convocadas, hasta el 24 de noviembre de 2010, fecha en que perdió fuerza ejecutoria dicho acto administrativo.

En ese orden de ideas, la Sala concluye que los tutelantes del primer grupo no tenían el derecho a ser nombrados en propiedad en la Fiscalía General de la Nación y, por tanto, sus derechos fundamentales no fueron vulnerados cuando en el ente fiscal se negó a vincularlos en la carrera de la entidad.

7. DE LAS ÓRDENES Y SUS EFECTOS

7.1. Las anteriores precisiones imponen a esta Corporación REVOCAR la decisión que emitió la Sala de Decisión de Tutelas de la Penal de la Corte Suprema de Justicia en mayo 27 de 2010, en el sentido de ordenar a la Fiscalía General de la Nación agotar el registro de elegibles, Acuerdo 007 de 2008, para proveer todos los cargos vacantes o en provisionalidad a los que hacían referencia las convocatorias 001 a 006 de 2007, por cuanto dicho mandato implicó el desconocimiento de una de sus reglas: *el número de plazas a proveer*.

7.2. La interpretación que hizo la mencionada Sala de Decisión de Tutelas, generó que personas que no alcanzaron el rango de los puestos ofertados, es decir, que no cumplieron uno de los requisitos del concurso, estén ocupando un cargo en propiedad pese a que su designación se hizo desconociendo una de sus reglas.

La revocatoria de la decisión de la Sala de Decisión de Tutelas de la Corte Suprema de Justicia, impone a esta Corporación señalar una medida expresa frente a esos nombramientos, porque la consecuencia lógica es que las personas nombradas en las plazas que no fueron ofertadas carezcan de un título legítimo para aducir derechos propios de la carrera, tales como la permanencia, la estabilidad, el ascenso, etc.

Por tanto, se impone precisar que los concursantes que fueron nombrados con fundamento en la orden que profirió la Sala de Decisión de Tutelas de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, no pueden alegar un derecho adquirido a permanecer en la carrera de la Fiscalía General de la Nación, por cuanto su acceso tuvo como sustento la decisión judicial que ahora se revoca y que, en consecuencia, hace que las medidas que se basaron en ella queden sin soporte jurídico, razón por la que la Sala debe ordenar a la Fiscal General de la Nación que todos los servidores designados en la entidad con fundamento o como consecuencia de la orden de tutela que se deja sin efecto, permanezcan en los cargos en los que fueron nombrados pero bajo el entendido de que su vinculación es de carácter provisional y no de carrera, puesto que el puesto que

ocuparon en la lista de elegibles no les daba el derecho a acceder a ella, por cuanto la lista de elegibles se agotó cuando los cargos ofertados fueron provistos.

La decisión de mantener la vinculación de las personas que fueron designadas con fundamento en el fallo que esta Sala revocará, pero con un carácter provisional, busca garantizar el principio de confianza legítima que a ellos les asiste, pues la Corte Constitucional no pudo alterar súbitamente su situación jurídica permitiendo que el ente fiscal los desvincule de la institución por no estar amparados en el régimen de carrera⁴⁸. Se impone, entonces, en aplicación de dicho principio, que las personas designadas en los cargos de carrera sin derecho a ello, se mantengan en dichas plazas pero como servidores en provisionalidad.

Es importante señalar, igualmente, que la Fiscal General de la Nación o quien haga sus veces, no podrá desvincular a estos provisionales ni a ningún otro sin cumplir previamente el requisito de la motivación expresa del acto, tal como lo viene exigiendo la jurisprudencia constitucional desde hace más de doce años, la cual se encuentra resumida en la sentencia SU-917 de 2010.

7.3. Los efectos *inter comunis*

La Fiscalía General de la Nación en cumplimiento de la orden de tutela que por esta providencia quedará sin efectos y de otras que con fundamento en ella dictaron otros jueces de tutela, produjo un sin número de nombramientos pese al agotamiento del registro de elegibles, nombramientos cuyo número se resume en el siguiente cuadro:

	Planta 2005	Cargos a Proveer	Cargos Provistos
Fiscal Delegado ante Tribunal Superior	144	98	95
Fiscal Delegado ante Jueces Especializados	322	318	441
Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos.	1566	1466	1040
Fiscal Delegado ante Jueces del Circuito	1608	1280	1030
Asistente de Fiscal I	1257	1379	812
Asistente de Fiscal II	1981	1609	1060
Asistente de Fiscal III	766	588	646*
Asistente de Fiscal IV	396	312	353*
Asistente Judicial IV	1488	1052	737
Totales	9528	8102	6214

(Cuadro 6)

Teniendo en cuenta los efectos de la decisión que se adoptará y el número de nombramientos efectuados, la presente sentencia tendrá efectos *inter comunis*⁴⁹, toda vez que debe cobijar no solo a quienes interpusieron las tutelas cuya decisión ahora se revoca, sino a todos aquellos que se encuentren en situaciones jurídicas análogas a las que dieron origen a este fallo, como una forma de proteger el derecho a la igualdad. En ese sentido, todas las personas nombradas en la Fiscalía General de la Nación con desconocimiento de la regla del concurso relativa al número de cargos a proveer, quedarán obligadas por esta decisión y no podrán alegar los derechos propios de la carrera de la Fiscalía.

8. LA REALIZACIÓN DE NUEVOS CONCURSOS EN LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN

8.1. Teniendo en cuenta lo expuesto en numerales anteriores, en el sentido de que la Fiscalía General de la Nación debe convocar a nuevos concursos para satisfacer los requerimientos específicos que el legislador le ha impuesto y teniendo en cuenta que su planta de personal ha ido en aumento, pues de 18.200 cargos de carrera que tenía en el año 2005 pasó a 20.659, de los cuales un alto porcentaje todavía están ocupados por empleados en provisionalidad, se requiere que, de forma inmediata, la Fiscal General de la Nación ordene el estudio de perfiles para que, en un término máximo de seis (6), a partir de la notificación de este fallo, inicie los trámites para convocar el concurso o concursos públicos necesarios para proveer todos y cada uno de los cargos de carrera que en la actualidad son ejercidos en provisionalidad y los que se encuentren vacantes, incluidos los cargos permanentes y transitorios creados por la Ley 975 de 2005 y el Decreto 122 de 2008. Lo anterior significa que todos y cada uno de los cargos de carrera de la Fiscalía General de la Nación deben quedar provistos mediante el sistema de concurso público en un término no mayor a los dos (2) años, contados a partir de la notificación de este fallo.

Esta es la tercera orden que la Sala Plena de esta Corporación emite en ese sentido. La última orden fue en la sentencia C-279 de 2007, en la

que se estableció que la Fiscalía General de la Nación tenía que implementar definitivamente el sistema de carrera en toda la entidad. En esa oportunidad, se fijó el plazo del 31 de diciembre de 2008 para culminar el proceso de vinculación mediante concursos públicos de mérito, fecha que se incumplió porque pese a las convocatorias de 2007 y otras de 2008, que no fueron objeto de esta tutela, son numerosos los empleos de carrera que siguen ocupados en provisionalidad y sin una convocatoria a concurso.

Por tanto, nuevamente la Sala Plena ordenará que en el término máximo de dos (2) años, contados a partir de la notificación de este fallo, la Fiscalía General de la Nación convoque y concluya el o los concursos públicos que sean necesarios para proveer todos y cada uno de los cargos de carrera que en la actualidad son ejercidos en provisionalidad o que se encuentren vacantes. Dicho concurso o concursos, si el legislador no expide la ley correspondiente, deberán regirse por las normas pertinentes de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y de la Ley 909 de 2004, como expresamente lo indicó esta Corporación en la sentencia C-878 de 2008.

El plazo que aquí se fija tiene como fundamento el hecho que la Fiscalía General empleó un año y dos meses para la culminación del concurso de 2007, con seis convocatorias, lapso al que hay que sumarle un período razonable para que la entidad efectúe un estudio de los perfiles que se requieren para cumplir de forma eficiente y eficaz la función constitucional que le fue asignada, así como para organizar y satisfacer los requerimientos de un concurso como el que debe convocar el ente fiscal en cumplimiento del requerimiento que se hace esta providencia. La Sala busca con esta decisión, que para el año 2013, la Fiscalía General de la Nación ingrese definitivamente en el sistema de carrera.

Algunos podrán argumentar que una orden de esta naturaleza generará caos en el ente fiscal, porque el concurso puede producir una alta renovación de la fuerza laboral, que necesariamente ha de impactar en la función que constitucionalmente le asignó el Constituyente a la Fiscalía General de la Nación. Si bien esta afirmación puede ser cierta y nada deleznable, también lo es que después de 20 años de vigencia de la Constitución, la Corte Constitucional está obligada a velar por su supremacía y vigencia, razón por la que no puede permitir que se siga aplazando el cumplimiento de la regla constitucional contenida en el artículo 125. No puede olvidarse, tampoco, que éste es el tercer requerimiento que hace la Corte Constitucional para que la Fiscalía General de la Nación supere la situación de hecho que se presenta en relación con la vinculación de sus servidores por fuera de los cánones constitucionales.

Por tanto, esa institución debe prepararse desde ahora para afrontar las eventualidades que puede generar una renovación parcial de sus empleados, sin que ello sea excusa para que se cumpla y observe la Constitución.

Tampoco es de recibo el argumento según el cual, la realización de un concurso masivo haría inanes los esfuerzos presupuestales y humanos que la Fiscalía General de la Nación ha desplegado para capacitar a los servidores de la entidad, porque la lógica impone suponer que quienes han sido capacitados a lo largo de estos años en las funciones del ente de investigación tendrán mayores posibilidades de acceder a los cargos ofertados mediante el concurso o concursos públicos que deben realizarse.

8.2. Igualmente, es necesario precisar que la orden de concurso que aquí se imparte, incluye los cargos permanentes y transitorios creados por la Ley 975 de 2005 y el Decreto 122 de 2008. Sobre el particular, es necesario puntualizar lo siguiente:

8.2.1. La Ley 975 de 2005 creó una serie de cargos en la Fiscalía General de la Nación y de esa forma amplió la planta de personal que la entidad tenía para 2005, hecho que confirmó el legislador mediante la Ley 1024 de 2006. En las mencionadas leyes se previó que una vez finalizada la vigencia de la Ley 975 de 2005, las 275 plazas que fueron creadas a su expedición para hacer viable su implementación, deben ser conservadas y las personas que las ocupen reubicadas en la entidad, por cuanto esos cargos hacen parte de la planta permanente prevista por el legislador. En consecuencia, pese a la especialidad y conocimientos que exige la aplicación e interpretación de la mencionada ley, la Fiscalía General de la Nación está en la obligación de hacer su provisión mediante el sistema de carrera y, en consecuencia, todos los cargos creados mediante la Ley 975 de 2005 deben ser convocados a concurso sin excepción y su provisión debe hacerse en el término máximo señalado en la parte resolutive de esta sentencia.

8.2.2. Por su parte, para la Sala no puede pasar inadvertido que el Decreto 122 de 2008 se expidió después de un estudio técnico que evidenció las necesidades de nuevo de personal en la Fiscalía General de la Nación, especialmente para atender las funciones relacionadas con las Investigaciones sobre Violación de Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario, homicidios presuntamente cometidos por agentes institucionales, extinción de dominio, el fortalecimiento para la aplicación de la Ley de Justicia y Paz, Ley 975 de 2005; la ejecución del Plan Nacional para Búsqueda; hallazgo e identificación de desaparecidos; el fortalecimiento del Programa de Protección a Víctimas y Testigos, y la implementación del Código de Infancia y Adolescencia, Ley 1098 de 2006.

En esta última ley, se exigió un perfil específico para atender las necesidades y requerimientos del nuevo sistema de responsabilidad juvenil y otros aspectos referentes a los niños, niñas y adolescentes.

Después de cinco años de expedición de la Ley de la Infancia y la Adolescencia, se habla de los problemas que aquejan no sólo al sistema de responsabilidad juvenil, sino la aplicación efectiva del sistema de protección para los niños, niñas y adolescentes, una de esas dificultades, sin lugar a dudas, reposa en el hecho de que los fiscales y los jueces no tienen la preparación, experiencia y conocimientos que requiere esta legislación, en la que los menores de diez y ocho años pasaron de ser sujetos de protección a ser verdaderos sujetos de derecho de especial protección, que requieren de unos funcionarios que logren entender esta dimensión que, desde la Convención del Niño adquirieron los menores de 18 años, y que como tal, exigen funcionarios y empleados capaces de afrontar y satisfacer en debida forma los retos y las necesidades que reclama esta población.

Lo expuesto en precedencia, significa que los nuevos cargos que decidió crear el legislador extraordinario deben *responder a un perfil específico* para atender no sólo las necesidades que fueron descubiertas en el estudio técnico al que se hace mención en las motivaciones del Decreto 122 de 2008 sino en la Ley 1098 de 2006.

En consecuencia, la Corte considera que las personas que ocupen dichos cargos deben poseer unos conocimientos, destrezas y experiencia que deben ser claramente establecidas por la entidad, razón por la que el concurso deberá dar cuenta de las necesidades y particulares que evidenció el legislador extraordinario. Sólo así, se podrá tener un ente de investigación especializado.

8.2.3. El Decreto 122 de 2008, creó, igualmente, unos cargos de carácter transitorio para atender las necesidades de la Ley de Justicia y Paz y fijó como término de vigencia para esas plazas el de 12 años. El número de empleos de carácter transitorio creados por este decreto fue de 753. En relación con estos nuevos puestos de trabajo y pese a su carácter transitorio, considera la Corte que deben ser igualmente llamados a concurso, pues su naturaleza transitoria no puede entenderse como una excepción al cumplimiento de la regla del artículo 125 constitucional, en relación con el mérito y la calidad. Es precisamente ese carácter transitorio el que debe ser puesto en evidencia en la respectiva convocatoria, para que los aspirantes tengan claro que una de las reglas de la convocatoria es el carácter temporal de los cargos razón por la que los mismos serán suprimidos una vez venza el término señalado por el legislador, sino llega a disponer lo contrario. Supresión que en los términos del artículo 76 de la Ley 938 de 2004 *"es una situación de carácter administrativo, que pone fin a la inscripción en el régimen de carrera y desvincula al servidor de la entidad"*.

En consecuencia, la Fiscalía General de la Nación debe llamar a concurso los empleos temporales que creó el legislador extraordinario y establecer expresamente ese carácter para que quienes concursan, conozcan de antemano y en forma clara la regla que ha de regir su designación, en el evento de ser acreedores a ocupar una de esas plazas.

8.3. Igualmente, es importante recordar que la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación sólo puede regular los aspectos técnicos y operativos para hacer aplicables las normas que rigen el sistema autónomo de carrera de dicho ente, tal como expresamente se indicó en la sentencia C-878 de 2008.

En este punto, cobra relevancia señalar que la Comisión de Carrera al momento de elaborar los criterios de selección debe dar estricto cumplimiento al artículo 4 del reglamento del proceso de selección y el concurso de méritos, Acuerdo 01 de 2006, si no se expide otro, en cuanto a los factores de selección, en donde deben primar las aptitudes, conocimientos y habilidades relacionadas con la función a desempeñar, así como las calidades académicas y experiencia en el tipo de función según el manual correspondiente.

En este sentido, la Sala Plena considera trascendental que entre los factores a calificar, la *experiencia específica* o cualificada en el ejercicio de las funciones propias del cargo objeto de concurso o cargos iguales o similares debe tener una valoración. Porque si bien esta Corporación ha proscrito todo trato distinto entre los aspirantes que se desempeñaban un cargo en provisionalidad con el resto de los aspirantes⁵⁰, no resulta ni discriminatorio ni irrazonable que en los criterios de selección que debe fijar la Comisión de Carrera, la experiencia en funciones iguales o similares sea valorada. No se trata de un privilegio para las personas que han podido desempeñar un cargo en provisionalidad o carrera en la entidad, como se señaló en la sentencia C-733 de 2005⁵¹, sino de permitir que las personas que han ejercido las funciones del cargo en concurso o similares puedan tener una calificación *por experiencia específica*, factor que sumado con los otros debe permitir escoger a quien de conformidad con el artículo 125 constitucional esté *mejor y más* calificado para cumplir la respectiva función. La experiencia no se puede despreciar y como tal el contacto y conocimiento de la función debe ser enjuiciado y ponderado por la respectiva entidad.

Tampoco se trata de crear una evaluación adicional, caso analizado en la sentencia C-733 de 2005. No se trata de ponderar entre los factores comunes de evaluación, la *experiencia en la función objeto de la convocatoria o similares*.

Así mismo, no se trata de eximir a un grupo de concursantes de requisitos que se imponen a los otros participantes, caso que analizó la Corte en la sentencia C-901 de 2008⁵², en donde la sola circunstancia de haber desempeñado en provisionalidad un cargo de carrera, le permitía al servidor su inscripción en ésta.

Igualmente, está orden no pueden entenderse como otra forma de concursos cerrados, los cuales están expresamente por esta Corporación, por cuanto todas las personas que cumplan los requisitos de las convocatorias podrán participar, sólo que la experiencia de unos y otros debe ser valorada en forma diversa.

9. LA ACTUALIZACIÓN DEL REGISTRO DE ELEGIBLES

9.1. De conformidad con el artículo 24 del Acuerdo 002 de 2006, que regía las convocatorias de 2007, *“en los primeros tres meses de cada año en que se encuentre vigente el registro de elegibles, quienes figuren en él podrán obtener la actualización de sus respectivos puntajes, previa solicitud a la Comisión debidamente acompañada de la documentación que acredite la nueva condición del solicitante”*.

Estas actualizaciones implicaban modificaciones sustanciales al registro de elegibles, porque generaban el reconocimiento de un mejor derecho para quienes en vigencia de la lista pudieran acreditar el cumplimiento de requisitos que no ostentaban al momento de la calificación correspondiente. Esa actualización, así entendida, permitía que el puntaje inicialmente obtenido fuera superado, lo que le permitía al concursante que solicitaba la actualización, una mejor posición en la lista frente a quienes originalmente estaban en ella y no hicieron uso de esta prerrogativa.

9.2. La facultad de establecer actualizaciones por parte de la Comisión de Carrera de la Fiscalía fue declarada inexecutable por esta Corporación en la sentencia C-878 de 2008⁵³, por cuanto se consideró que el ente en mención no podía tener tal potestad. No obstante, en la misma providencia se precisó que como el concurso de 2007 estaba en desarrollo, se reconocería la posibilidad de actualización de la lista sólo para ese concurso, como una forma de preservar los principios de buena fe y confianza legítima de los participantes en esas convocatorias.

En el primer año de vigencia del registro de elegibles de la Fiscalía General de la Nación objeto de la acción de tutela de la referencia, Acuerdo 007 de 2008, la actualización no se efectuó. Se requirió de una decisión de la Sala de Decisión de Tutelas de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal,⁵⁴ que mediante providencia del 27 de mayo de 2010 y como una forma de proteger los derechos al debido proceso y a la igualdad en el acceso a cargos públicos de quien interpuso la acción de tutela, ordenó a la Comisión Nacional de Administración de Carrera de la Fiscalía la actualización, por cuanto la misma no se produjo en los términos del Acuerdo 002 de 2006.

En cumplimiento de la orden antes reseñada, la Fiscalía General de la Nación expidió el Acuerdo 002 de octubre 22 de 2010, por medio del cual se actualizó el registro de elegibles contenido en el Acuerdo 007 de 2008.

9.3. Esta actualización necesariamente incidía en la adjudicación de las plazas ofertadas, sin embargo, el que la Fiscalía General no hubiese cumplido los tiempos señalados en el Acuerdo 002 de 2006, no puede ser remediado por la Corte Constitucional en sede de tutela. Si bien es cierto, la no actualización pudo ocasionar el desconocimiento de derechos de quienes se encontraban en el registro de elegibles y tenían la opción de actualizar y mejorar su posición en él, también lo es que la entidad demoró injustificadamente el nombramiento de las personas que ganaron el concurso y que adquirieron el derecho a ser designadas en una de las plazas ofertadas, un año y medio, en donde una actualización hubiese resultado lesiva de sus derechos fundamentales.

En consecuencia, la Sala Plena no se pronunciará sobre la actualización que la Fiscalía General de la Nación dejó de hacer en el primer año de vigencia del registro de elegibles por cuanto con ello se desconocería el derecho de acceso a cargos públicos de quienes originalmente ocuparon un puesto en la lista, que les permitía acceder a uno de los empleos ofertados y porque no habría razón a ello después de la pérdida de fuerza vinculante de dicho acto administrativo, hecho que se produjo el 24 de noviembre de 2010.

10. SOLUCIÓN DEL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: DISCRECIONALIDAD DEL FISCAL GENERAL PARA DEFINIR, EN EL MARCO DE UNA PLANTA GLOBAL, LOS CARGOS ESPECÍFICOS QUE SERÍAN PROVISTOS CON EL REGISTRO DE ELEGIBLES Y LA PROTECCIÓN ESPECIAL DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD, LAS MADRES Y PADRES CABEZA DE FAMILIA Y LOS PREPENSIONADOS.

10.1. En razón de la naturaleza global de la planta de personal de la Fiscalía, tal como la definió el legislador, y el carácter provisional de la vinculación que ostentaban quienes hacen parte de este grupo de accionantes, la Sala considera que el Fiscal General gozaba de discrecionalidad para determinar los cargos que serían provistos por quienes superaron el concurso; por tanto, no se podía afirmar la vulneración de los derechos a la igualdad y al debido proceso de estos servidores, al no haberse previsto por parte de la entidad, unos criterios para determinar qué cargos serían lo que expresamente se ocuparían con la lista de elegibles.

La única limitación que tenía la Fiscalía General de la Nación era reemplazar a estos provisionales con una persona que hubiere ganado el concurso y ocupado un lugar que le permitiera acceder a una de las plazas ofertadas. En este caso, los provisionales no podían alegar vulneración de derecho alguno al ser desvinculados de la entidad toda vez que lo fueron para ser reemplazados por una persona que ganó el concurso.

Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación⁵⁵, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación⁵⁶. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

En la sentencia C-588 de 2009⁵⁷, se manifestó sobre este punto, así: *“... la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa es objeto de protección constitucional, en el sentido de que, en igualdad de condiciones, pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad mientras dura el proceso de selección y hasta el momento en que sean reemplazados por la persona que se haya hecho acreedora a ocupar el cargo en razón de sus méritos previamente evaluados”*⁵⁸

10.2. Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando.

Es claro que los órganos del Estado en sus actuaciones deben cumplir los fines del Estado, uno de ellos, garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, entre los cuales la igualdad juega un papel trascendental, en la medida que obliga a las autoridades en un Estado Social de Derecho, a prodigar una protección especial a las personas que, por su condición física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, artículo 13, inciso 3 de la Constitución. Este mandato fue ignorado por la Fiscalía General cuando hizo la provisión de los empleos de carrera y dejó de atender las especiales circunstancias descritas para los tres grupos antes reseñados.

En relación con el llamado retén social es necesario precisar que si bien la Fiscalía General de la Nación no hace parte de la rama ejecutiva del poder público y como tal no está obligada por el programa de renovación de la administración pública contenido en la Ley 790 de 2002, razones de igualdad material propias del Estado Social de Derecho que nos rige, imponen a la Sala ordenar al ente fiscal tener especial cuidado con las personas en las situaciones antedichas.

En consecuencia, la entidad deberá prever las especiales situaciones descritas en este apartado, al momento en que deba ocupar los cargos con el o los concursos que tiene que efectuar en cumplimiento de esta providencia.

10.3. Lo expuesto, le permite a la Sala concluir que debe negar la protección que solicitaron los accionantes que ocupaban empleos en provisionalidad y que alegaron la vulneración de sus derechos a la igualdad y al debido proceso, entre otros, por la inexistencia de criterios para definir a quiénes se les terminaría su vinculación para ser reemplazados por personal de carrera, en los términos del concurso.

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

11. DE LOS CASOS CONCRETOS

11.1. EL GRUPO DE QUIENES ESTÁN EN LA LISTA DE ELEGIBLES Y NO FUERON DESIGNADOS

11.1.1. Los señores Joaquín González Bohórquez; Luisa Gineth Pinto Ochoa; Gloria Mariño Quiñónez, Beatriz Alicia Idarraga Piedrahita y Ronit Janet Caldas Rueda, hacían parte de la lista de elegibles para Fiscal Delegado ante Tribunal Superior, pero por fuera del número límite de plazas a proveer y que para este cargo sólo era de 52. Así, por ejemplo, el señor Joaquín González Bohórquez, ocupó el puesto 112 en la lista con 74 puntos; Luisa Gineth Pinto Ochoa; el 77 con 76 puntos; Gloria Mariño Quiñónez, el 87 con 75 puntos; Beatriz Alicia Idarraga Piedrahita, el 118 con 74 puntos y Ronit Janet Caldas Rueda, el 107 con 74 puntos también.

Teniendo en cuenta que para el cargo para el cual concursaron estos accionantes sólo fueron ofertadas 52 plazas, en ninguno de ellos concurría el derecho a ser designado, dado que ocuparon en la lista un lugar inferior al número de cargos a proveer.

Por tanto, se impone CONFIRMAR los fallos de instancia en cada uno de los expedientes de tutela que promovieron los mencionados ciudadanos, por cuanto la Fiscalía General de la Nación no desconoció sus derechos fundamentales de acceso a cargos públicos, igualdad y debido proceso.

No obstante, si alguno de estos accionantes fue nombrado en la entidad por hacer parte del registro de elegibles contenido en el Acuerdo 07 de 2008 y actos complementarios, sin sujeción a la regla del número de plazas a proveer, seguirán vinculados a la entidad hasta tanto sus cargos sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenida, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010.

11.1.2. En relación con el señor Robinson González Pérez debemos señalar que se presentó en dos convocatorias. En la de Asistente Fiscal IV en la que obtuvo 64 puntos y ocupó el puesto 280 y en la de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos, que no aprobó, pues sólo obtuvo 54 puntos.

En consecuencia, su derecho a ser nombrado en el cargo de Asistente Fiscal IV sí se configuró, pues fueron ofertadas 288 plazas y ocupó el puesto 280. En ese orden, la Fiscalía General de la Nación debe ordenar su nombramiento de forma inmediata, una vez se notifique esta providencia, siempre y cuando no existan concursantes en una mejor posición. En el evento en que este accionante no hubiere aceptado el empleo, se entenderá cumplida la decisión de tutela que aquí se imparte.

Por tanto, se CONFIRMARÁ PARCIALMENTE la sentencia de la Sala de Decisión de Tutela de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, proferida dentro del expediente T-2.701.828, Demandante: Robinson González Pérez, en la medida en que le asistía el derecho a ocupar un cargo en propiedad de Asistente de Fiscal IV.

11.1.3. En el caso de la señora Alieth Molina Raigosa, quien participó en la convocatoria para Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito, que no

aprobó, pues sólo obtuvo 57 puntos y en la de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos en la que ocupó el puesto 902 con 61 puntos, se debe señalar que en razón del puesto que ocupó en el registro de elegibles frente al número de plazas a proveer, no le asistía derecho alguno a ser nombrada.

En consecuencia, se REVOCARÁ la sentencia proferida por la Sala de Decisión de Tutela de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia dentro del expediente T-2.701.827, Demandante: Luz Alieth Molina Raigosa, que le tuteló sus derechos fundamentales, por cuanto no le asistía derecho a ser designada en un cargo de carrera, por cuanto el lugar que ocupó excedía el de las plazas por proveer. Se debe aclarar sí, que en el evento en que la señora Molina Raigosa esté ocupando un cargo de carrera con desconocimiento de la mencionada regla, continuará vinculada a la entidad pero con carácter provisional, hasta tanto el cargo que ocupe sea provisto en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenida, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010.

11.1.4. En el caso de la señora Cielo del Pilar Bonilla Arias, quien participó en dos convocatorias: en la de Asistente de Fiscal II, en la que ocupó el puesto 99 con 68 puntos y en la de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos que no aprobó, porque sólo obtuvo 51 puntos, su derecho a ser designada en un empleo de carrera sólo se configuró frente a la primera convocatoria, plaza en la que la Fiscalía General de la Nación le hizo en tiempo la designación correspondiente. En consecuencia, se CONFIRMARÁ la decisión de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Tutelas de la Sala de Casación Penal⁵⁹, que confirmó el fallo de primera instancia y señaló que a la accionante no le asistía derecho a ocupar un cargo de carrera por no haber aprobado el concurso.

11.2. EL GRUPO DE LOS PROVISIONALES Y OTROS

11.2.1. Expediente T-2.700.019. Actora: Bolivia Renza Bacca. Esta ciudadana ocupaba el cargo de Fiscal Delegada ante los Jueces Municipales y Promiscuos, en provisionalidad desde el 10 de febrero de 2005. Dice haber participado en una de las convocatorias sin obtener el puntaje mínimo requerido, según ella, su calificación fue de 59 puntos. No obstante, revisado el registro que expidió la Fiscalía General su número de identificación no aparece.

El 12 de marzo de 2010, la Fiscalía General de la Nación dio por terminado su nombramiento en provisionalidad para designar a la persona que ganó una de las plazas ofertadas. Aduce su condición de madre cabeza de familia y el hecho de que otros provisionales que no se encuentran en su especial circunstancia siguen ocupando el cargo, para solicitar su reintegro mientras demanda el acto administrativo de desvinculación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En este caso, se CONFIRMARÁ la decisión de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal⁶⁰, que negó el amparo solicitado, porque si bien la condición de madre cabeza de familia ha debido ser tenida en cuenta por la Fiscalía General de la Nación para determinar el orden en que se terminarían las provisionalidades, también es cierto que por su condición no podía alegar un mejor derecho frente a quien en su reemplazo fue nombrado, por cuanto éste tenía un mejor derecho para estar vinculado con el ente fiscal.

No obstante lo anterior, se ordenará a la Fiscal General de la Nación que en el evento de existir vacantes en un cargo igual o equivalente al que ocupaba la señora Renza Bacca, ésta deberá ser nuevamente vinculada en provisionalidad hasta tanto su cargo sea provisto en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenida, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010. Para el efecto, ha de demostrar que a la fecha de la desvinculación ostentaba la condición de madre cabeza de familia.

11.2.2. Expediente T-2.701.934. Actor: Mauro de Jesús Ávila Tibatá. Este accionante se encontraba ocupando un cargo en provisionalidad en la Fiscalía General de la Nación y se presentó a la convocatoria 003-2007, para proveer el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializados en la que ocupó el puesto 405 con 65 puntos. Igualmente, se presentó en la convocatoria 004-2007 para el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito, en la que ocupó el puesto 855 con 66 puntos.

La entidad demandada nombró en el puesto que el actor desempeñaba a quien aprobó con un mejor puntaje al suyo el concurso y, en consecuencia, dio por terminado su nombramiento en provisionalidad. Sin embargo, considera que la institución ha debido remover primero a los funcionarios que no tenían ninguna opción de permanencia, bien porque no concursaron o porque no pasaron el concurso. En ese sentido, considera desconocido su derecho fundamental a la igualdad, ya que la Fiscalía ha debido cesar la provisionalidad en estricto orden, iniciando

por quienes no se presentaron a ninguna de las convocatorias, siguiendo con los que no pasaron y finalmente con quienes estaban ubicados en los últimos puestos de la lista de elegibles.

En relación con esta pretensión, la Fiscalía informó en su primera respuesta a esta Corporación, que desde un comienzo tomó provisiones para terminar la provisionalidad primero de quienes no concursaron o no aprobaron el concurso. Sin embargo, en el caso concreto no se explicó exactamente ocurrió.

De todas formas, es claro que el nombramiento de quien ganó la plaza que ocupaba el señor Ávila Tibatá no puede ser considerado contrario a los derechos de este último, por tanto, se confirmará la decisión de la Sala de Decisión Penal de la Corte Suprema de Justicia, que revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, negó por improcedente la acción interpuesta por el señor Ávila Tibatá.

Se debe aclarar sí, que en el evento en que el señor Ávila Tibatá esté ocupando un cargo de carrera con desconocimiento de la regla del número de cargos a proveer, de conformidad con la convocatoria en la que concursó, continuará vinculado a la entidad pero con carácter provisional, hasta tanto el cargo que ocupe sea provisto en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenida, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010.

11.2.3. Expediente T-2.707.718. Actor: Tomás Florentino Serrano Serrano. Este ciudadano se presentó en dos convocatorias. En la de Fiscal Delegado ante los Jueces Especializados, en la que ocupó el puesto 60 con 76 puntos, razón por la que fue nombrado el 20 de noviembre de 2009.

Igualmente, se presentó en la convocatoria para Fiscal Delegado ante Tribunal Superior, en la que obtuvo 73 puntos y ocupó el puesto 141, el cual comparte con más de 30 candidatos. En relación con esta convocatoria, le solicitó a la Comisión Nacional de Administración de Carrera de la Fiscalía actualizar su hoja de vida de conformidad con el Acuerdo 01 de 2006, que establecía que en los tres primeros meses de los dos años de vigencia de la lista de elegibles, los concursantes podían solicitar la actualización de su hoja de vida. En ese sentido, el señor Serrano Serrano buscaba que se le tuvieran en cuenta una serie de publicaciones que hizo entre 2007 y 2009, así como la experiencia adquirida después de haberse presentado al concurso, entre otras, con el fin de poder obtener una mayor ponderación de su hoja de vida y lograr de esa manera mejorar su posición en la lista de elegibles lo que le podía permitir acceder, seguramente, a una plaza de Fiscal Delegado ante los Tribunales.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal⁶¹, mediante providencia del 27 de mayo de 2010, amparó los derechos al debido proceso, a la igualdad y el acceso a cargos públicos del actor, previniendo a la Comisión Nacional de Administración de Carrera de la Fiscalía, para que, en el término de diez (10) días, informara a todos los integrantes del registro de elegibles sobre la posibilidad de solicitar su actualización.

Por medio del Acuerdo 002 del 22 de octubre 2010 y en cumplimiento de la orden de tutela que se profirió en este caso, se actualizó el registro de elegibles y el señor Serrano Serrano quedó en el puesto 81 con 74 puntos⁶²

Tal como se señaló en el numeral 9 de esta providencia, es verdad que la entidad ha debido hacer la primera actualización entre diciembre del 2009 y febrero de 2010 y la segunda entre diciembre del 2010 y febrero de 2011, que corresponde a los primeros tres meses de cada año de vigencia de la lista, términos que incumplió la entidad toda vez que para la época en que le correspondía llevar a cabo esta actividad, la entidad aún no había provisto todos los cargos ofertados con la lista de elegibles, prueba de ello es que esta Corporación, en sentencia T-843 del 24 de noviembre de 2009⁶³, ordenó hacer la provisión de todos los cargos ofertados, pues un año después de la vigencia del registro de elegibles éste no se había agotado.

Sin embargo, la única actualización que se hizo le permitió al actor ganar algunos puestos en el registro pero no los suficientes para tener derecho a una plaza de Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito, por cuanto sólo se ofertaron 52 empleos. Desconoce la Sala si las eventuales situaciones administrativas que se pudieron presentar después del fallo de instancia le permitieron al señor Serrano Serrano acceder a dicho cargo.

Por lo anterior, se CONFIRMARÁ la decisión de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, que amparó los derechos al debido proceso

y a la igualdad en el acceso a cargos públicos del señor Serrano Serrano, y que ordenó la actualización del registro de elegibles, la que como ya se indicó ya se efectuó.

11.2.4. Expediente T-2.643.464. Actor: Nelson Triana Cárdenas. Este actor se presentó a dos convocatorias. En la primera, para la 001-2007, correspondiente al cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos, en la que no obtuvo el puntaje mínimo, sólo alcanzó 54 de los 60 puntos requeridos. En la segunda, en la 002-2007, para el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito, tampoco obtuvo el puntaje mínimo, sólo llegó a los 49 puntos. En consecuencia, no tenía derecho a ser designado en un cargo de carrera, razón por la que la Sala Plena debe confirmar el fallo de la Corte Suprema- Sala Penal que confirmó el de primera instancia, pero por razones diversas, toda vez que el señor Nelson Triana Cárdenas no tenía derecho a ocupar un cargo de carrera en la Fiscalía General por no aprobar el correspondiente concurso.

11.2.5. Expediente T-2.734.433. Actor: Reinaldo de Jesús Gómez Muñetón. En este caso nos encontramos ante un funcionario que venía ocupando el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos en diversas sedes y pese a que participó en el concurso para el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Especializados no aprobó la prueba eliminatoria. Por tanto, el 7 de abril de 2010 se dio por terminado su nombramiento en provisionalidad como Fiscal 29 de Guayabetal- Cundinamarca.

Según se desprende de las pruebas que obran en el expediente, el señor Gómez Muñetón es invidente, sufrió un desprendimiento de retina total de ambos ojos, según certificación médica que obra en el expediente⁶⁴. El actor afirma que es el único que provee el sustento de su familia, entre ellos, un hijo de 21 años que tiene una incapacidad laboral del 69.15%, quien perdió su ojo derecho y en el izquierdo presenta una miopía severa y un glaucoma abierto⁶⁵. Solicitó la suspensión del acto que dio por terminada su provisionalidad y el reintegro a un cargo igual o de mejor jerarquía al que venía ocupando.

Como se indicó en otro acápite de esta providencia, está demostrado que la Fiscalía General de la Nación al momento de proveer los cargos con el registro de elegibles no tuvo en cuenta ningún criterio para proceder a dar por terminadas las vinculaciones en provisionalidad porque, según se desprende de la respuesta que obra en el expediente que ahora es objeto de análisis, se consideró que hacer distinciones *"haría necesaria toda una reglamentación que establezca a quien se le puede terminar la provisionalidad y a quien no y a quien primero y luego a quien, y así sería imposible nombrar a quien sí tiene un mejor derecho, esto es a quien concursó y se hizo acreedor al derecho de ser nombrado"*⁶⁶.

No podemos olvidar que los órganos del Estado en sus actuaciones deben cumplir los fines del Estado, uno de ellos, garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, entre los cuales la igualdad juega un papel trascendental, en la medida que obliga a las autoridades en un Estado Social de Derecho a dar una protección especial a las personas que por su condición física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, artículo 13, inciso 3 de la Constitución.

En ese orden, es cierto que las personas que ganaron el concurso tenían un mejor derecho frente a quienes ocupaban un cargo en provisionalidad, asunto que en esta providencia se busca proteger y garantizar. Sin embargo, también está demostrado que en la asignación de las plazas en la Fiscalía General no se fijaron criterios para proteger a quienes por sus especiales condiciones deberían ser los últimos en desvincularse de la entidad por razón del concurso público.

En ese sentido, está probado, por ejemplo, que en una sede podían existir varias plazas de la misma naturaleza y perfil de las que fueron objeto de concurso ocupadas por provisionales y sólo a unos pocos de ellos se le terminó la provisionalidad, sin que existieran lineamientos claros para determinar cuáles eran las razones de la entidad para terminar una provisionalidad y no la otra. Es decir, el Fiscal General utilizó al extremo su facultad discrecional, pues el único criterio válido para la entidad era *"estar ocupando un cargo en provisionalidad"*⁶⁷

Así, por ejemplo, la Fiscalía General confirma que en la sede en donde el actor se encontraba desempeñando el cargo de Fiscal Delegado antes los Jueces Municipales y Promiscuos, las plazas eran 40. De los funcionarios que desempeñaban ese cargo, 25 no estaban en la lista de elegibles, es decir 25 funcionarios en provisionalidad que se encontraba en la misma situación del actor, es decir, fuera del registro de elegibles⁶⁸. No obstante, al único que al parecer se le terminó la provisionalidad fue al señor Gómez Muñetón, pese a su especial situación, hecho que es reprochable pero que no es suficiente para ordenar el reintegro que se solicita en el escrito de tutela, como una forma de proteger sus derechos, por cuanto ello implicaría alterar los nombramientos que ha efectuado la entidad.

En ese orden, si bien se CONFIRMARÁ el fallo de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil del 19 de junio de 2010, mediante el cual se decidió revocar en su integridad el fallo de primera instancia que concedió el amparo solicitado, por cuanto al actor se le terminó su provisionalidad para proveer el cargo que ocupaba por una persona que ganó el concurso y, que por ende, tenía un mejor derecho, se ordenará a la Fiscal General de la Nación que, en el evento de existir vacantes en un cargo igual o equivalente al que ocupaba el actor, éste deberá ser nuevamente vinculado en provisionalidad hasta tanto la plaza correspondiente sea provista en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenida, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010.

11.2.6. Expediente T-2.743.538. Actora: Gloria Nelly Delgado Castañeda. En este caso nos encontramos ante una funcionaria que venía ocupando el cargo de Fiscal Delegada ante los Jueces Municipales y Promiscuos en Bucaramanga y no aprobó la prueba eliminatoria. Por tanto, el 16 de marzo de 2010 se dio por terminado su nombramiento en provisionalidad.

Igualmente están demostradas dos circunstancias, la primera, su condición física, persona a la que le amputaron su brazo derecho hace más de treinta años y que actualmente padece de síndrome del túnel carpiano izquierdo⁶⁹, la segunda, estar a menos de un año para cumplir los requisitos para obtener la pensión.

Como se señaló en el caso anterior, está demostrado que la Fiscalía General de la Nación al momento de proveer los cargos con el registro de elegibles no tuvo en cuenta ningún criterio para proceder a finalizar las vinculaciones en provisionalidad. Un ejemplo de ello, es el caso de la accionante, que imponían crear criterios de distinción al momento de dar por terminadas las provisionalidades, que permitieran garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, entre los cuales la igualdad material jugaba un papel trascendental, que obligaba a la entidad a prodigar una protección especial a las personas que por su condición física se encontraban en circunstancias de debilidad manifiesta, en los términos del artículo 13, inciso 3 de la Constitución.

Se reitera que si bien es cierto las personas que ganaron el concurso tenían un mejor derecho frente a quienes ocupaban un cargo en provisionalidad, también está demostrado que en la asignación de las plazas en la Fiscalía General no hubo un criterio claro, objetivo y razonable para su reparto que permitiera inferir que condiciones especiales fueran tenidas en cuenta, lo que produjo que los nombramientos de estas personas fueran terminados, manteniéndose el de otros sin razones objetivas para ello.

Así las cosas y tal como se decidió el caso anterior, la Sala no puede ordenar el reintegro de la doctora Delgado Castañeda, pero si ordenará a la Fiscal General de la Nación que, en el evento de existir vacantes en un cargo igual o equivalente al que ocupaba la accionante, ésta deberá ser nuevamente vinculada en provisionalidad hasta que la plaza correspondiente sea provista en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenida, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010.

Por tanto, se confirmará el fallo de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil del 24 de junio de 2010, mediante la cual se decidió revocar en su integridad el fallo de primera instancia, pero por razones diversas a las expuestas por esa Corporación.

La misma solución debe prodigarse a todas las personas que fueron desvinculadas de la entidad y se encuentran en las situaciones descritas en el acápite 10.2 de esta providencia. Así mismo, esas especiales situaciones deben ser tenidas en cuenta por la entidad a la hora de proveer vacantes en la entidad.

12. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE

PRIMERO.- En razón del *efecto inter comunis* de este fallo, ENTIÉNDASE como servidores de carrera de la Fiscalía General de la Nación y en virtud de las convocatorias que efectuó la entidad en el año 2007, sólo aquellas personas que fueron nombradas según el registro de elegibles

contenido en el Acuerdo 007 de 2008 y actos complementarios, con observancia estricta de la regla referente al número de plazas por proveer, según cada una de las convocatorias.

SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior, ENTIÉNDASE como servidores en provisionalidad, además de los que no concursaron y se mantienen en provisionalidad en la Fiscalía General de la Nación, todas aquellas personas que fueron nombradas por hacer parte del registro de elegibles contenido en el Acuerdo 007 de 2008 y actos complementarios, pero sin sujeción a la regla del número de plazas a proveer, en los términos de cada una de las convocatorias. Estos servidores seguirán vinculados a la entidad hasta tanto sus cargos sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010, es decir, que se requerirá resolución motivada para su desvinculación.

TERCERO.- ORDÉNASE a la Fiscalía General de la Nación VINCULAR en forma provisional, en el evento de existir vacantes en un cargo igual o equivalente al que ocupaban, a todos aquellos servidores que fueron retirados de la entidad con fundamento en el concurso convocado en el año 2007, siempre y cuando demuestren al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento, una de estas tres condiciones: i) ser madres o padres cabeza de familia; ii) ser personas próximas a pensionarse, entiéndase a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) estar en situación de discapacidad, como una medida de acción afirmativa, por ser todos ellos sujetos de especial protección.

La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010.

CUARTO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia de la Sala de Decisión de Tutela de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, proferida dentro del expediente T-2.701.828, Demandante: Robinson González Pérez, en la medida en que le asistía el derecho a ocupar un cargo en propiedad de Asistente de Fiscal IV.

QUINTO.- CONFIRMAR las sentencias de las Salas de Decisión de Tutela de la Sala Penal y de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, proferidas dentro de los expedientes T-2.700.019, Demandante: Bolivia Renza Bacca; T-2.734.433. Demandante: Reinaldo de Jesús Gómez Muñeton y T-2.743.538. Demandante: Gloria Nelly Delgado Castañeda. No obstante, se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que, en el evento de existir vacantes en un cargo igual o equivalente al que ocupaban, estos accionantes sean nombrados en provisionalidad hasta tanto sus cargos se provean en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional,

SEXTO.- REVOCAR la sentencia proferida por la Sala de Decisión de Tutela de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia dentro del expediente T-2.701.827, Demandante: Luz Alieth Molina Raigosa, que tuteló sus derechos fundamentales, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En el evento en que esta demandante esté ocupando un cargo de carrera con desconocimiento de la regla del número de cargos a proveer, de conformidad con la convocatoria en la que concursó, continuará vinculada a la entidad pero con carácter provisional, hasta tanto el cargo que ocupe sea provisto en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010.

SÉPTIMO.- CONFIRMAR por las razones expuestas en esta providencia, las sentencias de las distintas Salas de Decisión de Tutelas de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, proferidas dentro de los expedientes T-2.701.934, Demandante: Mauro de Jesús Ávila Tibatá; T-2.643.464, Demandante: Nelson Triana Cárdenas; T-2.648.563, Demandante: Joaquín González Bohórquez; T-2.699.927 Demandante: Cielo del Pilar Bonilla Arias; T-2.656.968, Demandantes: Luisa Gineth Pinto Ochoa y Gloria Mariño Quiñóñez; T-2.699.804, Demandante: Beatriz Alicia Idarraga Piedrahita y T-2.667.567 Demandante: Ronit Janet Caldas Rueda, que denegaron la protección de sus derechos de acceso a un cargo público, debido proceso e igualdad.

No obstante, si estos accionantes fueron nombrados en la entidad por hacer parte del registro de elegibles contenido en el Acuerdo 07 de 2008 y actos complementarios, pero sin sujeción a la regla del número de plazas a proveer, en los términos de cada una de las convocatorias, seguirán vinculados a la entidad hasta tanto sus cargos sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010.

OCTAVO.- CONFIRMAR el fallo proferido dentro del expediente T-2.707.718, por la Sala de Decisión de Tutela de la Sala de Casación Penal, que amparó los derechos al debido proceso y a la igualdad en el acceso a cargos públicos del señor Tomás Florentino Serrano Serrano, en relación con la actualización del registro de elegibles.

NOVENO.- ORDENAR a la Fiscal General de la Nación que, en el término máximo de seis (6) meses contados a partir de la notificación de este fallo, inicie los trámites para convocar el concurso o concursos públicos necesarios para proveer todos y cada uno de los cargos de carrera que en la actualidad son ejercidos en provisionalidad y los que se encuentren vacantes, incluidos los cargos permanentes y transitorios creados por la Ley 975 de 2005 y el Decreto 122 de 2008. En dicho concurso o concursos, 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.

En todo caso, en un término máximo de dos (2) años contados a partir de la notificación de esta sentencia, la Fiscalía General de la Nación deberá haber culminado dichos concursos y provisto los respectivos cargos.

DÉCIMO.- La Sala Plena de la Corte Constitucional hará un seguimiento estricto del cumplimiento de las órdenes contenidas en la presente providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrado

Ausente en comisión

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con salvamento de voto

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con salvamento de voto

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ <http://fgn.fiscalía.gov.co:8080/Fiscalia/contenido/html/carrera2007.jsp#>. Consulta efectuada el 15 de septiembre de 2010.

² M.P. María del Rosario González Lemos.

³ M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

⁴ Cfr. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente, Luís Fernando Álvarez Jaramillo. Radicación 1976 de febrero 4 de 2010. Al contenido de esta consulta haremos referencia en el considerando 5.1.1.3.2 de esta providencia.

⁵ M.P. María del Rosario González Lemos.

⁶ Se refiere al fallo del 11 de febrero de 2010, proferido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. M.P. Alfredo Gómez Quintero, que ordenó a la Fiscalía General de la Nación hacer los nombramientos con fundamento en el registro de elegibles.

⁷ M.P. Alfredo Gómez Quintero.

⁸ M.P. Alfredo Gómez Quintero.

⁹ M.P. Alfredo Gómez Quintero.

¹⁰ M.P. Alfredo Gómez Quintero.

¹¹ M.P. José Leonidas Bustos.

¹² Tal como se advirtió en precedencia, al contenido de esta consulta nos referiremos en otro acápite de esta providencia.

¹³ M.P. Alfredo Gómez Quintero.

¹⁴ M.P. Yesid Ramírez Bastidas

¹⁵ M.P. Alfredo Gómez Quintero.

¹⁶ Folio 18 del cuaderno principal.

¹⁷ M.P. Cesar Julio Valencia Copete.

¹⁸ Folio 7 del cuaderno original. Razón por la cual se recomienda no realizar labores que generen exposición a sobre esfuerzo y fatigas o posturas inadecuadas de las manos

¹⁹ M.P. Edgardo Villamil Portilla.

²⁰ Cfr. Corte Constitucional sentencia SU-086 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Martínez.

²¹ Son innumerables las decisiones de la Corte Constitucional, desde sus inicios, que han defendido el sistema de concurso público como el que debe imperar para la provisión de cargos de carrera en la administración. Entre otras, en las sentencias T-410 del 8 de junio de 1992.M.P. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz; C-479 del 13 de agosto de 1992.M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-515 de 9 de noviembre de 1993; T-181 del C-126 de marzo 27 de 1996.M.P. Fabio Morón Díaz; C-063 del 11 de febrero de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-522 de noviembre 16 de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara; C-753 de 30 junio de 2008.M.P. Jaime Araujo Rentaría, entre otras.

²² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2009. M.P. Eduardo Mendoza Martelo, considerando 6.1.1.3, página 73.

²³ 1. La función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad. 2. El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la presente ley. 3. Esta ley se orienta al logro de la satisfacción de los intereses generales y de la efectiva prestación del servicio, de lo que derivan tres criterios básicos: a) La profesionalización de los recursos humanos al servicio de la Administración Pública que busca la consolidación del principio de mérito y la calidad en la prestación del servicio público a los ciudadanos; b) La flexibilidad en la organización y gestión de la función pública para adecuarse a las necesidades cambiantes de la sociedad, flexibilidad que ha de entenderse sin detrimento de la estabilidad de que trata el artículo 27 de la presente ley; c) La responsabilidad de los servidores públicos por el trabajo desarrollado, que se concretará a través de los instrumentos de evaluación del desempeño y de los acuerdos de gestión) Capacitación para aumentar los niveles de eficacia.

²⁴ M.P. Carlos Gaviria Díaz, febrero 9 de 1995.

²⁵ M.P. Juan Carlos Henao Pérez, diciembre 11 de 2009.

²⁶ Cfr. Sentencia T-256 de 1995.

²⁷ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, 4 de diciembre de 2007.

²⁸ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 10 de septiembre de 2008.

²⁹ M.P. Eduardo Mendoza Martelo.

³⁰ Ibidem, pág 129.

³¹ M.P. Alfredo Gómez Quintero. Expediente de tutela No. 45366 Actor. Fernando Fernández Celedón.

³² M.P. Jorge Ignacio Pretit Chaljud, noviembre 24 de 2009.

³³ M.P. Alfredo Gómez Quintero. Expediente de tutela No.46338.

³⁴ Radicados 45237 del 16 de diciembre de 2009 y 46131 del 4 de febrero de 2010.

³⁵ M.P. Alfredo Gómez Quintero. Expediente de tutela 48023. Actora Luz Alieth Molina Raigosa.

³⁶ Estas decisiones fueron reiteradas en las decisiones del 17 de junio de 2010 y del 8 de Julio de 2010, en los que se especificó que era necesario agotar el registro de elegibles para ocupar los cargos vacantes y ocupados en provisionalidad, excepción hecha de las Unidades de Justicia y Paz e Infancia y adolescencia.

³⁷ Cfr. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente, Luís Fernando Álvarez Jaramillo. Radicación 1976 de febrero 4 de 2010.

³⁸ Cfr. Ibidem,pág 11.

³⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Ref: Expediente 1800123310002010-00239-01. Actor: Mario Enrique Armenta. Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón, fallo del 5 de agosto de 2010.

⁴⁰ Así se desprende de la respuesta que dio la apoderada especial de la Fiscalía General de la Nación en todos los procesos de tutela que ha conocido esta Corporación, doctora Claudia Milena Castellanos Avendaño.

⁴¹ Fueron cientos las intervenciones que se presentaron y que resultaría interminable y dispendioso reseñarlas individualmente en esta providencia.

⁴² Al igual que las anteriores intervenciones, fueron centenares los escritos que se recibieron en la entidad defendiendo esta posición y que no resultaría útil reseñar individualmente.

⁴³ <http://fgn.fiscalía.gov.co:8080/Fiscalia/contenido/html/carrera2007.jsp#>. Consulta efectuada el 15 de septiembre de 2010.

⁴⁴ En las motivaciones de este decreto se lee “Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 147 de la Ley 1151 del 24 de julio de 2007, se efectuó el estudio técnico respectivo, en el cual se establecieron nuevas necesidades que en materia de personal requiere la Fiscalía General de la Nación para atender sus funciones, especialmente las relacionadas con las Investigaciones sobre Violación de Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario, homicidios presuntamente cometidos por agentes institucionales, extinción de dominio, el fortalecimiento para la aplicación de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005), la ejecución del Plan Nacional para Búsqueda, Hallazgo e Identificación de Desaparecidos, el fortalecimiento del Programa de Protección a Víctimas y Testigos, y la implementación del Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006 y las normas que lo reglamenten); Que el Gobierno Nacional, previa disponibilidad presupuestal, considera procedente modificar la actual planta de personal de la Fiscalía General de la Nación contemplada en el artículo transitorio 1° de la Ley 938 del 2004 y la Ley 975 del 2005”

⁴⁵ Según la planta que se fijó en el artículo 78 de la Ley 938 de 2004, posteriormente modificada por la Ley 1024 de 2006, que suspendió por cinco años la reducción de la planta de la Fiscalía General de la Nación.

⁴⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-913 del 11 de diciembre de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez., pág 134.

⁴⁷ M.P. Humberto Sierra Porto

⁴⁸ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-131 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas.

⁴⁹ Sobre los efectos *inter comunis* pueden ser consultadas las sentencias SU-1023 de 2001; T-203 de 2002, T-451, T-843 y SU-913 de 2009, entre otras.

⁵⁰ Cfr, Corte Constitucional, sentencias C-733 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas, reiterada en la sentencia C-901 de 2008. M.P. Mauricio González Cuervo, entre otras.

⁵¹En esa oportunidad, la Corte analizó la constitucionalidad del artículo 56 de la Ley 909 de 2004 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, que expresamente consagraba: “EVALUACIÓN DE ANTECEDENTES A EMPLEADOS PROVISIONALES. A los empleados que a la vigencia de la presente ley se encuentren desempeñando cargos de carrera, sin estar inscritos en ella, y se presenten a los concursos convocados para conformar listas de elegibles para proveer dichos cargos, destinadas a proveerlos en forma definitiva, se les evaluará y reconocerá la experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia en su ejercicio”. La Comisión Nacional del Servicio Civil adoptará los instrumentos para tal efecto.

⁵² Este fallo se dictó al analizar unas objeciones presidenciales del proyecto de ley N° 117 de 2007 Senado - 171 de 2007 Cámara, “*Por la cual se reforman algunos artículos de la Ley 909 de 2004, algunos artículos de las disposiciones que contienen los concursos de los sistemas específicos y especiales de origen legal y constitucional y se dictan otras disposiciones en materia de Carrera Administrativa*”

⁵³ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En este fallo se declararon inexecutable los incisos segundo y tercero del artículo 66 de la Ley 938 de 2004. El inciso segundo, se refería a la facultad otorgada a la Comisión de Carrera de la Fiscalía de actualizar el registro de elegibles.

⁵⁴ M.P. Alfredo Gómez Quintero.

⁵⁵ La línea jurisprudencial en esta materia se encuentra recogida en la sentencia SU-917 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacios Palacios.

⁵⁶ Cfr. Corte Constitucional T-1011 de 2003; T-951 de 2004; T-031 de 2005; T-267 de 2005; T-1059 de 2005; T-1117 de 2005; T-245 de 2007; T-887 de 2007; T-010 de 2008; T-437 de 2008; T-087 de 2009 y T-269 de 2009. Así mismo, la sentencia SU-917 de 2010, que recoge toda la jurisprudencia sobre este particular y fija las órdenes que debe dar el juez de tutela en estos casos.

⁵⁷ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵⁸ Véanse, por ejemplo, las Sentencias C-064 de 2007. M. P. Rodrigo Escobar Gil y T-951 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵⁹ M.P. Alfredo Gómez Quintero.

⁶⁰ M.P. Alfredo Gómez Quintero.

⁶¹ M.P. Alfredo Gómez Quintero

⁶² <http://fgn.fiscalia.gov.co:8080/Fiscalia/contenido/html/Carrera2007.jsp#>. Consultada efectuada el 7 de diciembre de 2010.

⁶³ M.P. Jorge Ignacio Pretit Chaljud, noviembre 24 de 2009.

⁶⁴ Folio 18 del cuaderno principal.

⁶⁵ Folio 34 del cuaderno principal.

⁶⁶ Folio 75 del cuaderno principal.

⁶⁷ Impugnación del fallo de primera instancia, folio 76 del cuaderno principal,

⁶⁸ Folio 96 del cuaderno principal.

⁶⁹ Folio 7 del cuaderno original.

⁷⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-334 de 1996.

⁷¹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-405 de 1995.

⁷² Ver entre otras, sentencias C-733 de 2005, C- 1177 de 2001; C- 517 de 2002; C- 1079 de 2002; C- 969 de 2003 y C- 077 de 2004.

⁷³ [Cita del aparte transcrito] *Sentencia C-563/2000, M.P. Fabio Morón Díaz.*

⁷⁴ Sentencia C- 1079 de 2002 (FJ # 3.3)

⁷⁵ C-371 de 2000, reiterada en la C-733 de 2005

⁷⁶ C-266 de 2002

⁷⁷ [Cita del aparte transcrito] *Corte Constitucional, Sentencia C-292 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño.*

⁷⁸ [Cita del aparte transcrito] *Corte Constitucional, Sentencia C-725 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.*

⁷⁹ [Cita del aparte transcrito] *Corte Constitucional, Sentencia C-097 de 2001, M.P. Fabio Morón Díaz.*

⁸⁰ [Cita del aparte transcrito] *Corte Constitucional, Sentencia C-973 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.*

⁸¹ C-1079 de 2002, reiterando lo dispuesto en la C-266 de 2002

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA SU-446/11

Expediente T-2.643.464 (Acumulados)

Acción de tutela instaurada por Nelson Triana Cárdenas y otros contra la Comisión Nacional de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Con el debido respeto, me permito presentar las razones que me llevaron a salvar el voto en el asunto de la referencia.

1. Le correspondió a la Sala Plena en este caso, revisar un número considerable de acciones de tutela, que fueron oportunamente acumuladas para ser resueltas en una misma sentencia, promovidas por particulares y personal al servicio de la Fiscalía General de la Nación, que participaron en las convocatorias abiertas por la citada entidad en el año 2007, para proveer los cargos de Fiscal y Asistente de Fiscal que en los distintos niveles se encontraban vacantes o provistos en provisionalidad.

2. De manera general, las solicitudes de amparo le atribuían a la Comisión Nacional de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación, una presunta violación de los derechos a la igualdad, al debido proceso y al acceso a cargos públicos conforme al principio del mérito, derivada de la interpretación dada a las reglas del concurso, en el sentido de negarse a hacer uso del registro de elegibles para efectuar nombramientos en cargos de carrera que no fueron expresamente convocados, pero que eran de la misma naturaleza y perfil de las plazas a que se refería el respectivo registro.

La posición adoptada por dicha entidad, y que a juicio de los actores resultaba violatoria de sus derechos, encontraba sustento en la tesis esbozada por el Consejo de Estado, según la cual, la convocatoria es la regla del concurso y es inmodificable, lo que conlleva que los cargos que no hayan salido a concurso no pueden ser provistos con el registro de elegibles vigente, debiéndose para el efecto llevar a cabo un nuevo concurso público. La citada postura, a su vez, resultaba contraria a la asumida por la Corte Suprema de Justicia, quien, al resolver en segunda instancia algunas de las acciones de tutela que hacían parte del paquete objeto de revisión, dejó sentado el criterio sobre la forma como tenía que procederse una vez los cargos convocados hubieran sido provistos, en el sentido de señalar que el registro de elegibles debía ser utilizado

no solo para llenar las plazas convocadas, sino también aquellas que con posterioridad al concurso hubieran quedado vacantes o en provisionalidad, y que tuvieran la misma naturaleza de los cargos para los cuales se había abierto el concurso.

3. Así planteado el debate, en sede de Revisión, le correspondió a la Corte establecer el verdadero alcance del registro de elegibles, en particular el proferido por la Fiscalía General de la Nación para las distintas convocatorias del año 2007, a partir de los postulados constitucionales que regulan la materia.

4. La sentencia de la que me aparto, aun cuando le reconoce al sistema de carrera el carácter de pilar fundamental del Estado Social de Derecho, llegó a la conclusión, equivocada a mi juicio, de que las pautas o reglas de los concursos públicos para el acceso a la carrera son inmodificables y, por tanto, que a la administración no le es dado hacer ninguna variación de ellas porque se lesionan los derechos y principios constitucionales. En ese contexto, consideró que la Fiscalía General de la Nación solo podía utilizar el registro de elegibles que expidió mediante el acuerdo 07 de 2008, para proveer únicamente el número de cargos ofertados en cada una de las convocatorias del año 2007, toda vez que esa era una de las reglas del concurso.

5. En contraposición a lo resuelto por la mayoría de los miembros de la Sala, soy de la opinión que la posición que se ajusta a la jurisprudencia constitucional, a las disposiciones constitucionales sobre la materia, y a las normas legales que regulan el régimen de carrera de la Fiscalía General de la Nación, es aquella según la cual el registro o lista de elegibles, mientras esté vigente, debe utilizarse para proveer todos los cargos que se encuentren vacantes o en provisionalidad, y que sean de la misma categoría a los que fueron objeto del concurso público de méritos.

6. El artículo 125 Superior consagra, como regla general, que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, y que el acceso a la carrera debe estar basado en los méritos y calidades de los aspirantes. La misma norma se refiere al concurso público como un mecanismo idóneo para establecer el mérito y así impedir que criterios diferentes a él puedan constituirse en factores determinantes del ingreso y permanencia en la carrera administrativa.

Con respecto a dicho mandato, esta Corporación ha dejado sentado que la carrera y el sistema de concurso público de méritos, constituyen instrumentos técnicos de administración de personal y mecanismos de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto buscan garantizar que a la función pública accedan los mejores y los más capaces funcionarios o servidores estatales.

7. En armonía con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, dentro de la estructura institucional del Estado, la carrera administrativa es un *"principio constitucional y, por lo mismo, una garantía cuyo incumplimiento puede acarrear la sustitución de la Constitución"*, pues la misma tiene relación directa con distintos contenidos constitucionales que se despliegan en tres órdenes: (i) los relativos al cumplimiento de los fines del Estado, (ii) a la vigencia de algunos derechos fundamentales -como el acceso a cargos públicos y el debido proceso-, y (iii) al respeto del principio de igualdad.

8. Así entendida, la regla general de la carrera, como mecanismo preferente de acceso al servicio público, tiene un claro significado constitucional, cual es el de que todos aquellos cargos que hayan sido definidos previamente como de carrera, deben ser provistos con quienes han superado el concurso público de méritos, de acuerdo con su ubicación en la respectiva lista o registro de elegibles, comenzando por quien obtuvo el primer lugar, pues tal es el proceder que se deriva del mandato consagrado en el artículo 125 Superior.

9. Sobre esa base, este Tribunal también viene afirmando que quienes participaron en un concurso público de méritos, lo aprobaron y hacen parte de una lista de elegibles, mientras ésta se encuentre vigente, son titulares de un derecho subjetivo: el de ser nombrados en los cargos para los que concursaron, cuando exista una vacante o aquellos se encuentren provistos en provisionalidad.

10. Desde ese punto de vista, el registro o lista de elegibles, entendido como el acto administrativo que contiene las personas que aprobaron el concurso y que debe ser nombradas en los cargos de carrera, cumple un doble propósito: (i) proveer las vacantes para las cuales se convocó el respectivo concurso, y, además, (ii) proveer las demás vacantes que se produzcan durante su vigencia, siempre que se trate de los mismos cargos que fueron objeto del concurso.

11. A la luz de los criterios expuestos, sobre la base de que la Constitución privilegia el acceso al servicio público mediante el sistema de carrera, la interpretación conforme a la Constitución, es que el registro de elegibles, mientras esté vigente, debe ser utilizado para proveer los cargos que fueron convocados a concurso, y también, para proveer los cargos que no lo fueron pero que tienen la misma categoría de los primeros, y que se encuentran vacantes o provistos en provisionalidad.

12. Dicha interpretación, respeta la filosofía que inspira la incorporación constitucional de acceso al servicio público por el sistema carrera, por las siguientes razones: (i) inicialmente, por cuanto se están nombrando a personas que han superado un concurso de mérito, diseñado de acuerdo a las necesidades del servicio y, especialmente, para cargos de igual naturaleza y categoría, es decir, no se trata de un mecanismo de ingreso automático a la función pública, arbitrario e inconsulto; (ii) además, el nombramiento de personal incluidos en la lista de elegibles, apunta a hacer más eficiente el uso del talento humano, en cuanto se acude a personal capacitado y previamente evaluado sobre las condiciones necesarias para el ejercicio de los cargos por proveer; (iii) también permite un uso racional de los recursos públicos, ya que se evita tener que convocar nuevos concursos a muy corto plazo, tantos como vacantes se vayan presentando, con los altos costos que ello demanda para el erario público; (iv) de igual manera, se asegura que a la función pública accedan los mejores y los más capaces funcionarios, descartándose la inclusión de otros factores de valoración que repugnan con la esencia misma del Estado Social de Derecho, y con la filosofía que inspira el sistema de carrera, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo, pues, mientras se surten los nuevos concursos, los cargos de carrera a proveer quedarían sujetos a la sola voluntad del nominador y lo serían a través de la figura de la provisionalidad; (v) asimismo, se garantiza el ejercicio del derecho subjetivo de que son titulares quienes hacen parte de la lista de elegibles, en cuanto permite que éstos accedan a un cargo igual para el que concursaron y demostraron su idoneidad; y, finalmente, (vi) se permite el desarrollo de los principios que gobiernan la función pública, en particular, los que propugnan por su eficiencia, celeridad y economía, por cuanto no se obliga a la administración a efectuar concursos cada vez que se presenten vacantes, haciéndose uso del registro de elegibles que se encuentre vigente, el cual existe para llevar a cabo la provisión de cargos en forma rápida y eficaz, conforme con las reglas del mérito.

13. La posición que avala el uso de la lista de elegibles para proveer cargos de carrera -vacantes o en provisionalidad-, iguales a los que fueron objeto de la convocatoria, además de coincidir con el criterio esbozado por la Corte Suprema de Justicia en materia de tutela, recoge fielmente el precedente constitucional fijado por la propia Corte Constitucional en la Sentencia C-319 de 2010, en la que la Corporación llevó a cabo el estudio de constitucionalidad del artículo 145 de la Ley 201 de 1995, que regula uno de los pasos esenciales del proceso de ingreso a la carrera administrativa de la Defensoría del Pueblo, cual es la conformación de la lista de elegibles. En dicho pronunciamiento, la Corte sentó como regla, que cuando se trate de proveer cargos de grado y denominación igual a los que fueron objeto de concurso público de méritos, el uso de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador. Al respecto, dijo la Corte en el mencionado fallo:

“Así las cosas, la Corte considera necesario condicionar en primer lugar la exequibilidad de la norma en el sentido de que cuando se trate de proveer una vacante de grado igual, correspondiente a la misma denominación, el empleo de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador”

“El nominador no cuenta con una facultad sino con un deber al momento de recurrir a la lista de elegibles, a efectos de proveer un cargo de grado y denominación iguales para el cual se abrió originalmente el concurso de méritos. Lo anterior, bien entendido, durante el tiempo de vigencia de la lista de elegibles.”

14. Ahora bien, las normas que regulan el régimen de acceso, permanencia y retiro de los empleados al servicio de la Fiscalía General de la Nación, se aviene también al criterio que permite utilizar el registro de elegibles para proveer cargos de carrera que no fueron ofertados al momento de la convocatoria al concurso, pero que son iguales a los que fueron convocados originalmente, y que se encuentran vacantes o provistos en provisionalidad. Al respecto, el artículo 66 de la Ley 938 de 2004, *“Por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”*, consagra expresamente que el Registro de Elegibles debe utilizarse para la provisión de los cargos a proveer y también para proveer las vacantes que se presenten durante su vigencia. Dice la norma:

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

15. En plena concordancia con la norma citada, el Acuerdo 0001 del 30 de junio de 2006, *“Por el cual se expide el reglamento del proceso de selección y el concurso de méritos”* de la Fiscalía General de la Nación, en sus artículos 22 y 23, dejan en claro que el registro de elegibles, mientras esté vigente, debe utilizarse para llenar los cargos de carrera vacantes en dicha entidad. Sobre el particular, disponen tales mandatos:

ARTÍCULO 22. *Registro de Elegibles. Con base en los resultados del concurso de méritos se conformará el Registro de Elegibles para la provisión de los cargos y las vacantes que se presenten durante su vigencia, en estricto orden descendente del puntaje.*

ARTÍCULO 23. *Elaboración del Registro de Elegibles y Nombramientos. Corresponde a la Oficina de Personal, previa instrucción de la Comisión Nacional de Administración de la Carrera, elaborar y actualizar el Registro de Elegibles. El Registro estará conformado por los candidatos que hayan aprobado el concurso de méritos y que no hayan sido nombrados”.*

“El registro de elegibles deberá utilizarse para la provisión de los cargos vacantes en la entidad”

16. Así las cosas, la premisa de la cual parte la decisión mayoritaria no es entonces acertada, toda vez que las convocatorias hechas por la Comisión Nacional de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación no constituían propiamente la ley del concurso de méritos, ya que tales convocatorias debían sujetarse a la Ley 938 de 2004 y al Acuerdo 001 del 30 de julio de 2006. De acuerdo con lo prescrito por esta normatividad, todas las personas que se encontraban registradas en la correspondiente lista de elegibles, por haber superado el puntaje mínimo establecido para este concurso, tenían el derecho a ser nombrados en los cargos de carrera de la Fiscalía General de la Nación, en consonancia con el mandato del artículo 125 de la Constitución Política.

17. En esos términos, no cabe duda que la interpretación mayoritaria, que lleva a sostener que el registro de elegibles debe ser utilizado únicamente *“para llenar exclusivamente las vacantes señaladas en la respectiva convocatoria”*, contradice abiertamente el régimen constitucional de la carrera como mecanismo de acceso al servicio público, y desconoce abiertamente los principios que gobiernan la función pública, pues permite que, a pesar de existir personal capacitado, que ha sido seleccionado por méritos para ocupar los cargos que se encuentran vacantes, éstos deban ser ocupados por vía de la selección automática -en provisionalidad- mientras se surte un nuevo concurso.

17. Tal proceder, antes que desarrollar el mandato de la carrera previsto expresamente en el artículo 125 de la Carta, lo contradice, pues, como se dijo, tiende a promover la selección del personal al servicio del Estado por vías distinta a la del concurso de méritos, facilitando que en la escogencia de los servidores estatales incidan factores de valoración que han sido proscritos por la propia Constitución y que resultan contrarios al Estado Social de Derecho, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo, los cuales, a su vez, no permiten garantizar la eficacia y la eficiencia en el servicio público.

18. Si la posición que prevaleció se sustenta en el criterio acogido por el Consejo de Estado, que afirma que las reglas del concurso son invariables y, por tanto, que el registro de elegibles debe ser utilizado únicamente *“para llenar exclusivamente las vacantes señaladas en la respectiva convocatoria”*, tal criterio resulta ser equivocado, pues, como ha quedado visto, las normas de mayor jerarquía que gobiernan el concurso de méritos de la Fiscalía, prevén expresamente lo contrario, es decir, que el registro de elegibles, mientras esté vigente, debe ser utilizado para proveer cargos de carrera que no fueron ofertados al momento de la convocatoria al concurso, pero que son iguales a los que fueron convocados originalmente, y que se encuentran vacantes o que fueron provistos en provisionalidad.

19. En efecto, las normas del concurso de la Fiscalía General de la Nación constituyen un acto complejo, en el sentido que de ellas hacen parte, tanto las respectivas convocatorias, como las normas que le sirven de sustento a éstas, es decir, la Ley 938 de 2004 y el Acuerdo 001 de 2006. Con lo cual, acoger la interpretación que limita la lista de elegibles a las vacantes señaladas en la convocatoria, no está respetando las reglas del concurso, pues éstas imponen que el registro de elegibles sea usado para llenar las vacantes que no fueron convocadas, pero que corresponden a cargos iguales de los que sí lo fueron.

En los términos descritos, dejo entonces sentada mi posición contra-mayoritaria.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA SU446/11

Referencia: expedientes acumulados T-2.643.464 y otros

Acción de tutela instaurada por Nelson Triana Cárdenas y otros en contra de la Comisión Nacional de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Con el respeto acostumbrado con las decisiones que toma esta Corporación, me permito disentir del fallo adoptado por la Sala Plena dentro de los expedientes de la referencia. Las breves razones que apoyan mi postura son las siguientes:

La tesis que se aparta de la posición mayoritaria se resume en lo siguiente: en virtud del mérito, la lista de elegibles vigente debe ser utilizada para proveer la totalidad de los cargos vacantes o que se encuentran ocupados en provisionalidad en cualquier dependencia de la Fiscalía General de la Nación, inclusive sobre aquellos que sean creados durante el trámite del concurso. Cualquier excepción a esta regla debe estar prevista claramente en la Carta, so pena de desnaturalizar la figura e incurrir y favorecer las mismas prácticas de clientela que se multiplicaron años atrás, que subsisten hoy en día y que desnaturalizan los fundamentos de la administración pública.

Esta proposición, que hasta ahora venía siendo defendida por la Corte de manera pacífica, aplicada a los casos clasificados dentro del primer grupo de expedientes, habría llevado a conceder los derechos fundamentales invocados y a ordenar que las plazas vacantes o que se encuentran ocupadas en provisionalidad sean proveídas en su totalidad por quienes cumplieron los requisitos establecidos en el concurso.

Para sustentar tal argumento, me permitiré abordar los siguientes puntos teóricos: primero, mostraré que la sentencia SU-446 de 2011 desconoce la Constitución y el precedente que había fijado esta Corporación en varias providencias y especialmente en la sentencia C-319 de 2010, sin que aquella presente planteamientos suficientes para cambiar la jurisprudencia. En segundo lugar, advertiré que el concurso de la Fiscalía contaba con las herramientas jurídicas suficientes para extender la lista de elegibles a los diferentes cargos que se fueron creando con posterioridad a la convocatoria; y, por último, expondré que los efectos del fallo son contrarios de manera frontal a la Carta Política.

1. Curiosamente la sentencia de unificación concluyó que no es posible extender la utilidad de las listas de elegibles para ocupar la gran mayoría de cargos en esa entidad, a partir de la cita de varias sentencias de esta Corporación. Aunque reconoció que la base constitucional para la provisión de los empleos estatales es el mérito y que este a su vez es compatible con los fines esenciales del Estado, así como con los derechos a la igualdad, al debido proceso y a la provisión de cargos públicos, terminó por concluir, dando un alcance supra constitucional a la intangibilidad de las normas de la convocatoria, que los resultados del concurso sólo aplican estrictamente a las vacantes expresamente ofertadas por el término de dos años.

Tal postura tiene como único sustento la naturaleza de las reglas adscritas al concurso. La Sala olvidó precisar cuidadosamente cuál es la utilidad de esas normas y cuál sería la real afectación de sus fundamentos constitucionales, es decir, en qué medida se desconocería la buena fe, la confianza legítima de los concursantes, así como la transparencia, la publicidad y la imparcialidad, frente a la extensión de la lista de elegibles respecto del número de cargos a proveer.

De dichos valores sólo se cita un apartado de la sentencia C-1040 de 2007 (num. 3.4.), en la que se hace un análisis de las modificaciones que

implican restricciones a los derechos de los concursantes. Ese escenario no se presenta en este asunto ya que, por el contrario, la extensión de los cargos ofertados maximiza los derechos y expectativas de los participantes que logran cumplir las exigencias mínimas de este y ejecuta a cabalidad el mandato previsto en el artículo 125 de la Carta. ¿Acaso, qué accionante vería disminuido su derecho en caso de ampliar el número de cargos a proveer? Ninguno. Por el contrario, la postura consignada en la sentencia SU-446 de 2011 sólo favorece a algunas de las personas que se encontraban vinculadas en condición de provisionalidad y a las vicisitudes planteadas por las entidades para no implementar el mérito como la regla general del servicio público-estatal.

Por otra parte, la providencia de la que me aparto también se refiere a un párrafo de la sentencia SU-913 de 2009, en la que se indica con claridad que la intangibilidad del registro permanece, salvo que éste implique el desconocimiento de la Constitución o de la ley. En contraste, la sentencia SU-446 de 2011 fijó un límite sin sustento al mérito de la carrera administrativa al fraccionar la provisión de los cargos de una entidad en aquellos eventos en los que inconstitucionalmente una institución sólo oferte algunos de sus empleos de manera parcial, cree unos nuevos o incluya cualquier regla que restrinja el alcance del concurso. El resultado: la preferencia de la forma de la convocatoria sobre su objetivo, termina cohonestando que las entidades estatales mantengan una gran cantidad de empleos en provisionalidad y de contratistas, promoviendo que el acceso de la administración pública se efectúe a través de las prácticas propias de las redes de clientela. Muy a pesar de que la vigencia de la Constitución está próxima a cumplir una veintena de años, en esta oportunidad la Corte perdió la oportunidad de declarar el incumplimiento reiterado y sistemático de su mandato, escenario que -incluso- podría configurar un estado de cosas inconstitucional.

Adicionalmente, la sentencia de unificación negó que la sentencia C-319 de 2010 constituyera un precedente a este caso, debido a que en aquella se estudió una “norma especial” creada por el legislador únicamente para la Defensoría del Pueblo. En contraste, considero que la ausencia de una norma igual a la que se estudió en la sentencia de constitucionalidad, no impedía que la Corte confrontara los fundamentos de tal fallo y en especial la regla jurisprudencial derivada de este y que, en razón a la Carta Política, obliga a proveer todos los cargos con el mismo grado y denominación, aunque no hayan sido incluidos en la convocatoria.

Recuérdese que en tal providencia no se restringió el objeto de análisis al régimen de carrera de la Defensoría del Pueblo. Allí se valoró si es facultativo del nominador extender la utilidad de la lista de elegibles para los cargos con la misma denominación y grado. La respuesta tajante a la que se llegó fue la siguiente:

“Así las cosas, según esta primera interpretación de la norma acusada se tiene que se trata de una facultad, que no de un deber, con que cuenta el Defensor del Pueblo para emplear una lista de elegibles, debidamente conformada, a efectos de nombrar en propiedad a una persona que superó un concurso de méritos, si bien no en el cargo para el cual inicialmente se inscribió y superó todas las etapas del concurso público, en un cargo que termina siendo de igual o inferior categoría, aunque con la misma denominación.

Por el contrario, una interpretación conforme con la Constitución, la cual será acogida por la Corte, apunta a señalar que se trata realmente de un deber y no de una facultad, por cuanto la única forma de ingresar a la carrera administrativa, es decir, a ocupar un cargo público en propiedad, es mediante la superación de un concurso público de méritos. En otras palabras, un nominador no puede contar con la facultad de decidir si hace nombramientos en propiedad en relación con personas que han superado un concurso de méritos.”

De manera restrictiva y peligrosa, la SU-446 de 2011 argumentó que constituye una potestad del legislador y, peor aún, de la entidad convocante la decisión de extender la lista de elegibles a cargos diferentes a los que fueron ofertados. Obviamente, una tesis así sólo puede ser sustentando a partir de la minimización de los derechos fundamentales y los valores adscritos a la puesta en marcha de la carrera administrativa; los mismos que fueron ponderados en la sentencia C-588 de 2009 en donde, paradójicamente, se rechazó la facultad del Congreso para efectuar una inscripción automática en la carrera administrativa; de este fallo basta con citar los siguientes párrafos:

“Cabe apuntar que la competencia para excepcionar, mediante ley, la carrera administrativa ha sido objeto de una amplia jurisprudencia en la cual, reiteradamente, la Corte ha reivindicado el carácter de regla general que le corresponde a la carrera y llamado la atención acerca de la necesaria limitación del legislador al fijar los cargos exceptuados, para evitar que el ordenamiento constitucional resulte alterado por una multiplicación de las excepciones que reduzca a extremos marginales el ámbito de la carrera administrativa, pues esta, en cuanto regla general, está llamada a predominar cuando se trate de la provisión de los empleos estatales, de la permanencia en el cargo, de los ascensos y del retiro.

Así las cosas, cuando se excluya del régimen de carrera administrativa un cargo y falte un principio de razón suficiente que justifique la

exclusión, "prima la regla general, establecida por la Constitución, esto es, la carrera administrativa"⁷⁰, pues la Constitución de 1991 "estableció un régimen que reforzó las garantías en favor de la prioridad de la Carrera Administrativa, que opera como principio especial del ordenamiento jurídico, y que antecede y prevalece ante el régimen de libre nombramiento y remoción de los funcionarios públicos"⁷¹.

Aunque en la sentencia SU-446 de 2011 no se efectúa una inscripción automática a la carrera administrativa, sí se afecta gravemente la implementación de esta, en la medida en que autoriza el fraccionamiento paulatino, crónico y -por qué no- permanente de los concursos, al permitir que sólo se oferten algunos empleos y al fijar un límite a la utilidad sustantiva de la lista de elegibles. Esto, tal y como se advirtió en la sentencia C-319 de 2010, también constituye una afrenta al principio de economía previsto en el artículo 209 constitucional, en la medida en que somete a la administración a la posibilidad de convocar a costosos procesos de selección sobre cargos que se encuentran disponibles en el registro de elegibles.

2. Con todo, el suscrito Magistrado considera que el régimen legal de carrera aplicable a la Fiscalía General de la Nación sí posee normas que bajo una interpretación conforme a la Constitución, llevarían a una sola conclusión: la lista de elegibles vigente puede aplicarse a aquellos cargos que no hayan sido inicialmente convocados. No otra inferencia puede obtenerse de los artículos 47 y 52 de la Ley 938 de 2004, a saber:

"ARTÍCULO 47. PRINCIPIO DE EXCELENCIA. El principio de excelencia tiene por objeto garantizar la calidad y el mejoramiento continuo del trabajo y de los servidores de la Fiscalía General de la Nación.

En virtud del principio de excelencia, los servidores que se rigen por el presente régimen, deberán ser seleccionados, los concursos aprobados y su trabajo desempeñado, con excelencia de méritos, procurando otorgar el ingreso al mejor candidato o servidor."

"ARTÍCULO 52. PRINCIPIO DEL MÉRITO. El principio del mérito tiene vocación constitucional, que surge del interés general y público en proveer los cargos de carrera con un sistema de méritos que garantice el ingreso y la permanencia de quienes reúnan las mejores condiciones académicas, profesionales, laborales y personales para ocupar los cargos públicos.

En ese sentido, el mérito es el presupuesto y principio básico para evaluar y calificar la calidad, la excelencia y las condiciones de los aspirantes y servidores que pretendan ingresar y permanecer dentro del régimen de carrera de la Fiscalía General de la Nación.

El mérito así establecido en el presente estatuto, asegura y procura la excelencia y calidad del servicio en el ejercicio de la función pública."

La entidad del mérito adoptada en la sentencia de unificación, dista radicalmente de la definición consignada por la Ley 938 de 2004. ¿Acaso el criterio adoptado en este fallo garantiza que los cargos de la Fiscalía General de la Nación serán ocupados por los mejores?

3. Finalmente, juzgo necesario señalar que los resultados de la decisión adoptada en la sentencia de unificación vulneran el principio de igualdad previsto en la Constitución (art. 13) y en la Ley 938 de 2004. Este último dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 48. PRINCIPIO DE IGUALDAD. El principio de igualdad tiene por objeto garantizar el ingreso y permanencia en la carrera de los servidores de la Fiscalía General de la Nación en igualdad de condiciones."

Los casos del segundo grupo denuncian -a grandes rasgos- que el fraccionamiento de la provisión de cargos en carrera desconoce sus condiciones particulares porque, siendo empleados en provisionalidad y en razón del concurso de méritos, fueron retiradas de la entidad mientras que otros compañeros, con circunstancias similares, siguieron vinculados. Algunas acciones plantean que dicho trato constituye una discriminación, ya que no tiene en cuenta que se trata de sujetos de especial protección constitucional.

La respuesta que la Corte Constitucional da a tales acciones en la sentencia de unificación es insatisfactoria. De haber protegido el mérito como

principal factor definitorio de ingreso a la Fiscalía General de la Nación, se habría dado una solución provechosa a tales demandas, declarando que todos los cargos en provisionalidad deben ser ocupados por las personas que aprobaron el concurso en estricto orden y, solo en caso de persistir las vacantes, darle prevalencia a quienes tuvieran una especial protección en la Carta.

Por último, hay que aclarar que el presente fallo solo aplica de manera estricta al régimen de carrera aplicable a la Fiscalía General de la Nación. Para las demás entidades, tal y como pienso que lo entendió la mayoría, se mantienen incólumes los alcances del mérito, la utilidad de la lista de elegibles y los derechos de los participantes.

Fecha ut supra,

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL DEL MAGISTRADO
HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
A LA SENTENCIA SU-446/11

1.- Con el acostumbrado respeto por la postura mayoritaria de la Sala Plena, el suscrito Magistrado procede a sustentar el presente salvamento de voto parcial respecto de la sentencia SU-446 de 2011.

2.- La sentencia en mención estudió varios fallos de tutela originados en demandas ciudadanas para aplicar el Acuerdo 007 de 2008 expedido por la Fiscalía General de la Nación, que contiene la lista de elegibles resultante del concurso de méritos celebrado por dicha entidad para proveer algunos cargos. La controversia se suscitó a propósito del alcance y carácter vinculante de aquellos puestos de la lista de elegibles que excedían el número de plazas que se sacaron a concurso. Esto es, el problema genérico del que se desprende el debate jurídico en cada uno de los casos, pretende responder al siguiente cuestionamiento: ¿resulta vinculante la lista de elegibles en aquellos puestos cuya ubicación se encuentra en un lugar numérico que excede el número de plazas que se sacaron a concurso?

Así, sobre lo anterior la mayoría resolvió, (i) que las personas nombradas en el estricto orden de la lista y dentro del rango de cargos sacados al concurso, tenían derecho a ser nombradas en caso de que esto no hubiera ocurrido, o a mantenerse en el cargo en propiedad, si en virtud de la lista ya se habían incorporado a la planta de personal; (ii) que las personas nombradas de acuerdo a la lista en mención, pero que ocuparon un lugar numérico en la misma que excedió el número de plazas sacadas a concurso, podían mantenerse en provisionalidad en dichos cargos hasta la realización de un nuevo concurso; y (iii) que las personas que ocupaban, tanto aquellos cargos sacados a concurso como los que no, y que fueron excluidas de la planta de personal por personas de la lista; debían tener prioridad en nombramientos futuros, siempre que por su condición, estuviera incluidas en alguna de las categorías del retén social (madres y padres cabeza de familia, discapacitados y los llamados *pre pensionados*).

Con base en las anteriores reglas genéricas, la Mayoría de la Sala resolvió los casos concretos estudiados y dio las órdenes respectivas. Tanto con los criterios normativos esbozados como con las órdenes derivadas de ellos, estoy de acuerdo.

3.- Ahora bien, además de lo anterior, el numeral noveno de la parte resolutive de la presente providencia, ordenó además a la Fiscalía General de la Nación iniciar los trámites de un nuevo concurso para proveer la totalidad de las plazas de la entidad, con lo que también estoy de acuerdo. Sin embargo agregó en la mencionada orden lo siguiente: *“En dicho concurso o concursos, 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”*. Así pues, no comparto el complemento de la orden de proveer la totalidad de los cargos por concurso, dirigido a considerar como factor de evaluación la experiencia del concursante en las funciones del cargo al que aspira; y a continuación expresaré las razones de dicho desacuerdo.

3.- Considero que la orden de la que disiento implica en la práctica favorecer en desarrollo de los concursos, a las personas que ocupan la plaza que se saca a concurso. Esto, en tanto el criterio consistente en incluir como factor de calificación la experiencia en las funciones no es cosa distinta que otorgar puntos por desempeñar labores propias del cargo, en el mismo cargo que se pretende proveer mediante la celebración del concurso. Y, la jurisprudencia constitucional ha insistido en que esta situación significa que los demás aspirantes al cargo nunca tendrán la

oportunidad de acceder a dichos puntos, por cuanto sólo quien ocupa el cargo en provisionalidad podría cumplir con la condición para ello.

Lo anterior es contrario al diseño constitucional de los concursos de méritos, pues –insisto– favorece a uno de los concursantes, aquel que ocupa el cargo en provisionalidad.

4.- En efecto, acerca de la provisión de cargos de la carrera administrativa con fundamento en el concurso de méritos, establecida en el inciso tercero del artículo 125 constitucional, ha establecido esta Corporación que el punto de partida es tanto la noción como los fines⁷² que enmarcan a la carrera administrativa en Colombia. De esto modo, se ha definido que “...la carrera y el sistema de concurso de méritos constituyen (...) un sistema técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto garantizan que a la organización estatal, y concretamente a la función pública, accedan los mejores y los más capaces funcionarios, <descartándose de manera definitiva la inclusión de otros factores de valoración que repugnan a la esencia misma del Estado social de derecho, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo>⁷³ que, por lo demás, se identifican en el área de la sociología política, el derecho público y la ciencia administrativa, como criterios de selección de personal que se contraponen a los nuevos roles del Estado contemporáneo y que afectan en gran medida su proceso de modernización y racionalización, el cual resulta consustancial a la consecución y cumplimiento de los deberes públicos.”⁷⁴

De este modo la jurisprudencia ha evolucionado al punto de afirmar que: (i) no hay lugar a distinguir entre modalidades de concursos para el acceso o ingreso a la carrera y modalidades de concursos para ascenso, pues el artículo 125 constitucional no establece dicha distinción; (ii) el fundamento sustancial para la provisión de cargos de carrera (ingreso o ascenso) es el mérito, que prohíbe incluir dentro de los parámetros de selección de personal criterios diferentes a aquellos que pretendan medir objetivamente el mencionado mérito de los aspirantes; y (iii) el reconocimiento de factores que sólo sean aplicables a unos concursantes y a otros no, como criterio de selección en los concursos, resulta desproporcionado incluso frente al derecho al reconocimiento e incentivo laboral a que tienen todos los trabajadores.

5.- En este orden, el fundamento sustancial que ampara la realización de los concursos es garantizar la provisión de cargos de carrera con base en el mérito, lo que significa para esta Corporación, la obligación de velar por el establecimiento de normas que garanticen una evaluación objetiva del mérito de quienes concursan para quedar en el cargo. De este modo se ha limitado la libertad del legislador para regular los sistemas de concurso “...de modo que se garantice la adecuada prestación del servicio público, [por lo que] no pueden desconocer los derechos fundamentales de los aspirantes que se satisfacen mediante la participación igualitaria en los procedimientos legales de selección de los funcionarios del Estado. El derecho a la igualdad no significa que el aspirante que toma parte en un concurso adquiere sin más el derecho a ser designado en el cargo. La ley está facultada para señalar los requisitos y condiciones necesarios para ingresar a los cargos de carrera y para determinar los méritos y calidades de los aspirantes (CP art. 125). El principio de igualdad, sin embargo, se opone a que la ley al regular el mecanismo de ingreso a la función pública, establezca requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y a la capacidad de los aspirantes teniendo en cuenta el cargo a proveer, que serían barreras ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales. Para asegurar la igualdad, de otra parte, es indispensable que las convocatorias sean generales y que los méritos y requisitos que se tomen en consideración tengan suficiente fundamentación objetiva y reciban, junto a las diferentes pruebas que se practiquen, una valoración razonable y proporcional a su importancia intrínseca.”⁷⁵ [Énfasis fuera del texto]

Igualmente, de manera reiterada y consistente la Corte Constitucional ha reconocido en el mérito un criterio fundamental “...para determinar el acceso al ascenso y el retiro de la función pública.”⁷⁶ En la sentencia C-266 de 2002 se hizo mención a pronunciamientos de la Corte en dicho sentido, por ejemplo las sentencias “...relativas al ascenso en la carrera diplomática y consular”, a la inconstitucionalidad de la imposibilidad de participar en concursos de ascenso en la DIAN diferentes al correspondiente a la categoría inmediatamente superior, a las calidades requeridas para el cargo de notario⁷⁹ y a los méritos para la promoción en la carrera docente⁸⁰. Lo anterior porque cualquier tipo de trato privilegiado o preferencial a servidores públicos, así sean de carrera, es contrario a la calidad y al mérito como criterios para el ingreso, el ascenso y la permanencia en la función pública (art. 125 C.P.).”

6.- En mi opinión, la observancia del mérito como elemento fundamental que debe inspirar los concursos al cabo de los cuales se proveerán los cargos de carrera, trae como consecuencia la verificación - por parte del juez constitucional - de la disposición de condiciones de igualdad en la evaluación de los aspirantes que participan en un concurso para acceder a un cargo de la carrera. En este orden, como lo ha afirmado la misma jurisprudencia, quedaron proscritas aquellas formas de evaluación de los aspirantes en donde se establecen requisitos que aplican para unos aspirantes pero no para otros. Esto es consecuencia lógica entre otros, por ejemplo de la declaratoria de inconstitucionalidad de los concursos cerrados por excluir de la posibilidad de participación en ellos a algunas personas, pues de nada serviría permitir que todas las personas que cumplen con los requisitos del cargo participen en el concurso para su provisión, si a todas no se les evalúa igual.

Así pues, sobre la inconveniencia e inconstitucionalidad de la hipótesis planteada en la presente sentencia consistente en la posibilidad de reconocer a los empleados inscritos en carrera su experiencia y desempeño en su cargo, en la realización de un concurso en el participen aspirantes inscritos en carrera como no-inscritos, ha dicho la Corte:

“A juicio de este Tribunal, aun considerando que el sistema de concurso cerrado puede resultar adecuado para hacer realidad el objetivo de estimular a los funcionarios escalafonados o inscritos en carrera y reconocerles su experiencia y buen desempeño en el ejercicio de sus funciones, dicho proceder “es innecesario” en el entendido que puede acudir a otros métodos menos lesivos de las garantías reconocidas a terceros -quienes también por sus calidades podrían acceder al cargo- y, a su vez, más apropiados e idóneos para asegurar tanto la observancia de tales fines lícitos, como la eficiencia de la función pública y la igualdad en la posibilidad de acceso a la misma en todas sus fases.”⁸¹ [Énfasis fuera de texto]

8.- Como se ve, para la Corte Constitucional ha sido claro que la noción de carrera administrativa como reguladora de la provisión de cargos en las entidades del Estado, propone privilegiar la igualdad en el acceso a las plazas de la carrera y reconocimiento objetivo del mérito en quien lo tenga, independientemente de si se está o no inscrito en la misma o si ocupa o no el cargo que se saca a concurso.

Y por último, en concreto sobre el reconocimiento de la experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia en el desempeño del cargo, como elemento constitutivo de la selección en las listas de elegibles en desarrollo del concurso; se consideró que esto consagra *“...un trato distinto entre los aspirantes que se desempeñan en provisionalidad y los demás, pues prevé una evaluación adicional para los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, a la fecha de la vigencia de la ley, y que aspiren a dichos cargos, que termina estableciendo a favor de éstos una ventaja injustificada con respecto a los demás aspirantes, y por lo tanto violatoria del derecho a la igualdad y del derecho de acceso a cargos públicos. El privilegio consiste en que a estos empleados, además de los factores comunes que se les tendrán en cuenta a todos los aspirantes, relativos a sus calidades académicas y experiencia, también se les toma en cuenta, de manera adicional, una evaluación de antecedentes, de experiencia, de antigüedad, de conocimiento y de eficiencia en el ejercicio del cargo para el cual se concursa, lo que representan una ventaja frente a quienes concursan y no se encuentran ocupando el cargo respectivo, según lo disponga la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual no se encuentra justificada.”* [Énfasis fuera de texto]

9.- De lo anterior concluyo categóricamente, que 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. 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.

En los anteriores términos salvo el voto.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA SU446/11

1. Manifesté mi acuerdo con las decisiones adoptadas por la Sala Plena de esta Corporación en lo concerniente a la imposibilidad de utilizar el registro de elegibles resultante de la convocatoria a concurso público, hecha por la Fiscalía General de la Nación en el año 2007 para proveer cargos por fuera del número de convocados, teniendo en cuenta que por razones ajenas a la voluntad del convocante el número de plazas con un perfil similar aumentó luego de la realización del concurso.

También concordé con la mayoría en cuanto consideró que el Fiscal General era discrecional para definir los cargos específicos que serían provistos con el registro de elegibles. Sin embargo, no estoy de acuerdo con las razones por las cuales la Sala Plena llegó a esta última decisión y la regla jurisprudencial que de ellas podría colegirse. Por esta razón, estimo indispensable *aclarar mi voto* en los términos que expondré a continuación:

2. El concurso que dio lugar a esta controversia consistió en seis convocatorias para ocupar diferentes cargos de carrera en la Fiscalía General de la Nación, identificadas por la denominación del cargo y el número de plazas ofertadas, todas ellas ubicadas en el nivel nacional. Como en el momento en que se emitió la convocatoria se preveía que ese número de plazas cubriría la totalidad de cargos con el mismo perfil en el país, era de esperarse que todos los funcionarios que ocupaban en provisionalidad los cargos objeto del concurso tuvieran que ceder su derecho a quienes hubieran adquirido derechos de carrera. En este escenario, la naturaleza global de la planta del personal no presentaba ningún reparo para la implementación del concurso.

No obstante, para el momento en que fue definida la lista de elegibles, el número de cargos con el mismo perfil y denominación excedía el número de plazas convocadas en el concurso. Por esta razón, la entidad tuvo que enfrentarse a una dificultad derivada del carácter global de la planta, consistente en que, luego de proveer todos los cargos ofertados, algunas de las plazas no serán provistas y los provisionales que las ocupan podrán permanecer en ellas. Pese a lo anterior, la convocatoria no estableció criterios para determinar cuáles serían las plazas específicas a llenar con la lista de elegibles.

3. Sobre este punto, la posición mayoritaria fue que el Fiscal General goza de discrecionalidad plena para determinar los cargos provistos por quienes superaron el concurso objeto de las acciones de tutelas. Las razones expuestas para ello son que esta facultad se deriva directamente de la naturaleza global de la planta de personal, y que todos los servidores públicos que ocupan los cargos objeto del debate son provisionales, de suerte que todos tienen una estabilidad laboral precaria que en cualquier caso debe ceder frente a cualquier otro funcionario con mejor derecho, máxime cuando todos tienen conocimiento del concurso.

Atendiendo a estas razones, continuó la mayoría, no se puede afirmar que se vulneraron los derechos a la igualdad y al debido proceso de los provisionales que se vieron obligados a ceder su cargo frente a quienes ganaron el concurso, aun cuando otros sujetos en la misma condición no hubieran sido removidos de su cargo. Se exceptúan de esta conclusión las madres y padres cabezas de familia, las personas que están próximas a pensionarse, y las personas en situación de discapacidad, frente a quienes la Fiscalía General tenía el deber de garantizar que fueran las últimas en ser desvinculadas.

4. A mi juicio, era necesario concluir que el Fiscal General podía determinar con discrecionalidad los cargos en provisionalidad que serían afectados con los resultados del concurso, excepto en lo que tiene que ver con las personas en condiciones de especial vulnerabilidad señaladas en la sentencia. Considero, sin embargo, que esta conclusión es excepcional, solo obedece a las particularidades del caso concreto y que, de ninguna manera, podría concluirse que el Fiscal General o cualquier otra entidad pública con plantas globales de personal puede llamar a concursos sin definir los cargos específicos de los que trata la convocatoria.

En consideración a los derechos a la confianza legítima, el debido proceso, y la igualdad entre quienes ocupan los cargos en provisionalidad, la regla general debe ser que, incluso en las convocatorias relativas a plantas globales, la entidad pública está obligada a individualizar de forma suficiente los cargos que se proveerán mediante concurso o a establecer criterios razonables para dilucidar este punto, en caso de que el número de plazas existentes no sea equivalente al número sometido a concurso de méritos.

5. En este caso la Corte pudo establecer que el concurso realizado por la Fiscalía General de la Nación pretendía cubrir la totalidad de las plazas en el país de determinados perfiles, pero que por cambios legislativos posteriores éste número de plazas se vio afectado. Por ello, y debido a que nada decía la convocatoria en relación con la especificación de las plazas, no podía entrar la Corte a precisar cuáles exactamente eran las plazas ocupadas por servidores públicos de carrera. La Corporación en pleno carecía de información técnica suficiente para hacerlo y su injerencia hubiera sido inconveniente pues, terminaría haciendo lo que pretendió evitar al resolver el primer problema jurídico: modificar las reglas del concurso.

Además, aun cuando no puede negarse que esta situación genera situaciones disímiles e incertidumbre entre quienes ocupan los cargos en provisionalidad, por el carácter precario de la estabilidad laboral de los peticionarios y el cambio inesperado de las condiciones materiales de provisión de los cargos de carrera, era dable concluir que dichas diferencias no constituían para el caso concreto afectaciones a los derechos a la confianza legítima y a la igualdad.

Pero lo cierto es que de convertirse esta en una regla general, ésta puede convertirse en una verdadera vulneración a derechos fundamentales de los servidores públicos pues avalaría conductas tales como que las entidades públicas convoquen un número de plazas menor a la existente, sin especificación alguna, y luego seleccionen a los provisionales que dejarán su cargo, con criterios que nada tienen que ver con las necesidades del servicio, con el mérito de los trabajadores o con los demás parámetros constitucionales de selección de los servidores públicos, abriendo espacios para el ejercicio arbitrario del poder de nominación. Por eso, es mi posición que la regla general debe ser determinar o hacer determinables los cargos que se someten a concurso, aun cuando pertenezcan a plantas globales.

6. La misma Corte reconoció que la necesidad constitucional de dichos criterios al señalar que, como mínimo, la Fiscalía debió tener como parámetro para establecer los cargos sobre los que el concurso repercutió las condiciones de especial vulnerabilidad de ciertas poblaciones, a saber, las madres y padres cabezas de familia, las personas próximas a pensionarse tomando en consideración la fecha en que se expidió la lista de elegibles, y las personas con discapacidad. En este sentido, la propia Corporación reconoció que la Fiscalía erró al no prever criterios mínimos para la asignación de las plazas. Del mismo modo, dejó claro que este proceso de especificación de las plazas no puede ser totalmente discrecional sino que debe obedecer a criterios objetivos y razonables, que sean susceptibles de control mediante los mecanismos administrativos y judiciales correspondientes.

7. Por estas razones, y debido a que nada dijo la mayoría en relación con este aspecto que reviste especial importancia desde el punto de vista de los derechos de los servidores que ocupan en provisionalidad cargos del Estado, considero pertinente aclarar mi voto señalando que, más allá del excepcional caso particular, las obligaciones de claridad y certeza en las normas que regulan los concursos de méritos -regla general para la provisión de los cargos del Estado- se extienden al deber de especificar o establecer criterios suficientes para hacer especificables los cargos que serán provistos dentro de una planta global de personal.

Fecha *ut supra*,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Fecha y hora de creación: 2024-09-20 04:36:27