



Bogotá, D.C., 29 de septiembre de 2021

**Honorables Magistrados
Corte Constitucional
Cuidad**

Expediente: D-14335

Referencia: Acción pública de inconstitucionalidad interpuesta por Luz Patricia Agudelo Patiño y Yefer Bejarano Moreno contra los numerales 3° y 4° del artículo 11 del Decreto Ley 020 de 2014, "Por el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas".

Magistrada Ponente: Diana Fajardo Rivera

Concepto No.: 6999

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 278.5 de la Constitución Política¹, rindo concepto en el asunto de la referencia.

I. Antecedentes

Los ciudadanos Luz Patricia Agudelo Patiño y Yefer Bejarano Moreno presentan demanda de inconstitucionalidad contra las expresiones que se subrayan de los numerales 3° y 4° del artículo 11 del Decreto Ley 020 de 2014:

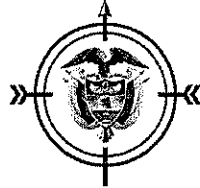
*"**Artículo 11. Clases de nombramiento.** En la Fiscalía General de la Nación y en sus entidades adscritas la provisión de los cargos se efectuará mediante nombramiento: (...)*

***3.Provisional:** Para proveer empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción vacantes de manera temporal, cuando el titular no esté percibiendo la remuneración, mientras dure la situación administrativa.*

Los cargos de carrera especial vacantes de manera definitiva también podrán proveerse mediante nombramiento provisional con personas no seleccionadas por el sistema de méritos, mientras se provee el empleo a través de concurso o proceso de selección.

Al aspirante a ocupar un empleo de carrera a través de nombramiento provisional la Fiscalía General de la Nación podrá aplicar las pruebas que considere necesarias para valorar la adecuación del perfil del aspirante al cargo a desempeñar, para lo cual, de ser requerido, se apoyará en el Departamento Administrativo de la Función Pública.

¹ "Artículo 278. El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones: (...) 5. Rendir concepto en los procesos de control de constitucionalidad".



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

4. Encargo: *Para proveer empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción vacantes de manera temporal o definitiva, el cual se regirá por lo dispuesto en las normas que desarrollan las situaciones administrativas para el personal de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas (...)*”.

Los accionantes solicitan que la Corte Constitucional declare la exequibilidad condicionada de las expresiones demandadas, *“disponiendo que los cargos de carrera que se encuentren en vacancia definitiva o temporal y cuando no exista lista de elegibles, deben proveerse primeramente mediante encargo con los funcionarios que gozan de derechos de carrera administrativa”*.

Ello, porque dichas expresiones desconocen los artículos 13, 40.7, 53 y 125 de la Constitución, pues regulan de manera indistinta las situaciones administrativas de encargo y provisionalidad, ignorando el deber del legislador de privilegiar el uso de la primera figura sobre la segunda con el fin de asegurar la vigencia del principio del mérito. En efecto, los actores sostienen que dicho mandato superior se optimiza otorgándole prelación a los servidores de carrera sobre los aspirantes externos al momento de cubrir las vacantes laborales de la Fiscalía General de la Nación.

II. Concepto del Ministerio Público

El artículo 40.7 de la Carta Política señala que *“todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) acceder al desempeño de funciones y cargos públicos”*.

A su vez, el artículo 125 de la Constitución establece, como regla general, el régimen de carrera administrativa para la gestión del acceso, permanencia, ascenso y retiro de los empleos del Estado, *“buscando con ello privilegiar el mérito como criterio de selección y permanencia del personal público”*. Asimismo, en dicha disposición se contemplan, a modo de excepciones, los cargos *“de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”*.

Al respecto, se destaca que existen tres grandes regímenes de carrera administrativa en Colombia, a saber²: (i) general de carrera³; (ii) especial de carrera de origen constitucional⁴, como el sistema de ingreso, permanencia, ascenso y retiro de la Fiscalía General de la Nación (artículo 268.10 CP); y (iii) especial de carrera de origen legal⁵.

² Cfr. Sentencia C-242 de 2020 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Cristina Pardo Schlesinger), reiterando los fallos C-288 de 2014 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y C-285 de 2015 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

³ Desarrollado en la Ley 909 de 2004 y mediante el cual se gestionan la mayoría de los empleos de la administración pública en los niveles nacional y territorial, tanto de los sectores central como descentralizado, salvo los que estén sometidos a un especial sistema de provisión por ministerio de la Constitución o la ley.

⁴ El cual se circunscribe a aquellos empleos que, por disposición del Constituyente deben gestionarse mediante un sistema especial, como sucede con los cargos de las universidades estatales (art. 69 CP), las Fuerzas Militares (art. 217 CP), la Policía Nacional (art. 218 CP), la Fiscalía General de la Nación (art. 253 CP), la Rama Judicial (art. 256-1 CP), la Registraduría Nacional del Estado Civil (art. 266 CP), la Contraloría General de la República (art. 268-10 CP) y la Procuraduría General de la Nación (art. 279 CP).

⁵ Denominado también como *“sistema específico”*, el cual engloba los empleos que, por disposición del legislador, deben gestionarse mediante un sistema especial, como ocurre con el personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

Igualmente, en el artículo 125 superior se señala que *“el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”*, esto es, por concurso.

En consonancia con lo anterior, la Corte Constitucional ha sostenido que *“el legislador cuenta con un amplio margen de configuración normativa para clasificar los concursos, señalar sus trámites y estatuir los requisitos exigibles en cada uno de ellos”*⁶. Con todo, dicha corporación ha precisado que la referida facultad encuentra límites en: *“(i) la búsqueda de la eficiencia y eficacia en el servicio público; (ii) la garantía de la igualdad de oportunidades (art. 13 CP) y; (iii) la protección de los derechos subjetivos consagrados en los artículos 53 y 125 de la Constitución”*⁷.

En punto de ello, el referido tribunal ha considerado que no se desconocen los mandatos superiores cuando el legislador permite que las vacantes temporales o definitivas sean provistas, mientras se realizan los concursos correspondientes, mediante las figuras administrativas de provisionalidad y encargo. Lo anterior, porque se trata de excepciones a la *“regla general de la provisión de cargos de carrera administrativa mediante concurso público”*, que resultan *“válidas desde el punto de vista constitucional en aras de preservar la continuidad del servicio público de la administración, y no vulneran el principio de carrera administrativa ni el principio de igualdad de oportunidades, siempre y cuando el Legislador fije claros límites temporales a ella, y la administración justifique dichos nombramientos en provisionalidad o en encargo mediante actos administrativos motivados”*⁸.

Así mismo, la Corte Constitucional ha estimado que no es una obligación constitucional del legislador establecer que los funcionarios de carrera tengan preferencia en la provisión de las mencionadas vacantes y, por consiguiente, que deba otorgársele prelación a la figura de encargo sobre el nombramiento en provisionalidad de personas externas de la entidad. En concreto, en la Sentencia C-503 de 2020⁹, se determinó que:

“(…) no se vislumbra que, ante la necesidad de proveer transitoriamente una vacante, el servidor en carrera tenga mejor derecho que el particular que se encuentra por fuera de la entidad (...), considerando que la inscripción en carrera se circunscribe a un empleo específico -aquél para el cual se concursó-, a tal punto que, para poder ascender con derechos de carrera, se debe concursar nuevamente para el cargo superior. De manera que los méritos que demostró se predicen del cargo para el que concursó, y no se extrapolan automáticamente para el desempeño de otra posición dentro de la entidad.

En otras palabras, el hecho de estar inscrito en el régimen de carrera de la entidad, ciertamente puede ser un criterio a tener en cuenta por el nominador en el marco de

Aduanas Nacionales o en las entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, entre otros.

⁶ Sentencia C- 486 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

⁷ Sentencia C-288 de 2014 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

⁸ Sentencia C-753 de 2008 (M.P. Jaime Araújo Rentería).

⁹ M.P. Alejandro Linares Cantillo.



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

su discrecionalidad para proveer el cargo y al momento de motivar el acto administrativo, pero no genera, por sí mismo, un derecho que ubica al servidor de carrera en situación de privilegio o prelación frente al particular”.

Adicionalmente, en dicho fallo de constitucionalidad abstracta, dando respuesta a argumentos similares a los planteados en la demanda de la referencia, la Corte explicó que:

“Los empleados inscritos en la carrera han demostrado un mérito específico para el ejercicio del empleo en el que se encuentran inscritos, pero ello no significa que tengan un mérito concreto y especial para el ejercicio de un empleo diferente, mediante el encargo, razón por la cual, no disponen de un mejor derecho a ejercer el cargo, respecto de quienes aspiran a un nombramiento en provisionalidad.

Sin embargo, el nominador debe ejercer su facultad discrecional, tomando en consideración la excelencia demostrada en el cargo por parte de los empleados de carrera, así como los beneficios y estímulos que acarrea el encargo en la conformación de una planta de personal técnica, capacitada y con experiencia.

Los importantes beneficios que acarrea el encargo, a la luz del adecuado funcionamiento de la carrera, no implican que dichos servidores públicos dispongan de un derecho preferente a ejercer los empleos vacantes temporal o definitivamente, a la luz del principio de igualdad en el acceso a los empleos y funciones públicas”¹⁰.

A partir de las consideraciones reseñadas, la Procuraduría estima que las expresiones cuestionadas son compatibles con los mandatos constitucionales, puesto que constituyen un desarrollo legal razonable y proporcional para suplir las vacantes laborales que se presenten en la Fiscalía General de la Nación mientras se adelantan los concursos y procesos de selección respectivos¹¹.

En concreto, la posibilidad realizar nombramientos en provisionalidad o en encargo encuentra justificación en la necesidad de asegurar la continuidad en la prestación del servicio, la cual puede verse afectada con ocasión de una vacante laboral. En efecto, *“el nombramiento por concurso requiere la realización del propio concurso con sus etapas, es decir, de un tiempo mínimo para su desarrollo y ejecución”¹².*

Adicionalmente, el uso de dichas figuras administrativas es temporal, pues su duración está determinada por la provisión del empleo mediante el concurso o el proceso de selección correspondiente, los cuales deben adelantarse de manera periódica¹³.

Así mismo, el nombramiento en provisionalidad o encargo sólo puede concretarse si la persona cumple con los requisitos exigidos para el cargo respectivo¹⁴. Sobre el

¹⁰ Sentencia C-503 de 2020 (M.P. Alejandro Linares Cantillo).

¹¹ Ibidem. *“La posibilidad de efectuar nombramientos en cargos de carrera sin previo concurso de méritos no es incompatible con la Constitución, siempre que a ella se acuda, no como mecanismo para eludir la obligación de proveer los cargos mediante procesos de selección objetivos e igualitarios, sino como medida para asegurar la continuidad de la función pública”.*

¹² Sentencia C-503 de 2020 (M.P. Alejandro Linares Cantillo).

¹³ Cfr. Artículos 35 (vigencia de las listas de elegibles) y 188 (convocatorias a concurso o proceso de selección) del Decreto Ley 020 de 2014.

¹⁴ Cfr. Artículo 144 (Condiciones para el nombramiento) del Decreto Ley 020 de 2014.



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

particular, se destaca que, con el propósito de verificar la idoneidad de la persona externa propuesta para ocupar temporalmente un cargo de carrera, la norma acusada faculta a la entidad para *“aplicar las pruebas que considere necesarias para valorar la adecuación del perfil del aspirante al cargo a desempeñar”*.

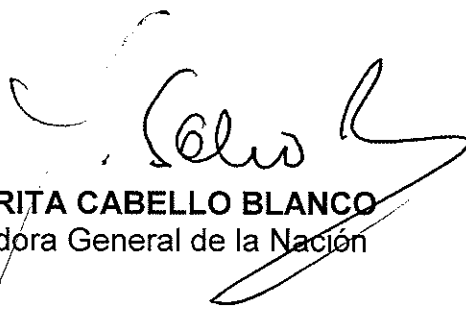
Aunado a lo anterior, siguiendo el precedente en vigor, para el Ministerio Público es evidente que las expresiones reprochadas son proporcionales, porque la discrecionalidad que se le otorga a la entidad para realizar nombramientos en provisionalidad o en encargo: (a) es adecuada para asegurar la continuidad del servicio, en la medida en que permite al nominador suplir la vacancia de manera expedita; y (b) no desconoce las prerrogativas de los empleados de carrera, pues la circunstancia de haber ingresado a la entidad por concurso no genera, por sí misma, un derecho que ubique a dichos servidores en situación de privilegio o prelación frente a los particulares.

Ciertamente, *“la posibilidad del nombramiento en provisionalidad para proveer una vacante definitiva de un cargo público de carrera no atenta contra los principios que informan la carrera administrativa, entre ellos la integridad y la regularidad del concurso público de méritos, y la igualdad de oportunidades, sino que por el contrario, permite la realización de los fines de la administración pública, en cuanto garantiza la continuidad del servicio, y por otro lado, no riñe con el derecho que tienen todas las personas de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, con base en los méritos y calidades y en igualdad de condiciones, conforme a lo previsto en los Arts. 13, 40 y 125 superiores”¹⁵*.

III. Solicitud

Por las razones expuestas, el Ministerio Público le solicita a la Corte Constitucional declarar la **EXEQUIBILIDAD** de los numerales 3° y 4° del artículo 11 del Decreto Ley 020 de 2014, *“Por el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas”*.

Atentamente,



MARGARITA CABELLO BLANCO
Procuradora General de la Nación

Proyectó: Jorge Hernando Valencia Rodríguez – Asesor Grado 25.

Aprobó: Juan Sebastián Vega Rodríguez – Procurador Auxiliar para Asuntos Constitucionales. JSUR

¹⁵ Sentencia C-753 de 2008 (M.P. Jaime Araújo Rentería).