

Sentencia C-048/15
(Bogotá D.C., 11 de febrero de 2015)

REGIMEN DE CARRERA EN LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Concurso de ascenso conforme a los principios de igualdad y provisión de cargos públicos por el sistema de carrera

NORMAS SOBRE CONCURSO DE ASCENSO QUE HACEN PARTE DEL REGIMEN ESPECIAL DE CARRERA DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Cosa juzgada constitucional

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Definición

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Puede ser absoluta o relativa

La cosa juzgada constitucional puede ser absoluta o relativa. Es absoluta *“cuando el pronunciamiento de constitucionalidad de una disposición, a través del control abstracto, no se encuentra limitado por la propia sentencia, es decir, se entiende que la norma es exequible o inexecutable en su totalidad y frente a todo el texto Constitucional”*. Es relativa *“cuando el juez constitucional limita en forma expresa los efectos de la decisión, dejando abierta la posibilidad para que en un futuro se formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad contra la norma que ha sido objeto de examen, distintos a los que la Corte ya ha analizado”*.

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Presupuestos para su existencia

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Excepciones al alcance

COSA JUZGADA RELATIVA IMPLICITA-Operancia

COSA JUZGADA APARENTE-Concepto

DOCTRINA DE LA CONSTITUCION VIVIENTE-Concepto

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 24 y 25 del Decreto Ley 020 de 2014.

Ref.: Expediente D-10217.

Actor: María Fernanda Rodríguez Gutiérrez.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES.

1. Texto normativo demandado.

La ciudadana María Fernanda Rodríguez Gutiérrez, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en los artículos 40.6, 241 y 242 de la Constitución Política, demandó la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 24 y 25 del Decreto Ley 020 de 2014, cuyo texto es el siguiente:

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN
PÚBLICA
DECRETO 020
9 ENE 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

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,
en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confieren los
literales b) y c) del
artículo 10 de la Ley 1654 del 15 de julio de 2013

(...)

DECRETA:

(...)

CAPITULO V
CONCURSOS O PROCESOS DE SELECCIÓN

(...)

Artículo 24. Concurso de ascenso. Para la provisión definitiva de los empleos de la Fiscalía General de la Nación y de las entidades adscritas se podrán adelantar concursos de ascenso con la finalidad de reconocer la capacitación y desempeño de los servidores escalafonados en la carrera especial y permitirles la movilidad a un cargo o categoría inmediatamente superior dentro del mismo grupo o planta de personal.

El concurso será de ascenso cuando:

1. La vacante o vacantes a proveer pertenezcan a un mismo grupo o planta de personal y a los niveles profesional y técnico.

2. Existan servidores públicos escalafonados en la carrera especial, en el grado salarial inferior, que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso.

3. El número de los servidores escalafonados en carrera que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso sea igual o superior al número de empleos a proveer.

Si se cumple con los anteriores requisitos se convocará a concurso de ascenso hasta el 30% de las vacantes a proveer. Los demás empleos se proveerán a través de concurso de ingreso.

Parágrafo. Si en el desarrollo del concurso de ascenso no se inscribe como mínimo el doble de servidores escalafonados en carrera por empleo a proveer, el concurso se declara desierto y la provisión de los cargos se realizará mediante concurso de ingreso. Quienes se hayan inscrito inicialmente continuarán en el concurso de ingreso sin requerir una nueva inscripción.

Artículo 25. Requisitos que debe cumplir el servidor para participar en los concursos de ascenso. Para participar en los concurso (sic.) o procesos de selección de ascenso, el servidor deberá cumplir los siguientes requisitos:

1. Estar escalafonado en la Carrera Especial.

2. Reunir los requisitos y condiciones exigidos para el desempeño del cargo.

3. Haber obtenido calificación sobresaliente de la evaluación de desempeño, en el año inmediatamente anterior.

4. No haber sido sancionado disciplinaria ni fiscalmente dentro de los cinco (5) años anteriores a la convocatoria.

2. Pretensión y cargo.

2.1. Pretensión. Se solicita a este tribunal que declare la inexecutable de los artículos 24 y 25 del Decreto Ley 020 de 2014, por considerarse que vulneran el preámbulo y los artículos 1, 13, 40.7 y 125 de la Constitución.

2.2. Cargo. La demanda plantea un cargo relacionado con la restricción que establece la ley para participar en el concurso de ascenso, al que califica de cerrado, respecto de personas ajenas a la Fiscalía General de la

Nación y de servidores públicos en situación de provisionalidad o de encargo de la Fiscalía General de la Nación. Y lo califica así, porque en este concurso sólo pueden participar los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación escalafonados en la carrera especial, según lo dispuesto sobre el concurso en el artículo 24 del Decreto Ley 020 de 2014, conforme a los requisitos previstos en el artículo 25 ibídem para participar en el mismo. En tales condiciones, considera que *“Conceder beneficios a unos determinados concursantes en perjuicio de otros sin razón suficiente, constituye vulneración del principio de justicia (preámbulo fundamental) y establece una discriminación (artículo 13) sin motivo razonable, además de limitar gravemente las posibilidades de participación de los particulares en la administración pública (art. 40-7 de la Constitución) y en el acceso al servicio público”*. Para sustentar su afirmación de que no puede haber concursos de méritos cerrados, trae a cuento la Sentencia C-266 de 2002, en la cual la Corte modifica su anterior doctrina sobre la materia. Advierte que esta sentencia es relevante para el caso, en la medida en que señala que los concursos de méritos cerrados vulneran el artículo 125 de la Constitución, los derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades y a acceder al desempeño funciones y cargos públicos, para declarar inexecutable la palabra *“sólo”* del artículo 192.2 del Decreto Ley 262 de 2002, que regula los concursos de méritos para el ascenso dentro de la Procuraduría General de la Nación. Alude también a otras sentencias sobre el particular, entre las que destaca las siguientes: C-725 de 2000, C-097, C-292 y C-973 de 2001.

3. Intervenciones.

3.1. Intervención de la Academia Colombiana de Jurisprudencia: inexecutable. Se centra en la cuestión de si los concursos de méritos cerrados son o no constitucionales. En su análisis pone de presente que este tribunal había sostenido que sí lo son, al declarar executable normas que así lo preveían en las Sentencias C-063 de 1997 y C-110 de 1999. No obstante, a partir de la Sentencia C-266 de 2002 la doctrina de este tribunal cambió, para sostener que *“no puede haber restricciones que impidan o dificulten a quien no hace parte de la entidad o del conjunto de la Administración, es decir, a la persona particular que no ha accedido al servicio, llegar a él con base en sus méritos y previo concurso”*. Este cambio en la doctrina del tribunal se mantiene en la Sentencia C-1262 de 2005, en la que se fija un test que debe aplicarse a las normas sobre concursos, según el cuál es menester que: (i) las reglas de ascenso no sean más restrictivas que las de ingreso; (ii) de las normas no se deriven condiciones de desigualdad que impidan determinar de manera objetiva el mérito de cada concursante; (iii) no se incluya ítems de evaluación cuya aplicación sólo proceda para algunos concursantes y no para todos; (iv) no se emplee criterios de selección que evalúen la idoneidad frente a actividades específicas o técnicas en condiciones desiguales entre los aspirantes vinculados a la entidad y los no vinculados a ella; y (v) si no se establece una distinción que disponga la administración de la carrera por el Ejecutivo, salvo lo correspondiente a la potestad reglamentaria general.

Al aplicar este test a las normas demandadas, encuentra que éstas no lo superan, porque *“pone[n] una condición que no la pueden remediar los candidatos que no estén escalafonados”*.

3.2. Intervención del Departamento Administrativo de la Función Pública: estarse a lo resuelto. Advierte que existe una demanda anterior contra estas normas por razones semejantes, como se da cuenta en el Expediente D-10120, por lo que solicita se declare estarse a lo que se resuelva respecto de ella. Sostiene que las normas demandadas son exequibles. Para demostrarlo alude *in extenso* a las Sentencias C-011 de 1996, C-063 de 1997, C-045 de 1998 y C-486 de 2000; destaca la movilidad dentro de la carrera administrativa y el derecho del funcionario escalafonado a ascender en la jerarquía administrativa; señala diversos referentes internacionales sobre la materia, como la decisión del Consejo OCDE del 30 de mayo de 2013, y las normas internas de Francia, Alemania, España, Ecuador, Paraguay y Perú. A partir de estos elementos afirma:

Si bien el sistema de carrera administrativa tiene como pilar fundamental el mérito, de ello no puede seguirse que la única forma de provisión de los empleos públicos de carrera sea el concurso abierto, pues esa conclusión no emerge del texto constitucional ni puede inferirse de sus principios fundamentales, que, por el contrario, garantizan la existencia de la carrera administrativa como un concepto dinámico, y no estático.

3.3. Intervención de la Fiscalía General de la Nación: exequibilidad. Luego de describir el concurso de ascenso en la Fiscalía, al que califica como mixto, y de las características de condicionalidad en la cuota de ascenso, trae a cuento las Sentencias C-963 de 2003, T-131 y C-733 de 2005, C-211 de 2007, C-753 de 2008, C-588 de 2009, para destacar que en el sistema de carrera para proveer cargos públicos el mérito, determinado en condiciones de igualdad, es el principal criterio para el acceso a dichos cargos, sin desconocer *“la importancia constitucional que tiene la protección de los trabajadores del Estado y el estímulo al ascenso laboral dentro de las entidades públicas”*. En este contexto, sostiene que los concursos de méritos cerrados son inconstitucionales y que, por el contrario, los concursos de méritos abiertos o mixtos son constitucionales. El concurso de méritos mixto, al que califica como una especie del concurso de méritos abierto, en este caso atiende a fines tan importantes como profesionalizar la Fiscalía y estimular la permanencia en la institución de personas que han recibido capacitación especial. Le existencia de una cuota del 30%, en la que se concreta el trato diferenciado favorable a los concursantes que están escalafonados, se califica como razonable, porque estas personas han superado un concurso de méritos abierto para ingresar a la institución y porque para que este trato diferente ocurra hay condiciones cuantitativas exigentes para la inscripción, de tal suerte que se superaría incluso el test de igualdad estricto.

3.4. Intervención del Instituto Colombiano de Derecho Procesal: inexequibilidad. Precisa que ningún tipo de concurso de méritos puede ser cerrado, ni siquiera el concurso de méritos de ascenso. A partir de este parámetro y, luego de analizar las normas demandadas, concluye que *“es claro que el concurso de ascenso se equipara a un concurso cerrado”*, pues *“se trata de una modalidad de concurso al que no pueden acceder libremente las personas que están por fuera de la carrera administrativa, pues condiciona la participación a estar inscrito en ésta”*. Agrega que la condición de haber obtenido en la evaluación de desempeño, en el año inmediatamente anterior, la calificación de sobresaliente, prevista en el artículo 25 del Decreto 020 de 2014, además de carecer de justificación muestra que no lo relevante no es sólo el conocimiento y el mérito de los aspirantes, sino la calidad del su trabajo como servidores públicos durante el año anterior. Este sería un criterio adicional de evaluación, para beneficiar sólo a algunos aspirantes al cargo, lo que va en contra de la Constitución, como lo destacó este tribunal en la Sentencia C-733 de 2005.

3.5. Intervención de la Corporación Función Pública: exequibilidad. Analiza el Decreto Ley 2277 de 1979, el Decreto Ley 3492 de 1986, la Ley 27 de 1992, la Ley 106 de 1993, la Ley 201 de 1995, la Ley 443 de 1998, el Decreto Ley 1072 de 1999 y el Decreto Ley 174 de 2000, junto con las sentencias de este tribunal que estudian su constitucionalidad, para señalar que en esta materia la doctrina de éste fue constante hasta la Sentencia C-266 de 2002, en la cual se *“cambió lo elaborado hasta ese momento y [se] halló que los concursos de ascenso eran incompatibles con el ordenamiento constitucional”*. Pese a reconocer la doctrina actual del tribunal, que cita *in extenso*, propone rectificarla a partir de considerar *“las implicaciones o incidencias que pueda tener la constitucionalización de la figura jurídica de los ‘sistemas de carrera’”*. En este contexto, considera que los concursos de ascenso dinamizan el sistema de carrera administrativa y responden a la lógica interna de ciertos sistemas de carrera especiales, como el militar, el policial, el docente, el diplomático y el penitenciario, en los cuales no pueden participar personas diferentes a las que ya están en el sistema, para concursar por ascensos. Los concursos de ascenso, además, no implican una promoción automática, ni se oponen al mérito o a las capacidades de los concursantes.

3.6. Intervención de la Universidad del Rosario: exequibilidad. Luego de examinar la demanda, advierte que *“no se encuentra la desproporcionalidad de la que habla la demandante, a nuestro juicio, es razonable que ciertos concursos de mérito se abran solamente para una cierta clase de servidores, sin que necesariamente deban abrirse para todos los que tengan un interés en participar”*. Y es razonable porque del *“hecho de que en los artículos demandados intenten conceder beneficios a un grupo de servidores, que serán los que cumplan unos requisitos para concursar, no es razón suficiente para declararlos inconstitucionales, ya que [...] no [se] está vulnerando ningún derecho fundamental”*.

3.7. Intervención de la Universidad Externado de Colombia: inexecutableidad. Considera que las normas demandadas *“establecen una suerte de concurso de ascenso cerrado para la provisión de cargos”*, que a según la Sentencia C-266 de 2002, resulta contrario a la Constitución. La circunstancia de que se trate de un sistema específico de carrera no autoriza a realizar un proceso de selección cuyo acceso ocurre en condiciones desiguales. La especialidad o especificidad de las tareas de la institución debe reflejarse en el tipo de pruebas o en su evaluación, pero no *“en privilegiar a quienes están inscritos en la carrera, pues esto supondría que los únicos que pueden manejar con solvencia las actividades propias de las entidades en las que se aplica el sistema específico de carrera, son quienes están vinculados a éstas”*.

4. Concepto del Procurador General de la Nación: inexecutableidad.

4.1. El Ministerio Público, por medio del Concepto 5789, solicita a este tribunal que declare inexecutable los artículos demandados y las expresiones *“concurso de ascenso”*, contenida en el párrafo 2 del artículo 26, en el inciso segundo del artículo 30 y en el inciso primero del artículo 45, *“y de ascenso”*, contenida en el artículo 22, y *“o de ascenso”*, contenida en el artículo 27 y en el numeral 2 del inciso segundo del artículo 28.

4.2. Como cuestión preliminar solicita la integración normativa de los artículos demandados con algunas expresiones contenidas en los artículos 26, 27, 28, 30 y 45 del Decreto Ley 020 de 2014, en la medida en que en estas últimas también se regula el concurso de ascenso de manera acorde a como se hace en las normas demandadas. Por lo tanto, solicita dicha integración normativa para evitar que el fallo resulte inocuo, conforme a lo previsto en las Sentencias C-320 de 1997, C-539 de 1999, C-256 de 2008 y C-634 de 2011.

4.3. Para fundar su solicitud de declaración de inexecutableidad, advierte que las normas antedichas, que regulan el concurso de ascenso en la Fiscalía General de la Nación, *“son inconstitucionales por cuanto imponen barreras para el acceso al ejercicio de cargos públicos en condiciones de igualdad”*. Y esto es así porque, si bien las normas persiguen un fin constitucional legítimo e importante, los condicionamientos previstos para restringir el acceso a un porcentaje de los cargos por los cuales se concursa, *“no son suficientemente fuertes como para justificar la constitucionalidad de las normas acusadas”*. No lo son, porque se obstaculiza el acceso de personas que no son servidores de la Fiscalía, de servidores de la Fiscalía que no ocupan cargos de carrera y servidores de la Fiscalía que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, al privilegiar a los servidores de la Fiscalía escalafonados en su acceso a un porcentaje de los cargos, lo cual vulnera el principio de igualdad, pues *“los tratamientos discriminatorios no dejan de tener tal calidad por el hecho de que su establecimiento sea marginal o*

porcentual, tal y como ocurre en el presente caso”. Lo mismo puede decirse de la previsión de que el concurso de ascenso sólo se hará si se inscribe como mínimo el doble de servidores escalafonados, respecto de los cargos por los que se concursa, pues *“la vigencia del principio de igualdad, en tanto mandato imperativo para el legislador y cláusula dotada de eficacia directa, no puede depender de circunstancias normativas establecidas por el propio legislador, pues ello supondría la competencia legislativa para suspender –bajo las condiciones impuestas– los derechos fundamentales*”. Agrega que el medio previsto para alcanzar el antedicho fin, es desproporcionado, en la medida en que existen otros medios alternativos que afectan menos al principio de igualdad, como se destacó en la Sentencia C-266 de 2002, al resolver un caso muy similar. Entre los medios alternativos estaría el de otorgar puntos a los concursantes escalafonados en caso de empate, o cualquier otro que no prevea una ventaja que en la práctica equivalga a una barrera de entrada para los ciudadanos ajenos a la entidad.

II. FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Este tribunal es competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los artículos 24 y 25 del Decreto Ley 020 de 2014, atendiendo lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 241 de la Constitución Política.

2. Cuestión previa: existencia de cosa juzgada constitucional.

2.1. En reiteradas oportunidades este tribunal¹ ha definido a la cosa juzgada constitucional como *“el carácter inmutable de las sentencias de la Corte Constitucional”*², valga decir, cuando se configura la cosa juzgada constitucional, porque ha habido un pronunciamiento de fondo sobre la exequibilidad de determinado precepto legal, no es posible volver a ocuparse del tema³.

2.2. La cosa juzgada constitucional puede ser absoluta o relativa. Es absoluta *“cuando el pronunciamiento de constitucionalidad de una disposición, a través del control abstracto, no se encuentra limitado por la propia sentencia, es decir, se entiende que la norma es exequible o inexecutable en su totalidad y frente a todo el texto Constitucional”*⁴. Es relativa *“cuando el juez constitucional limita en forma expresa los efectos de la decisión, dejando abierta la posibilidad para que en un futuro se*

¹ Ver, entre otras, las siguientes Sentencias C-028 de 2006, C-061 de 2010, C-079, C-220 y C-393 de 2011, C-241, C-254 A de 2012 y C-323 de 2013.

² Cfr. Sentencia C-028 de 2006.

³ Cfr. Sentencia C-079 de 2011.

⁴ Cfr. Sentencias C-310 de 2002, C-647 de 2006, C-516 de 2007, C-469 de 2008, C-149, C-406 y C-729 de 2009, C-061, C-819 y C-978 de 2010 y C-542 de 2011.

*formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad contra la norma que ha sido objeto de examen, distintos a los que la Corte ya ha analizado”*⁵.

2.3. Para constatar la existencia de la cosa juzgada constitucional relativa, es menester verificar que la nueva controversia verse sobre el mismo contenido normativo de la disposición ya examinada y que los cargos planteados sean idénticos a los propuestos en la ocasión anterior⁶.

2.3.1. Para verificar que la nueva controversia versa sobre el mismo contenido normativo de la disposición ya examinada, es menester “*revisar el contexto normativo en el que se aplica la disposición legal desde el punto de vista de la Constitución viviente*”⁷.

2.3.2. Para verificar que los cargos planteados sean idénticos, es necesario revisar tanto los contenidos normativos constitucionales a partir de los cuales se hace la confrontación, como los argumentos que emplea el demandante.

2.4. Existen tres situaciones especiales en torno de la cosa juzgada constitucional, a saber: la cosa juzgada relativa implícita, la cosa juzgada aparente y la doctrina de la Constitución viviente⁸.

2.4.1. La cosa juzgada relativa implícita⁹ se puede presentar en dos eventos: (i) cuando se declara “*la exequibilidad de una disposición legal solamente desde el punto de vista formal, caso en el cual la cosa juzgada operará en relación con este aspecto quedando abierta la posibilidad para presentar y considerar nuevas demandas de inconstitucionalidad por su contenido material*”; y (ii) cuando “*al declarar la exequibilidad de una norma [la Corte] haya limitado su decisión a un aspecto constitucional en particular o a su confrontación con determinados preceptos de la Carta Política, situación en la cual la cosa juzgada opera solamente en relación con lo analizado y decidido en la respectiva sentencia*”.

2.4.2. La cosa juzgada aparente se configura si “*pese al silencio que se observa en la parte resolutive de la sentencia, existen en su parte motiva referencias suficientes para concluir que, en realidad, la Corte limitó su análisis únicamente a los cargos que le fueron planteados en la demanda, o a la confrontación de la norma acusada con el contenido de unos determinados preceptos constitucionales*”¹⁰.

⁵ Cfr. Sentencias C-310 de 2002, C-647 de 2006, C-516 de 2007, C-469 de 2008, C-149, C-406 y C-729 de 2009, C-061, C-819 y C-978 de 2010 y C-542 de 2011.

⁶ Cfr. Sentencia C-228 de 2009.

⁷ Cfr. Sentencia C-220 de 2011.

⁸ Cfr. Sentencia C-029 de 2009.

⁹ Cfr. Sentencias C-153 de 2002 y C-798 de 2003.

¹⁰ Cfr. Sentencias C-931 de 2008 y C-260 de 2011.

2.4.5. La doctrina de la Constitución viviente plantea *“una posibilidad, en todo caso excepcionalísima, de someter nuevamente a análisis de constitucionalidad disposiciones sobre las cuales existe un pronunciamiento de exequibilidad, en la que dicha opción concurre cuando en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible, a la luz de la Constitución, -que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades-, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma”*¹¹.

2.5. En la Sentencia C-034 de 2015, este tribunal se pronunció sobre la constitucionalidad de los artículos 24 y 25 del Decreto Ley 020 de 2014, en los siguientes términos:

Declarar **EXEQUIBLES** los artículos 24 y 25 y las expresiones acusadas de los artículos 26 y 30 del Decreto Ley 020 de 2014.

2.6. Pese a que en la parte resolutive de dicha sentencia no se limita expresamente la decisión a los cargos examinados, a partir de su parte motiva, en especial de su análisis de la demanda, del problema jurídico planteado, de los parámetros de juicio empleados y del examen del caso concreto, es posible advertir que este tribunal limitó su análisis a los cargos que le fueron planteados. Se está, por tanto, ante una cosa juzgada aparente, pues frente a dichos cargos y respecto de las normas examinadas existe cosa juzgada¹².

2.7. Tanto las normas de rango legal demandadas como las normas de rango constitucional que se señala como vulneradas en el expediente *sub examine*, también lo son en el Expediente D-10120, al que corresponde la referida sentencia, con lo cual se verifica que la nueva controversia versa sobre el mismo contenido normativo de la disposición ya examinada. Si bien la demanda que ahora se examina señala como violado el preámbulo, su argumentación no desarrolla ningún cargo puntual o especial al respecto, sino que se enmarca en el discurso que sustenta la vulneración de los artículos 13, 40.7 y 125 de la Constitución, por lo que no es posible advertir que esta mera mención afecte en algo relevante la antedicha identidad entre las dos demandas.

Dada la cercanía temporal de ambas demandas, no se aprecia que entre una y otra hubiese algún cambio en el contexto normativo en el cual se

¹¹ Cfr. Sentencia C-029 de 2009.

¹² Supra II, 2.4.1. y 2.4.2.

aplica la disposición legal desde el punto de vista de la Constitución viviente¹³.

2.8. La antedicha identidad normativa se proyecta tanto en los cargos planteados en ambos casos como en el problema jurídico a resolver, que es el de determinar si el concurso de ascenso en la Fiscalía General de la Nación, regulado por el Decreto Ley 020 de 2014, que reserva un 30% de las vacantes a proveer si se cumplen los requisitos y condiciones allí anotados, ¿vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades, el derecho de todos los ciudadanos a acceder al desempeño de funciones públicas, y el mérito como criterio de acceso a los empleos de carrera (artículos 13, 40.7 y 125 CP)? Al responder a este interrogante en la Sentencia C-034 de 2015, este tribunal destacó que la posibilidad de convocar concursos de ascenso, en los cuales participen exclusivamente servidores públicos de carrera, para proveer hasta el 30% de las vacantes no es inexequible, porque: (i) permite contar con servidores cuya experiencia y dedicación garanticen cada vez mejores resultados; (ii) motiva a los servidores públicos de la carrera para que cumplan más eficazmente sus funciones con el objeto de lograr un ascenso; (iii) valora la permanencia y otorga estabilidad a los funcionarios en las entidades públicas; (iv) tiene en cuenta a funcionarios que previamente han ingresado a través de concurso de méritos a la entidad; y (v) garantiza que la inversión del Estado en la capacitación de los funcionarios se vea reflejada en su mejoramiento y promoción continuada con fundamento en la evaluación permanente para garantizar una mejor administración de justicia.

2.9. En vista de las anteriores circunstancias, es menester advertir que se configura el fenómeno de la cosa juzgada constitucional y, por lo tanto, este tribunal debe declarar estarse a lo resuelto en la Sentencia C-034 de 2015, respecto de la exequibilidad de los artículos 24 y 25 del Decreto Ley 020 de 2014.

III. CONCLUSIONES.

1. La demanda. La ciudadana María Fernanda Rodríguez Gutiérrez demandó la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 24 y 25 del Decreto Ley 020 de 2014, por considerar que la restricción en ellos prevista, que impide participar parcialmente en el concurso de ascenso a personas ajenas a la Fiscalía General de la Nación y a personas que, siendo de esta entidad, están en situación de provisionalidad o encargo, vulnera los artículos 1, 13, 40.7 y 125 de la Constitución.

2. Cuestión previa: la existencia de cosa juzgada constitucional. Dentro de las cuestiones previas, este tribunal reconoció la existencia de cosa juzgada constitucional respecto de los artículos 24 y 25 del Decreto Ley 020 de 2014. Al haberse constatado la existencia de cosa juzgada

¹³ Supra II, 2.3.1.

constitucional sobre los artículos demandados, decidió ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-034 de 2015, en la cual se había declarado la exequibilidad de tales artículos por los cargos allí analizados

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-034 de 2015, en la cual se declaró EXEQUIBLES los artículos 24 y 25 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*”.

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada
Con aclaración de voto

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA M.
Magistrado
Con aclaración de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado
Con aclaración de voto

ANTONIO ALJURE SALAME
Conjuez

IARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Magistrada (E)
Con aclaración de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

ANDRÉS MUTIS VANEGAS
Secretario General (E)

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
A LA SENTENCIA C-048/15**

Expediente D-10217

Demanda de inconstitucionalidad
contra los artículos 24 y 25 del Decreto
Ley 020 de 2014.

Magistrado Ponente:
MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

No obstante que comparto la decisión adoptada por la mayoría en el sentido de estarse a lo Resuelto en la sentencia C-034 de 2015, simplemente quiero advertir que, en su momento, no estuve de acuerdo con la declaratoria de exequibilidad de los artículos 24 y 25 del Decreto Ley 020 de 2014 pues, a mi juicio, estos debieron ser declarados inexecutable por las razones que esbozamos durante el debate respectivo.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA (E)
MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
A LA SENTENCIA C-048/15

Referencia: Expediente D-10.217

Demanda de inconstitucionalidad
contra los artículos 24 y 25 del Decreto
20 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 sus entidades
adscritas*

Magistrado ponente:
Mauricio González Cuervo

Habida cuenta de la existencia de cosa juzgada en relación con los artículos 24 y 25 del Decreto 20 de 2014, los cuales fueron declarados exequibles por medio de la sentencia C-034 de 2015, no cabía decisión distinta a la adoptada en la sentencia C-048 de 2015, ya que solo quedaba estarse a lo resuelto en esa oportunidad, frente a los mismos cargos de inconstitucionalidad.

Sin embargo, debo aclarar mi voto, por cuanto en su momento, me aparté de la decisión de exequibilidad de los citados artículos declarada mediante la sentencia C-034 de 2015, toda vez que en mi concepto, los concursos de ascenso establecidos en las normas demandadas, configuran un desconocimiento del artículo 125 de la Constitución y de la jurisprudencia de esta Corporación sostenida hasta entonces, respecto a la exigencia de que, de acuerdo con el principio axial de la carrera administrativa, todos los concursos de méritos deben ser siempre abiertos, de manera que se garantice la igualdad de oportunidades para acceder a un cargo público, con fundamento en el mérito.

Fecha ut supra

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Magistrada (e)

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA Y
JORGE IVAN PALACIO PALACIO
A LA SENTENCIA C-048/15**

CONCURSO DE ASCENSO FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Cosa juzgada constitucional (Aclaración de voto)

CONCURSO DE ASCENSO EN FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Normas demandadas violan el principio de igualdad de oportunidades y el mérito como determinante del acceso y ascenso a cargos de carrera (Aclaración de voto)

CONCURSO DE ASCENSO EN FISCALIA GENERAL DE LA NACION-No puede hablarse de igualdad de oportunidades para acceder al ejercicio del poder público cuando los que pertenezcan a la carrera pueden concursar por el 100% de las plazas mientras los demás sólo pueden participar por el 70% de estas (Aclaración de voto)

CONCURSO DE ASCENSO EN FISCALIA GENERAL DE LA NACION-No se respeta el principio de meritocracia en virtud del cual el acceso y ascenso en cargos de carrera deben responder al criterio objetivo del mayor mérito (Aclaración de voto)/**CONCURSO DE ASCENSO EN FISCALIA GENERAL DE LA NACION**-Cuando se admite que 30% de cargos estén reservados a funcionarios escalafonados se acepta a servidores escalafonados que obtengan mayor puntaje independiente de si tienen o no mayores méritos que quienes no forman parte de la planta (Aclaración de voto)

PROHIBICION DE CONCURSOS CERRADOS DE ASCENSO EN GENERAL Y EN EL CONTEXTO DE REGIMENES ESPECIFICOS DE CARRERA-Jurisprudencia constitucional (Aclaración de voto)

PROHIBICION DE CONCURSOS CERRADOS DE ASCENSO EN GENERAL Y EN EL CONTEXTO DE REGIMENES ESPECIFICOS DE CARRERA-Cambio de jurisprudencia sin justificación apropiada (Aclaración de voto)/**CONCURSO DE ASCENSO**-Naturaleza mixta permite intervenir en él funcionarios vinculados a la entidad y personas externas en igualdad de condiciones y dentro del marco del régimen de carrera (Aclaración de voto)

Expediente D-10217

Demanda de inconstitucionalidad
contra los artículos 24 y 25 del Decreto
Ley 020 de 2014.

Magistrado Ponente:
MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Si bien compartimos la decisión relativa a que en esta ocasión la Corte debía estarse a lo resuelto en la sentencia C-034 de 2015, consideramos necesario aclarar que estuvimos en desacuerdo con esa decisión. Como advertimos en su momento, a nuestro juicio las normas demandadas violan los principios constitucionales de igualdad de oportunidades y del mérito como determinante del acceso y el ascenso a los cargos de carrera.

Los preceptos acusados establecen como *posible* –dentro de ciertas circunstancias- reservar el 30% de los cargos que salgan a concurso dentro de la Fiscalía para quienes formen parte del escalafón de la entidad. Nadie más puede concursar por esa cuota de los cargos, y quienes no estén escalafonados sólo pueden entonces concursar por el 70% de los restantes empleos que se abran a concurso. En contra, los funcionarios del sistema de carrera no sólo pueden concursar por ese 30% reservado para ellos, sino también por el otro 70%. En otras palabras, mientras los funcionarios de carrera de la Fiscalía que cumplan las condiciones están habilitados para concursar por el 100% de los cargos que salgan a concurso; el resto de personas, no clasificadas en el escalafón, sólo puede participar por el 70% de ellos. No puede hablarse de igualdad en las oportunidades para acceder al poder público cuando una parte de la población puede concursar por el 100% de las plazas mientras la otra parte sólo puede participar por el 70% de estas.

Tampoco se respeta con esta regulación el principio constitucional de la meritocracia, en virtud del cual el acceso y ascenso en los cargos de carrera deben responder al criterio objetivo del mayor mérito. Cuando la disposición cuestionada admite que un 30% de los cargos estén reservados a funcionarios del escalafón de la Fiscalía, se acepta simultáneamente que accedan a esa cuota los servidores escalafonados que en ese concurso cerrado obtengan mayor puntaje, aunque con total independencia de si tienen o no mayores méritos que quienes no forman parte de la planta y participaron del concurso abierto. Es posible entonces que quienes asciendan a ese 30% de los cargos tengan *menos* mérito que quienes quedaron por fuera del concurso de *ingreso* para el otro 70% de los cargos. En un ejemplo práctico: si 10 cargos salen a concurso, y se dan las condiciones para hacer un concurso de ascenso, 3 de esos cargos serían sólo para funcionarios de escalafón, y los 7 restantes para funcionarios de escalafón y demás personas. Todos concursan. Los que no forman parte del escalafón obtienen estos puntajes: 100, 99, 98, 97, 96, 95 y 94, y acceden a los 7 cargos disponibles. Otras personas, que tampoco están escalafonadas, sacan 93, 92, 91, 90, y quedan por fuera. Los

escalafonados sacan 80, 79 y 78, y en virtud de estas normas demandadas acceden al 30 % de los cargos que salen a concurso. Los que tenían más mérito, salen. Los que tenían menos, ascienden. El mérito se desplaza por completo (se puede, entonces descartar completamente).

Se podría objetar contra esto que quienes están escalafonados en la entidad tienen la virtualidad de concursar por el 100% de los cargos debido a que cuentan necesariamente con más mérito y es entonces legítimo reservarles un 30% de las plazas. Si es así, y si se estima que esa asunción es obvia y necesaria, entonces debería aceptarse naturalmente que los escalafonados en la entidad concursen en un terreno igual con quienes no forman parte de la carrera en la Fiscalía, para que así demuestren objetivamente su acceso meritorio al cargo. Lo que no tiene sentido es sostener que el sólo hecho de pertenecer al escalafón de una entidad le confiere a una persona mayor mérito, y luego negarse de plano a permitir que esto se demuestre objetivamente mediante concurso. El hecho de formar parte del escalafón de una entidad le da a la persona un cierto conocimiento de las funciones y de la estructura de la entidad, y eso es ciertamente meritorio. Pero no es naturalmente y por sí mismo más meritorio para la función pública un funcionario con estas características que otro que tenga conocimientos de otros organismos del Estado, o que haya atravesado por un proceso extenso de formación académica, o que tenga experiencia en diversas disciplinas y por eso el concurso debía ser abierto para la totalidad de las plazas de carrera, y no sólo para una parte de ellas.

Esto concuerda plenamente además con la jurisprudencia constitucional, y en especial con las sentencias C-266 de 2002 y C-1262 de 2005, que han prohibido los concursos cerrados de ascenso en general y también en el contexto de regímenes específicos de carrera. En el primer caso la Corte controlaba una norma en la cual se decía que “sólo” podían participar en los concursos de ascenso, los inscritos en la carrera de la Procuraduría. La Corte declara inexecutable la palabra “sólo”, y dice que desde luego deben poder participar los funcionarios de carrera, así como todos los demás que cumplan las condiciones para acceder al cargo:

“En consecuencia, el legislador vulneró los derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades y al acceso al desempeño de funciones o cargos públicos, así como el principio de imparcialidad en que se basa la función administrativa cuando escogió el concurso cerrado de ascenso como medio de reconocimiento de las calidades y los méritos a los inscritos en la carrera de la entidad. Es el concurso público, bien sea abierto o mixto, el medio alternativo que debe emplearse para el nombramiento de funcionarios de carrera cuando se trata de proveer cargos de carrera en la Procuraduría General de la Nación, aún para aquellos de elevada jerarquía.”

En la sentencia C-1262 de 2005 la Corte manifestó que *incluso en los regímenes específicos* –como el de la DIAN- están prohibidos los

concursos en los que *de entrada* se privilegie a los funcionarios de carrera, y por lo mismo declaró inexecutable la norma que los establecía para esa entidad con condiciones claramente más privilegiada para los escalafonados.

Conforme lo anterior, la Corte ha introducido en estos fallos un cambio en la jurisprudencia pero sin la justificación apropiada. La mayoría considera que no es así, pues en realidad – dice – el previsto en la norma no es un concurso cerrado sino *mixto*. No es cierto, sin embargo, que la ley prevea un concurso mixto. Lo que hace mixto a un concurso de ascenso no es que, además una parte cerrada, haya otros concursos independientes abiertos al público. Lo que hace mixto a un concurso de ascenso es que puedan intervenir en él funcionarios de dentro y personas de fuera de la entidad, pero en igualdad de condiciones y dentro del marco del régimen de carrera. No es esto, como se observa, lo que prevé la disposición acusada. La norma demandada no permite sino a los funcionarios de carrera de la Fiscalía concursar por el 100% de los cargos, cuando hay concurso de ascenso. Esta realidad no la cambia un giro semántico, aunque como recurso pueda contribuir a ensombrecer los hechos.

Fecha ut supra,

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado