



JUZGADO ONCE CIVIL DEL CIRCUITO
SENTENCIA DE TUTELA 1ª INSTANCIA No. 288
Rad.76001-3103-011-2024-00260-00

Santiago de Cali, octubre veintiuno (21) de dos mil veinticuatro (2.024).

I. ASUNTO

Se profiere sentencia de primera instancia dentro de la Acción de Tutela instaurada por **RICARDO ROA DOMÍNGUEZ** contra la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al trabajo, igualdad, debido proceso y derecho al acceso a la carrera administrativa.

II. ANTECEDENTES

1.- HECHOS

Expone el accionante como hechos detonantes de su queja constitucional, que mediante Resolución No. 0081 de 2022 notificada el 12 de diciembre de 2022, se conformó la lista de elegibles para proveer en propiedad el cargo de Técnico Investigador IV en la Fiscalía General de la Nación; en el mentado listado, indica haber ocupado el puesto 56 con un puntaje de 70.22, de lo que se infería que no podría hacerse el respectivo nombramiento en razón a que los cargos ofertados en la convocatoria solo eran 9.

Indica que el 22 de abril tuvo conocimiento que en la siguiente convocatoria a concurso de méritos de la Fiscalía, se ofertaron para el mismo cargo un total de 146 vacantes, por lo que procedió a radicar petición solicitando el nombramiento y posesión en una de dichas vacantes, fundamentado su solicitud en la sentencia T. 340 de 2020 y concepto No. 125531 de 2023 del Departamento Administrativo de la Función Pública, además del hecho de encontrarse en una lista de elegibles que perderá vigencia el 12 de diciembre de 2024.

Precisa que en respuesta a lo peticionado, el 4 de septiembre de 2024 la Fiscalía General de la Nación se pronunció negativamente soportando su respuesta en la sentencia SU-446 de 2011, precedente que en su sentir no es aplicable en la actualidad por variación sustancial como ha quedado condensado en sentencias como la ya citada T.340 de 2020 al señalar *"...para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente..."*

Con sustento en lo hasta aquí dicho, solicita del Juez constitucional se ordene a la Fiscalía General de la Nación proceda

a nombrarlo y posesionarlo en propiedad en el cargo de Técnico Investigador IV por encontrarse en lista de elegibles.

2.- ACTUACIÓN PROCESAL

Admitida la acción de tutela por auto de fecha 6 de septiembre de 2024 se dispuso notificar a la entidad accionada y vincular al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, concediéndoles el término perentorio de dos días para que se pronunciaran respecto de los hechos y pretensiones vertidos en el escrito de tutela.

Decidida la actuación mediante sentencia No. 251 del 19 de septiembre de 2024, el expediente fue remitido al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali para conocer de la impugnación formulada por el accionante; no obstante, mediante auto de fecha 7 de octubre de 2024, dicha colegiatura declaró la nulidad de lo actuado con la finalidad de que se vincularan al trámite a (i) Todas las personas que integran las listas de elegibles [y/o aspirantes de ser el caso] para el cargo de: «Técnico Investigador IV», identificado con el código OPECE No. I-212-10-(9), del Sistema Especial de Carrera Administrativa de la Fiscalía General de la Nación, ofertado en el «Concurso de Méritos FGN 2021» y en el «Concurso de Méritos FGN 2022».

En obediencia a lo resuelto por el superior, este despacho comisionó a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - COMISIÓN DE CARRERA ESPECIAL UT CONVOCATORIAS FGN 2021 Y 2022, para que procediera a la notificación de las personas enunciadas, a lo que en efecto procedió allegando las constancias respectivas.

3.- CONTESTACIÓN DE LAS ACCIONADAS

A.- La Subdirección de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación, en pronunciamiento a los hechos y pretensiones del accionante, indicó que el proceso de selección se encuentra estrictamente reglado en la Ley, siendo la misma Ley vigente al momento de la convocatoria la que establece las condiciones del concurso de méritos. Sentó claridad en que la Ley 1960 de 2019 no es aplicable al sistema de carrera especial de la Fiscalía, cuyo régimen propio se encuentra contenido en el Decreto Ley 020 del 9 de enero de 2014.

En su defensa también señaló que *“el mérito es el criterio que, como regla general, debe presidir el nombramiento o designación de quienes van a desempeñar la función pública’ y, por lo tanto, cualquiera sea el método de selección que se utilice, en la decisión acerca del llamado a ocupar un cargo público se impone el reconocimiento de las calidades demostradas en el respectivo proceso, como acontece, por ejemplo, cuando se convoca a concurso y el cargo se provee con el concursante que, por obtener el más alto puntaje, se ubique en el primer lugar de la lista de elegibles, en forma tal que cuando no sea posible designar al mejor calificado, el nominador tenga que nombrar al segundo y, en su defecto, al tercero; y para el presente caso la posición del accionante es la No. 56 para proveer 9 vacantes, que dicho sea de paso, ya están provistas en propiedad”*.

A renglón seguido procedió esta accionada a resaltar la improcedencia de la tutela para finalidad perseguida por el accionante, solicitando por ello se nieguen las pretensiones.

B.- La Comisión de Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación solicitó la desvinculación de la Fiscalía General de la

Nación por corresponder a dicha Comisión regular todo lo relativo al concurso de méritos en cuanto a aspectos técnicos, procedimentales y normativos.

A renglón seguido ratificó que la lista de elegibles del empleo de Técnico Investigador IV del concurso de méritos FGN 2021 convocado por Acuerdo 001 del 2021, para proveer 9 vacantes, fue conformada y adoptada mediante Resolución No. 0081 del 12 de diciembre de 2021, lista en la que se encuentra el accionante en la posición No. 56

Indicó igualmente que las etapas subsiguientes como lo son el estudio de seguridad y los nombramientos en periodo de prueba, no son de competencia de la Comisión ni de la Fiscalía General de la Nación, siendo ello propio de las competencias de la Subdirección de Talento Humano, a quien se remitió el listado de elegibles para lo pertinente.

C.- Por su parte, el **Departamento Administrativo de la Función Pública** alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva a su favor por no tener injerencia alguna en los hechos que rodean las pretensiones, no existir alguna vulneración que le sea imputable, además de no resultar procedente la acción de tutela para consumación de las pretensiones del actor.

D.- Las personas vinculadas con posterioridad a la nulidad decretada por el Tribunal Superior de Cali, guardaron silencio al interior del trámite.

III. CONSIDERACIONES

1.- COMPETENCIA

Este Despacho es competente para conocer y adelantar el presente trámite constitucional, de conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, en el que se predica que toda persona cuenta con la acción de tutela como mecanismo para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante trámite preferente y sumario, por sí mismo o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales constitucionales, cuando quiera que los mismos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por los particulares en los casos definidos en la Ley.

2.- PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la entidad accionada vulnera los derechos fundamentales reclamados por el accionante al no proceder a su nombramiento en propiedad en un cargo para el cual se encuentra incluido en lista de elegibles, pese a ya haberse agotado las vacantes ofertadas en la convocatoria en la que participó.

3.- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Dados los contornos de la discusión que se plantea en este fallo, es menester traer a colación lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia como la C-387 de 2023, en la cual se resolvió:

1. **Lo resuelto en la sentencia SU-446 de 2011.** En esta providencia, y como se mencionó con anterioridad, la Corte estudió dos grupos de casos acumulados con ocasión de las disputas que surgieron en el marco de las

convocatorias a concurso que abrió la Fiscalía General de la Nación en el año 2007¹. En el primer grupo de casos seleccionados se encontraban quienes participaron en una o dos de las seis convocatorias que abrió la entidad, 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 en la entidad.

2. Respecto de este primer grupo, la Corte determinó si la Fiscalía General de la Nación vulneró sus derechos a la igualdad, al acceso a cargos públicos y al principio del mérito. Sobre el particular, **se concluyó que no era posible la utilización de la lista de elegibles para ocupar un número mayor de plazas de las que fueron convocadas**, por cuanto ésta solo tiene la vocación de servir para la provisión de los cargos objeto de la convocatoria, en donde el número de vacantes o empleos a proveer es una regla de forzosa observancia, excepción hecha de los casos en que el Legislador expresamente incluya una cláusula que admita su utilización para un número mayor de plazas ofertadas, en el evento de que se presenten vacantes en su vigencia. Por lo anterior, se resolvió que los tutelantes no tenían derecho a ser nombrados en propiedad dentro de la entidad y que, por tal motivo, sus derechos fundamentales no fueron vulnerados, como consecuencia de la decisión del ente fiscal de negarse a vincularlos en el régimen especial de carrera.

3. Entre los distintos temas que este tribunal abordó para justificar su decisión se destacan, en primer lugar, el carácter obligatorio de las convocatorias tanto para la administración como para los participantes y el público en general, de ahí que ella genera reglas que son obligatorias y cuyo desconocimiento lesiona el derecho al debido proceso, como los principios de buena fe, confianza legítima, publicidad, transparencia e imparcialidad. Las normas de la convocatoria sirven de autocontrol y autovinculación, por lo que la administración debe respetarlas, de suerte que la selección de los aspirantes para acceder a los empleos ofertados no depende de la voluntad del nominador, sino de lo que previamente haya sido regulado.

4. En segundo lugar, el carácter obligatorio de las convocatorias conduce a que las pautas del concurso sean inmodificables e intangibles, por lo que no es posible variar ninguna fase del proceso y, menos aún, desconocer la inmodificabilidad de las listas de elegibles (una vez éstas se encuentren en firme), pues ello quebrantaría el derecho a la igualdad y los principios de buena fe y confianza legítima.

5. En tercer lugar, las listas de elegibles tienen una vocación transitoria, la cual se explica por dos objetivos fundamentales. El primero, refiere 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". Por su parte, el segundo objetivo supone la existencia de una limitación para la entidad convocante, por virtud de la cual "no podrá realizar concursos para proveer las plazas a las que [estos se] refiere[n], 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".

6. En cuarto lugar, el artículo 125 del texto superior exige convocar a concurso público cuando existan vacantes en cargos de carrera, con el propósito de cumplir con la regla de provisión por la vía del mérito. Sin embargo, dado el carácter transitorio de las listas y la regla de que la convocatoria debe precisar cuál es el número de cargos a proveer, es claro que su uso debe limitarse específicamente a los cargos "convocados y no otros", pues de ello depende, entre otras, el mandato de igualdad de oportunidades frente a quienes no participaron del concurso y el principio de imparcialidad de la administración. Bajo esta consideración, en el fallo en cita, se manifestó que:

¹ Los dos grupos de casos fueron descritos en la nota a pie # 104 de esta providencia. Sin embargo, para efectos de la materia que es objeto de controversia, la Corte se detendrá tan solo en el primer grupo de ellos.

"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 **solo** 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." Énfasis conforme con el texto original.

7. En quinto lugar, la Corte precisó que esta conclusión no contradece lo expuesto en la sentencia C-319 de 2010, 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 previó, en ejercicio de su libertad de configuración, para establecer unas condiciones particulares en la aplicación de las listas de elegibles para el caso de la carrera especial de la Defensoría del Pueblo. Por consiguiente, y en relación con el alcance de estas últimas y las distintas alternativas que pueden existir respecto de su uso, este tribunal resaltó 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"**. En este orden de ideas, aclaró que, aunque la FGN también tiene un régimen especial de carrera, para su ejecución no se consagró una norma igual o similar a la que fue analizada en el caso de la Defensoría, por lo que no existen supuestos de hecho iguales que exijan un mismo tratamiento jurídico.

8. En desarrollo de estas consideraciones, la Corte concluyó que no era posible utilizar el registro de elegibles en la FGN, para ocupar un número mayor de plazas de las que fueron convocadas, "[p]orque la lista de elegibles solo 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 "expresamente incluya una cláusula que admita su utilización para un número mayor de plazas ofertadas en el evento de vacantes en su vigencia". En caso de proceder en sentido contrario, a juicio de este tribunal, se presentaría "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". Finalmente, cabe señalar que, por fuera de este examen particular y según se explicó con anterioridad, ante la implementación inconclusa del régimen de carrera en la FGN, en esta

providencia se ordenó que, en el término de seis meses contados a partir de la notificación del citado fallo, se inicien "los trámites para convocar el concurso o concursos públicos necesarios para proveer todos y cada uno de los cargos de carrera que (...) son ejercidos en provisionalidad y los que se encuentran vacantes (...)".

(...)

Es de resaltar que esta fue la tesis imperante por largo periodo, hasta la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2016 a partir de la cual la Corte replanteó el criterio de cerrar la aplicación de la lista de elegibles solo a las vacantes ofertadas.

En ese sentido, en la misma providencia que aquí es citada se sostuvo:

9. **La introducción en el sistema general de carrera de la Ley 1960 de 2016 (art. 6).** Con posterioridad a lo expuesto, el Congreso de la República expidió la Ley 1960 de 2019², que introdujo cambios en el sistema general de carrera frente al uso de las listas de elegibles. Así, el artículo 6 de la citada ley modificó el artículo 31.4 de la Ley 909 de 2004 (ya citado al comienzo de este acápite), en el sentido de establecer que con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no solo las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también aquellas "vacantes definitivas de cargos equivalentes **no convocados**, que surjan **con posterioridad** a la convocatoria del concurso en la misma entidad"³.

10. Sobre esta norma, la Corte se ha pronunciado en el ámbito de la acción de tutela. Así, en la sentencia T-340 de 2020, este tribunal tuvo que analizar si se presentaba una violación de los derechos del accionante al trabajo y al acceso a los cargos públicos, como consecuencia de la decisión del ICBF, de no acudir a la lista de elegibles contenida en un acto administrativo de 2018, para ocupar una vacante que se generó con posterioridad a la Convocatoria No. 433 de 2016, realizada por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Esta corporación reiteró que el Legislador, en su margen de configuración, ha optado por previsiones distintas en el uso de la lista de elegibles y, en casos concretos, ha permitido su aplicación para vacantes de igual grado y denominación que no hayan sido objeto de convocatoria, como lo estableció en la sentencia C-319 de 2010, respecto de la carrera especial de la Defensoría del Pueblo.

11. De otra parte, se pronunció sobre la aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 y precisó que dicho cambio normativo "regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley". Así, la Corte concluyó que, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley, respecto del uso de la lista de elegibles, **"hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido**. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente". (subrayado fuera de texto).

12. En todo caso, y en el ámbito de lo dispuesto por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, esta corporación precisó que el uso de la lista de elegibles se predica respecto de las vacantes que surjan **con posterioridad**, y no que sean preexistentes, por lo que no se entiende afectado el deber de las entidades de recurrir a los concursos para llenar las vacantes definitivas. En la medida que en el caso concreto se cumplían con las condiciones previstas para la aplicación de la citada norma, dado el uso

² "Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones".

³ Énfasis por fuera del texto original.

retrospectivo de su contenido normativo, se decidió confirmar el amparo a los derechos invocados que había sido dispuesto por el juez de instancia y ratificar la obligación de proceder con el nombramiento de la accionante en carrera⁴.

13. Con posterioridad, en la sentencia T-081 de 2021, la Corte estudió varias acciones de tutela en las que se pretendían que las listas de elegibles fueran utilizadas para proveer cargos nuevos creados en el ICBF por el Decreto 1479 de 2017, en virtud de la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019. Esta corporación precisó que dicha ley extendió la regla para la utilización de las listas de elegibles frente a las vacantes definitivas no convocadas de cargos equivalentes que surgieran con posterioridad a la realización del concurso y, a partir de la sentencia T-340 de 2020, "se admitió la aplicación retrospectiva de esta nueva disposición normativa para las listas de elegibles que estuviesen en firme al momento de su entrada en vigor (27 de junio de 2019), siempre que se comprobara que se encontraba vigente".

14. Frente a los casos concretos, este tribunal advirtió que, al analizar este tipo de controversias, "los jueces de tutela tienen la carga de revisar si, en el marco de la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019, la[s] listas de elegibles en firme, al momento de su entrada en vigor[,] para que sean usadas en vacancias definitivas de cargos equivalentes no convocados, realmente se trata de un empleo que cumple con todas las características que han sido determinadas por la CNSC para tal efecto. De no hacerlo y ordenar el nombramiento a una persona con funciones esencialmente diferentes al cargo inicial por el que se concursó, puede resultar, como se mencionó, un sacrificio del principio constitucional del mérito. En efecto, no se cumpliría con una de las finalidades transversales de esta garantía superior como lo es contar con una planta de personal idónea y capacitada que presta sus servicios con experiencia y conocimiento en pro de los intereses generales". Bajo esta consideración, se negaron los amparos propuestos, pues a diferencia del caso estudiado en la sentencia T-340 de 2020, los cargos en los que aspiraban a ser nombrados los accionantes no podían ser considerados equivalentes a los inicialmente ofertados, por lo cual no resultaba aplicable el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.

15. Finalmente, en la sentencia C-331 de 2022, la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de distintas disposiciones del Decreto Ley 071 de 2020, en el ámbito del sistema específico de carrera de la DIAN. Una de ellas relativa al uso de la lista de elegibles para proveer vacantes de empleos ofertados como consecuencia del retiro del servicio del titular (artículo 34)⁵. De acuerdo con la demanda, la palabra "podrá" contenida en la citada norma vulneraba el principio del mérito en la provisión de empleos públicos, porque facultaba al nominador a proveer vacantes sin seguir el orden de la lista de elegibles, es decir, a partir de "un criterio radicado en el libre y subjetivo parecer del nominador que puede saltarse, en el momento que él lo determine, el mérito de los ganadores del concurso".

16. Luego de integrar la unidad normativa con la totalidad del artículo demandado y de plantear el problema jurídico⁶, este tribunal resaltó el carácter vinculante de la lista de elegibles en el nombramiento por concurso de méritos y señaló que, con ocasión de la reforma introducida por la Ley 1960 de 2019, "(...) el Legislador varió parcialmente la regla de

⁴ En términos similares esta corporación se pronunció en la sentencia T-253 de 2023, en la que se reiteró la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019.

⁵ La norma en cita, en la que se destaca el aparte cuestionando, dispone que: "**Artículo 34. Uso de lista de elegibles.** Una vez provistos los empleos objeto del concurso, la lista de elegibles tendrá una vigencia de dos (2) años, contado a partir de la firmeza de dicha lista. // Siempre y cuando la convocatoria así lo prevea, la lista de elegibles podrá ser utilizada en estricto orden descendente para proveer única y exclusivamente las vacantes que pudieren presentarse en los empleos que fueron ofertados como consecuencia del retiro del servicio del titular."

⁶ Que se formuló en los siguientes términos: "¿vulnera el principio del mérito (art. 125 de la Constitución) una disposición que faculta al nominador, siempre y cuando así lo prevea la convocatoria y sin obligarlo, a emplear la lista de elegibles para proveer las vacantes que se presenten en los empleos ofertados por retiro del servicio del titular?"

utilización de la lista de elegibles que antes traía la Ley 909 de 2004[,] (...) [en la que se] estipulaba que ese registro solo debía usarse en la provisión de las vacantes 'para las cuales se efectuó el concurso', [con la nueva regla que] (...) estatuye que con dicha lista también se [puede] proveer las vacantes definitivas de cargos equivalentes a los que salieron a concurso, aunque no hayan sido convocados, y que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad." En este fallo se resalta que esta regla fue aplicada por la Corte en las sentencias T-340 de 2020 y T-081 de 2021, en el ámbito del sistema general de carrera, siempre que se trate de cubrir "(...) nuevas vacantes definitivas que se produzcan con posterioridad a la convocatoria del concurso y que correspondan al 'mismo empleo' que fue ofertado en términos de denominación, grado, código, funciones, propósitos y asignación básica".

17. De otra parte, indicó que, en el marco de los sistemas especiales de carrera, la Corte "ha reconocido que el **Legislador puede estipular que la lista de elegibles se use para proveer cargos diferentes a los ofertados en la convocatoria del concurso**, siempre que ambos tipos de empleos compartan la misma naturaleza, perfil y denominación"⁷, siguiendo para ello los argumentos señalados por esta corporación en las citadas sentencias SU-446 de 2011 y C-319 de 2010. En todo caso, y sin perjuicio del esquema o categoría de carrera, resaltó que la obligatoriedad de la lista de elegibles proviene esencialmente de los derechos de los concursantes.

18. Con base en el cargo formulado, este tribunal declaró la inexequibilidad de las expresiones "siempre y cuando la convocatoria así lo prevea" y "podrá", contenidas en el inciso 2° del artículo 34 del Decreto Ley 071 de 2020, luego de concluir que vulneraban el principio del mérito establecido en el artículo 125 de la Constitución⁸. De otra parte, entendió que de la Carta surge la obligación del nominador de respetar el orden descendiente establecido en la lista de elegibles para proveer las vacantes sobrevinientes de los empleos ofertados, por lo que, en aras de evitar un vacío normativo que afectara la coherencia sistémica de la norma, se decidió sustituir la palabra "podrá" por "deberá". Por ende, en el ámbito de los concursos de la DIAN, el precepto demandado quedaría entonces con el siguiente tenor literal: "La lista de elegibles deberá ser utilizada en estricto orden descendente para proveer única y exclusivamente las vacantes que pudieren presentarse en los empleos que fueron ofertados como consecuencia del retiro del servicio del titular"⁹.

Con base en el precedente constitucional que se cita, procede entonces el despacho a resolver el caso concreto.

IV. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio y en aras de resolver el problema jurídico planteado por el despacho, debe sostener el despacho de manera anticipada que la acción de tutela carece de

⁷ Énfasis por fuera del texto original.

⁸ "La Sala Plena estima que la expresión '[s]iempre y cuando la convocatoria así lo prevea', contenida en el artículo 34 acusado, es contraria al artículo 125 de la Constitución que constituye un límite a la libertad de configuración en la medida en la que obliga al legislador a asegurar que la provisión definitiva de los empleos estatales de carrera se realice en función del mérito y por medio del mecanismo del concurso público. En este sentido, la Corte Constitucional considera que, al permitir que la CNSC defina si el nominador debe o no usar la lista de elegibles para proveer vacantes definitivas que se presenten en los empleos que fueron ofertados como consecuencia del retiro del servicio del titular, la expresión analizada vulnera el principio del mérito en tanto impide la materialización de los objetivos instrumentales de la carrera administrativa".

⁹ Expresamente, este tribunal señaló que: "Por las razones antes expuestas, la Corte Constitucional declarará la inexequibilidad de las expresiones 'Siempre y cuando la convocatoria así lo prevea' y 'podrá' contenidas en el inciso segundo del artículo 34 del Decreto Ley 071 de 2020, y sustituir esta última por el vocablo 'deberá'. En consecuencia, el inciso segundo mencionado tendrá la siguiente redacción: **"La lista de elegibles deberá ser utilizada en estricto orden descendente para proveer única y exclusivamente las vacantes que pudieren presentarse en los empleos que fueron ofertados como consecuencia del retiro del servicio del titular"**.

vocación de prosperidad por razones que desconocen el derecho a la carrera judicial de las personas que integran una lista de elegibles.

Para sentar claridad, recuérdese que la pretensión del accionante es que se conmine a la accionada Fiscalía General de la Nación para que disponga su nombramiento en propiedad, o subsidiariamente en provisionalidad, en el cargo de Técnico Investigador IV para el que concursó y en virtud del cual se encuentra en la lista de elegibles constituida mediante Resolución No. 0081 del 12 de diciembre de 2022, cuyas vacantes a proveer (9) eran inferiores al número de aspirantes elegibles; pero se encuentra acreditada la existencia de más vacantes ofertadas en concursos posteriores.

Ha quedado explicado en el antecedente jurisprudencia citado párrafos atrás que frente a dicho tópico existía una postura jurisprudencial definida por la Ley sustentada en que solo podía restringirse la aplicación de la lista a proveer los cargos ofertados en la convocatoria; planteamiento que fue modificado por normas posteriores, entre ellas la Ley 1960 del 2016, la que si bien no es aplicable de forma directa al concurso de méritos de la Fiscalía General de la Nación, sentó las bases jurisprudenciales para que por va jurisprudencial se estableciera la regla imperante en la actualidad que propende por que la lista de elegibles sea aplicable a las vacantes que con posterioridad resulten para el mismo cargo ofertado, claro está, dentro de la vigencia de la lista de elegibles y con cumplimiento incondicional a las reglas de la carrera.

Pues bien, es esta última precisión la que determina por qué las pretensiones del accionante no se abren camino en el caso concreto. Es de precisar que el sistema de concurso de méritos es un método o herramienta de provisión de cargos públicos que se encuentra sometido a estrictas pautas legales y principios constitucionales, lo que impone que desde la convocatoria se establezcan las reglas aplicables a todo el proceso de selección, todo ello al amparo de la Ley que de manera genérica establece el régimen de carrera aplicable.

En lo que concierne al concurso de méritos de la Fiscalía General de la Nación existen unas etapas preestablecidas en el artículo 27 del Decreto Ley 20 del 2014, mediante el cual se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación, a saber: (i) convocatoria; (ii) inscripciones; (iii) verificación del cumplimiento de requisitos mínimos para el desempeño del cargo; (iv) publicación de la lista de admitidos; (v) aplicación de pruebas de selección; (vi) conformación de la lista de elegibles; (viii) estudio de seguridad y (ix) período de prueba.

En el asunto objeto de estudio, lo cierto por así haberse acreditado en el expediente digital, es que el accionante efectivamente concursó y se encuentra en listado de elegibles en la posición 56, es decir, partiendo de la afirmación de que la convocatoria tenía la finalidad de proveer 9 vacantes, es un hecho indiscutible que antes que el accionante existen un numero de personas con mejor posición o derecho para ser nombrados, lo que no puede ser desconocido en medida alguna, pues ello atentaría con los principios y presupuestos de la carrera judicial o administrativa que imponen cumplir el orden de provisión de los cargos de acuerdo al lugar que cada aspirante ocupe en la lista.

A lo previo se debe sumar que, de acuerdo a las etapas del concurso de méritos, el accionante debe acreditar el cumplimiento de las etapas de estudio de seguridad y periodo de prueba, los que de ser obviados para disponer su nombramiento conllevarían a desconocer

el presupuesto de igualdad el cual propende porque todos los aspirantes cumplan con la totalidad de las etapas para poder ser nombrados en propiedad.

El ya citado Decreto Ley establece que con posterioridad a la emisión del a lista de elegibles, se tiene que realizar un **estudio de seguridad**, de cuyo resultado depende la conveniencia o no del ingreso de la persona a la entidad¹⁰. En firme la lista de elegibles, se realizará el nombramiento del aspirante en **período de prueba** en el empleo objeto de concurso, "(...) en el cual el servidor deberá demostrar su capacidad de adaptación al cargo, su eficiencia, competencia, habilidades y aptitudes en el desempeño de las funciones. El período de prueba deberá iniciarse con la inducción en el puesto, en los términos adoptados por la Fiscalía General de la Nación" (art. 40). Este período tiene una duración de seis meses y si el empleado obtiene una evaluación satisfactoria adquiere los derechos de carrera, en caso contrario, "deberá ser declarado insubsistente".

Luego entonces, es fácil deducir que el accionante no ha superado la totalidad de las etapas del concurso, además de no tener una posición favorable en el listado de elegibles que permita determinar que en efecto se está vulnerando su derecho de carrera, siendo esta la razón preponderante para que no se avalen sus pretensiones, mas que por el hecho de existir vacantes diferentes a las ofertadas en la convocatoria a la que aplicó, pues decantada ya se encuentra la discusión frente a dicho tópico, la que no está demás aclarar, señala que sí puede aplicarse la lista de elegibles para proveer cargos existentes con posterioridad a la convocatoria, siempre y cuando se cumpla con las reglas preestablecidas para el concurso, lo que, se insiste, aquí no ocurre.

Por estas razones se negarán las pretensiones del accionante al no encontrarse acreditada vulneración de derecho fundamental alguno.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero: Negar la presente tutela interpuesta por el señor **Ricardo Roa Domínguez**, por las razones anotadas en la parte motiva.

Segundo: Notificar la presente decisión a las partes en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero: Comisionar a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - COMISIÓN DE CARRERA ESPECIAL UT CONVOCATORIAS FGN 2021 Y 2022**, para

¹⁰ "Artículo 39. Estudio de seguridad. Por razones de seguridad interna de la entidad, independientemente del cargo, dentro del proceso de selección para proveer los empleos de la Fiscalía General de la Nación y del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, al aspirante, antes de la expedición de la resolución de nombramiento en periodo de prueba, se le realizará un estudio de seguridad de carácter reservado. Del resultado del estudio se determinará la conveniencia o no del ingreso de la persona a la entidad. // El resultado negativo del estudio de seguridad generará la exclusión del aspirante de la lista de elegibles respectiva. Dicho resultado se le dará a conocer exclusivamente al aspirante, salvo cuando ello pueda afectar los fines de una investigación o para prevenir la comisión de delitos."

que proceda a notificar esta sentencia a: "(i) todas las personas que integran las listas de elegibles [y/o aspirantes de ser el caso] para el cargo de: «Técnico Investigador IV», identificado con el código OPECE No. I-212-10-(9), del Sistema Especial de Carrera Administrativa de la Fiscalía General de la Nación, ofertado en el «Concurso de Méritos FGN 2021» y en el «Concurso de Méritos FGN 2022»; (ii) así como todas las personas que actual y provisionalmente ocupan dichos empleos, y especialmente aquellos que se ofertaron en los procesos de selección".

Cuarto: Enviar el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión en los términos del Inciso 2° del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, en el evento de no ser impugnada.

Notifíquese y Cúmplase;
El Juez,

Nelson Osorio Guamanga

Sust/2024-00260

Firmado Por:
Nelson Osorio Guamanga
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Civil 011
Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **2b43dd499378112ee3bff8380e5504bc1d5ea092848a2260c7faef3623530912**

Documento generado en 21/10/2024 02:08:54 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>