

NOTA DE RELATORIA: Mediante constancia secretarial de fecha diecinueve (19) del mes de julio del año dos mil veintiuno (2021), la cual se anexa en la parte final, se certifica que el magistrado Alejandro Linares Cantillo no intervino en la decisión de la presente sentencia.

Sentencia C-077/21

Referencia: expediente D-13784

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2 (parcial) de la Ley 1960 de 2019, “[p]or el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”

Demandante: Guillermo Arellano Castillo

Magistrada ponente:
DIANA FAJARDO RIVERA¹

Bogotá D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones Constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto Ley 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. Antecedentes²

1. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política, el ciudadano Guillermo Arellano Castillo presentó, vía electrónica, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2 (parcial) de la Ley 1960 de 2019, “[p]or el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”, a través del cual se modificó el artículo 29 de la Ley 909 de 2004, “[p]or la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.”

¹ El trámite de constitucionalidad que aquí se decide fue inicialmente sustanciado por el magistrado José Fernando Reyes Cuartas. No obstante, en decisión de la Sala Plena virtual de la Corporación llevada a cabo el día 25 de marzo del presente año, la ponencia que presentó no obtuvo la mayoría requerida; por lo cual, atendiendo a las reglas previstas en el artículo 34.8 del Acuerdo 02 de 2015, la elaboración del fallo fue asignado a quien ahora actúa como ponente.

² Esta providencia conserva algunos apartados de la ponencia que inicialmente fue presentada a consideración de la Sala Plena por el magistrado José Fernando Reyes Cuartas, particularmente la síntesis de la demanda, las intervenciones y el concepto del Ministerio Público.

2. Mediante Auto del 21 de julio de 2020³ el Magistrado sustanciador admitió parcialmente la demanda de inconstitucionalidad frente a los cargos por desconocimiento del derecho a la igualdad (Art. 13 de la CP) y al principio del mérito (Art. 125 de la CP), e inadmitió los cargos por el posible desconocimiento de los derechos inalienables de la persona, el derecho al trabajo y el acceso a la función pública, así como por la presunta lesión de las competencias constitucionales conferidas a la Comisión Nacional del Servicio Civil y de la cosa juzgada material, frente a lo decidido en la Sentencia C-1262 de 2005.

3. Mediante esta providencia se dispuso, además, (i) correr traslado al Procurador General de la Nación,⁴ (ii) fijar en lista las disposiciones acusadas y (iii) comunicar la iniciación del proceso al Presidente de la República, al Presidente del Congreso de la República⁵ y a la Nación - Ministerio del Interior. De igual forma, con el objeto de emitir concepto sobre la demanda de la referencia,⁶ (iv) se invitó al proceso a la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC; Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP; Academia Colombiana de Jurisprudencia; Instituto Colombiano de Derecho Procesal; a la facultad de Derecho de las universidades de los Andes, Caldas, Externado, Javeriana, Libre, Militar Nueva Granada y Nacional de Colombia; y, a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

4. Dentro del término de ejecutoria del Auto del 21 de julio de 2020, el accionante no allegó escrito de corrección dando lugar a la expedición del Auto del 5 de agosto de 2020,⁷ que rechazó los cargos inicialmente inadmitidos.

5. Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto Ley 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. Norma demandada

6. A continuación, se transcribe la disposición parcialmente demandada, destacando el aparte cuestionado:

“LEY 1960 DE 2019
(junio 27)

Diario Oficial No. 50.997 de 27 de junio 2019

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

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

³ <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=17749>.

⁴ Siguiendo lo previsto en los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución.

⁵ Atendiendo lo dispuesto en el artículo 244 de la Constitución.

⁶ Conforme a lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991.

⁷ <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=18263>.

(...)

ARTÍCULO 2o. El artículo 29 de la Ley 909 de 2004 quedará así:

Artículo 29. Concursos. La provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa se hará mediante procesos de selección abiertos y de ascenso los cuales adelantará la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad en la que esta delegue o desconcentre la función.

En los procesos de selección o concursos abiertos para ingresar a la carrera podrán participar las personas que acrediten los requisitos y condiciones requeridos para el desempeño de los empleos.

El concurso de ascenso tiene como finalidad permitir la movilidad a un cargo superior dentro de la planta de personal de la misma entidad, del mismo sector administrativo o dentro del cuadro funcional de empleos.

El concurso será de ascenso cuando:

1. La vacante o vacantes a proveer pertenecen a la misma planta de personal, las plantas de personal del sector administrativo o cuadro funcional de empleos, en los niveles asesor, profesional, técnico o asistencial.

2. Existen servidores públicos con derechos de carrera general o en los sistemas específicos o especiales de origen legal, que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso.

3. El número de los servidores con derechos de carrera en la entidad o en el sector administrativo que cumplen con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso es igual o superior al número de empleos a proveer.

Si se cumple con los anteriores requisitos se convocará a concurso de ascenso el treinta (30%) de las vacantes a proveer. El setenta (70%) de las vacantes restantes se proveerán a través de concurso abierto de ingreso.

Si en el desarrollo del concurso de ascenso no se inscribe un número igual de servidores con derechos de carrera por empleo convocado, el concurso se declarará desierto y la provisión de los cargos se realizará mediante concurso de ingreso abierto. Quienes se hayan inscrito inicialmente para el concurso de ascenso continuarán en el concurso abierto de ingreso sin requerir una nueva inscripción.

PARÁGRAFO. La Comisión Nacional del Servicio Civil determinará, en el término máximo de seis (6) meses contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, el procedimiento para que las entidades y organismos reporten la Oferta Pública de Empleos, con el fin de viabilizar el concurso de ascenso regulado en el presente artículo.”

III. La demanda

7. El actor afirma que la configuración del concurso de ascenso prevista en la disposición parcialmente demandada desconoce los principios de igualdad y mérito (Arts. 13 y 125 de la CP), razón por la que solicita declarar su inconstitucionalidad. Inició su escrito afirmando que el texto original de la Ley 909 de 2004 estuvo vigente por más de catorce años, sin ser objeto de modificaciones relevantes. A su juicio, el propósito principal de la Ley 1960 de 2019 es “*generar oportunidades de movilidad para el ascenso de los empleados públicos inscritos en carrera*”, no obstante, precisa que este objetivo se satisface a través de otros mecanismos, pues “*en Colombia existe el nombramiento en encargo (ascenso) y el nombramiento en Comisión para el desempeño de cargos de libre nombramiento (ascenso-nivel directivo)*”, por lo tanto, a diferencia de lo sostenido por el Congreso de la República en la exposición de motivos de la reforma a la Ley 909 de 2004, en la carrera administrativa existe oportunidad de movilidad, concluyendo que el modelo de gestión pública ahora cuestionado es “*lesivo de las garantías fundamentales, al preceptuar un trato discriminatorio o diferenciado, sin razón alguna.*”⁸

8. El promotor de la acción indica que se sacrificó la expectativa de quienes no pertenecen a la carrera administrativa, en favor de quienes pertenecen a ella. Por esta razón, la norma es excluyente, “*en el sentido de priorizar el concurso de ascenso cerrado, convirtiendo el concurso de méritos abierto, en un proceso residual, en el que se ofertan solo el 70% de las vacantes, no apetecidas por los empleados de carrera y que no fueron ofertadas en el concurso cerrado.*”⁹ Por tal motivo, el accionante considera que esta exclusión es un trato diferente no admisible ni soportable por quienes no se encuentran inscritos en el régimen de carrera, de manera que se desconocen sus derechos humanos y los principios de la función administrativa.

9. Para el demandante el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019 infringe el principio de igualdad (Art. 13 de la CP) porque, al autorizar la realización de dos tipos de concursos (abierto de ingreso y cerrado de ascenso), estableció una distinción entre dos categorías de ciudadanos, a saber, “*(i) quienes no hacen parte de la carrera administrativa, y que en algunos casos tampoco gozan de un empleo y (ii) quienes ya disfrutaban del empleo digno y se*

⁸ *Ibid.*, p. 4.

⁹ *Ibid.*, p. 7.

encuentran inscritos en la carrera administrativa.”¹⁰ En esos términos, la norma privilegia injustificadamente al segundo grupo:

“(…) quienes no gozan de inscripción en carrera administrativa, ahora deben soportar una afectación o restricción en su derecho de participar en igualdad de condiciones, en beneficio de las personas que ya gozan del trabajo digno. Tal es la desproporción, planteada en la norma, que en aquellos eventos en donde la entidad aplique el concurso cerrado, los aspirantes inscritos en carrera podrán participar por el 100% de las vacantes, en ambos procesos de selección (abierto y cerrado), gozando de una doble aspiración.”¹¹

10. El ciudadano destaca que las personas que no se encuentran inscritas en el régimen de carrera administrativa -nombradas en provisionalidad o vinculadas mediante contrato de prestación de servicios o desempleadas- no pueden acceder a la totalidad de las vacantes, sino solo *“al 70% por ciento de las vacantes, en un proceso residual de selección abierto, con las vacantes no ofertadas en el concurso cerrado de ascenso.”*¹² De conformidad con lo anterior, afirma que:

“La Ley 1960 de 2019 introduce de forma caprichosa, y sin justificación un concepto violatorio de los derechos humanos, como lo es el concurso de ascenso cerrado, privilegiando a quienes ya gozan del vínculo laboral, por encima de quienes no lo tienen. Concesión realizada a los empleados inscritos en Carrera que, en un país con grandes desigualdades y problemáticas sociales, no es aceptable ni justificable. Más evidente es la afectación al derecho a la igualdad, si se contempla que, dentro de las entidades públicas, además de existir empleados de carrera administrativa, también encontramos personal nombrado en provisionalidad, y por contrato de prestación de servicios, con gran antigüedad, que del mismo fueron excluidos del concurso de ascenso cerrado, exclusión o diferenciación que no tiene sustento.”¹³

11. Con apoyo en la jurisprudencia constitucional construida en torno al derecho a la igualdad de oportunidades en el ámbito de la carrera administrativa, infiere que el concurso cerrado de ascenso quebranta fehacientemente el derecho a la igualdad, pues materializa un trato diferencial injustificado que recae sobre un grupo de personas, restringe la posibilidad de acceso al empleo público y cercena la aspiración de quienes no pertenecen al régimen de carrera. Además, el actor indica que esta limitación genera una *“clara involución o retroceso, en la garantía del derecho a la igualdad de oportunidades, y en las prácticas administrativas de gestión de personal.”*¹⁴

¹⁰ *Ibid.*, p. 8.

¹¹ *Ibid.*, p. 8.

¹² *Ibid.*, p. 8.

¹³ *Ibid.*, p. 8.

¹⁴ *Ibid.*, p. 9.

12. Adicionalmente, señala que la disposición examinada transgrede el principio del mérito (Art. 125 de la CP), pues, de conformidad con lo sostenido -en su concepto- por esta Corporación, no es dable “*disponer distintos criterios para evaluar a los aspirantes vinculados a la respectiva entidad y a los que no lo están y de establecer una regulación más restrictiva para el ingreso a la carrera que la prevista para el ascenso de la misma.*”¹⁵ Agrega que el Legislador, no solo no atendió al criterio del mérito, sino que duplicó el desgaste institucional en la aplicación de los instrumentos de selección de personal. Asimismo, al referirse a la Sentencia C-1262 de 2005¹⁶ resalta que:

“(…) el nombramiento de funcionarios en cargos de carrera debe hacerse, salvo excepciones constitucionales o legales, mediante concurso público. La disposición constitucional no distingue si se trata de nombramientos para ingresar o ascender en la carrera al establecer el concurso público como condición del nombramiento del funcionario que pretende ocupar un cargo de carrera. Si la Constitución no distingue entre el ingreso a la carrera y el ascenso a la misma –sino que por lo contrario impone, en ambos casos, que se cumplan (art. 125 C.P.)–, no corresponde al intérprete distinguir entre estas dos eventualidades para efectos de determinar el alcance de la regla general sobre el nombramiento por concurso público. El concurso público tiene como función no sólo la escogencia según los méritos y calidades del aspirante (arts. 125 y 209 C.P.), sino el aseguramiento de la igualdad de oportunidades (art. 13 C.P.) en el acceso a las funciones y cargos públicos (art.40 núm. 7 C.P.).”¹⁷

13. Finalmente, el demandante enfatiza que la jurisprudencia ha reiterado que el derecho a la igualdad y el mérito prohíben imponer requisitos diferentes entre los aspirantes. De manera que están proscritos tanto el concurso de selección cerrado como la evaluación de los aspirantes en donde se establecen requisitos que aplican solo para algunos aspirantes.

IV. Síntesis de las intervenciones

14. En el término de fijación en lista se recibieron las siguientes intervenciones: (i) de entidades estatales, en concreto del Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP y de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, quienes pidieron declarar la exequibilidad del artículo 2 de la Ley 1960 de 2019 parcialmente cuestionado; (ii) de ciudadanas, por Jeiny Julieth Castro Vega y Camila Andrea González Castillo, que acompañaron las pretensiones de la acción de inconstitucionalidad; y, (iii) del Sindicato de Trabajadores Defensores del Mérito - Sintramérito, que acompañó la solicitud de inexequibilidad. A continuación, se sintetizan sus consideraciones.

¹⁵ *Ibid.*, p. 14.

¹⁶ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁷ *Ibid.*, p. 16.

Intervenciones con petición de exequibilidad

15. El **Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP**,¹⁸ a través de su Director Jurídico, afirma que la configuración del concurso de ascenso que ahora se cuestiona se estudió en la Sentencia C-034 de 2015,¹⁹ pues, aunque en dicha oportunidad se analizó la sujeción al ordenamiento superior del artículo 24 del Decreto ley 020 de 2014, entre la norma allí prevista y el contenido de la disposición ahora cuestionada, existe identidad. Por este motivo, en su concepto, se presenta el fenómeno de la cosa juzgada constitucional material y, por ende, debe declararse la exequibilidad del artículo 2 de la Ley 1960 de 2019.

16. Precisa que, de acuerdo con esta Corporación, los concursos mixtos desarrollan múltiples finalidades de la carrera, al tener en cuenta el mérito de los funcionarios que ya han ingresado a la misma mediante concurso. Aunado a ello, el ascenso es considerado como una fase fundamental que valora la experiencia, el estímulo, la promoción y la estabilidad de los trabajadores para garantizar, a través de una capacitación y evaluación permanente, una mejor administración pública.²⁰

17. Continúa su exposición afirmando que la carrera administrativa tiene un *doble significado*:

“(...) para el empleado escalonado constituye una garantía de que va a poder progresar hacia mejores puestos de trabajo, sabiendo de este modo que su esfuerzo continuado en el trabajo y su consecuente evaluación del desempeño van a ser recompensados con la posibilidad de participar, confrontar y superar a otros empleados inscritos en la carrera en desarrollo de concursos de ascenso autorizados por el Legislador para los cuales cumpla requisitos (30%). Para la Administración supone que va a poder contar de un contingente laboral altamente motivado, capacitado y, además, especializado en las labores estatales, que puede asumir de manera inmediata las riendas de sus nuevos roles institucionales.”

18. Señala que a través del concurso de ascenso se libera la plaza del empleado promovido para que sea ocupada mediante el concurso público de ingreso a la carrera, de manera que se garantiza el acceso de nuevos aspirantes al ejercicio de cargos públicos. Concluye aseverando que la carrera administrativa debe asegurar la movilidad, promover la capacitación y el rendimiento laboral, con el fin de mejorar las condiciones laborales del empleado ya inscrito y, a la vez, optimizar los resultados del servicio público.

19. La **Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC**,²¹ por intermedio de su Presidente, considera que los preceptos demandados no comportan ninguna

¹⁸ <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=19033>.

¹⁹ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. S.V. María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Martha Victoria Sáchica Méndez.

²⁰ *Ibid.*, p. 11-14.

²¹ <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=19164>.

irregularidad ni contradicción con la Constitución, por lo que solicitó que fueran declarados exequibles. Señala que el sistema meritocrático (Art. 125 de la CP) presupone unos límites dentro de los cuales el legislativo debe enmarcar sus actuaciones, sin que esto implique que *“el legislador no pueda configurar tratamientos diferentes más no discriminatorios a la hora de establecer el tipo de concursos que resultan constitucionalmente admisibles.”*²²

20. Argumenta que, conforme a lo resuelto en la Sentencia C-034 de 2015²³ *“los concursos de méritos cerrados para el ingreso a la Función Pública son inconstitucionales. Sin embargo, son admisibles cuando se reserva un número mínimo de cargos para funcionarios de carrera, los que dan lugar a los concursos mixtos pues la mayoría de vacantes se ofertan a través de concurso público y abierto y un número inferior mediante concurso de ascenso.”*²⁴

21. Más adelante, el representante de la Comisión hace un breve análisis de los cargos presentados por el demandante y concluye que *“la modificación que realizó el legislador al artículo 29 de la Ley 909 de 2004 a través del artículo 2 de la Ley 1960 de 2019 se realizó con fundamento en la sentencia C- 034 de 2015 en virtud de la cual se consagró el sistema de concurso de ascenso mixto.”*²⁵ Al respecto, explicó que:

*“(…) las personas que no se encuentran vinculadas a la entidad por el sistema de mérito, así como también los provisionales y contratistas tienen un cupo equivalente al 70% por ciento o más, según la cantidad de servidores con derechos de carrera en cada entidad, para participar en el concurso mixto, razón por la cual no es posible considerar que exista un tratamiento sospechoso o discriminatorio tal como lo proclama la acusación.”*²⁶

22. Manifiesta que la norma acusada contempla unos requisitos especiales sobre el perfil previsto en los manuales de funciones, estudio y experiencia adicional, además de la exigencia de superar las pruebas eliminatorias, que evitan los ascensos automáticos o la discrecionalidad del nominador. Por último, anota que *“las normas consagradas en el inciso final del numeral 3º del memorado artículo 2º, no hacen cosa diferente que salvaguardar el principio de la meritocracia en beneficio del interés general.”*²⁷

Intervenciones con petición de inexequibilidad

23. La ciudadana **Jeiny Julieth Castro Vega**²⁸ solicita declarar la inexequibilidad de la disposición parcialmente acusada pues, en su criterio, quebranta los pilares del Estado social de derecho al apartarse de los artículos

²² *Ibid.*, p. 7.

²³ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. S.V. María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Martha Victoria Sáchica Méndez (e).

²⁴ *Ibid.*, p. 7.

²⁵ *Ibid.*, p. 8.

²⁶ *Ibid.*, p. 8.

²⁷ *Ibid.*, p. 9.

²⁸ <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=19032>.

1 y 2 de la Constitución, así como del artículo 54 en lo que respecta al deber del Estado de *“propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”*,²⁹ ya que se están generando mayores restricciones para el acceso al empleo.

24. Considera que el contenido de la norma acusada es inaplicable, en tanto *“al existir más de una lista de elegibles vigente respecto de un mismo empleo, perdería validez el claro criterio meritocrático (posición en la lista) que se viene adoptando para proveer las vacantes que surjan durante la vigencia de la lista de elegibles (2 años), respecto de los empleos ofertados, o respecto de las plantas temporales.”*³⁰ Tal situación, a su juicio, configura un *“estado de cosas inconstitucional”* conforme lo señalado en la Sentencia SU-913 de 2009 por *“imposibilidad de la cabal implementación de la meritocracia”*³¹ y por vulnerarse el derecho a la igualdad.

25. La ciudadana **Camila Andrea González Castillo**³² solicita la declaratoria de inexecutable de la norma parcialmente acusada. Inicia su intervención afirmando que el concurso cerrado de méritos *“constituye una restricción al ejercicio de los derechos y garantías, limitación al ejercicio de derecho que en este caso restringe la oportunidad de acceso al empleo público de unos, mejorando con ello la oportunidad de acceso de los otros (empleados de carrera).”*³³ Advierte además que *“en vigencia de la Constitución de 1991 no es posible generar tratamientos que atenten contra los postulados del estado social de derecho, o que signifique un RETROCESO en el reconocimiento de las garantías fundamentales, tal y como lo instauró la Ley 1960 de 2019.”*³⁴

26. En su escrito, la interviniente especifica que el modelo de concurso cerrado de méritos de la Fiscalía General de la Nación, contemplado en el Decreto ley 020 de 2014 *“es un modelo fallido”* en tanto, a la fecha, *“no se ha logrado desarrollar ningún concurso de méritos.”*³⁵ También argumenta que *“el concurso cerrado no puede desplazar el concurso abierto, como se pretende, pues con ello se desplaza también el derecho a la igualdad y la meritocracia.”*³⁶ A su juicio, es importante recordar que en la Sentencia C-034 de 2015,³⁷ la Procuraduría General de la Nación solicitó la inexecutable del Decreto ley 020 de 2014, luego de considerar que el concurso cerrado de ascenso vulnera el derecho a la igualdad para acceder a los cargos a proveer, en cuanto otorga beneficios a los empleados escalafonados, lo que constituye un trato discriminatorio frente a los aspirantes nuevos. Destacó que en la mencionada sentencia cuatro magistrados salvaron el voto por coincidir con la postura del Ministerio Público y consideró que estos salvamentos deben ser estudiados.

²⁹ *Ibid.*, p. 2.

³⁰ *Ibid.*, p. 2.

³¹ *Ibid.*, p. 3.

³² <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=19127>.

³³ *Ibid.*, p. 3.

³⁴ *Ibid.*, p. 3.

³⁵ *Ibid.*, p. 4.

³⁶ *Ibid.*, p. 4.

³⁷ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, S.V. María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

27. El **Sindicato de Trabajadores Defensores del Mérito - Sintramérito**,³⁸ a través de su representante legal, solicita a la Corte declarar la inexecutable de la norma parcialmente acusada. En su concepto, los fines del Estado solo se concretan en tanto *“los servidores públicos estén obligados a encajar con precisión en ese molde meritocrático.”*³⁹ Sostiene que *“el ingreso al sector público no puede estar supeditado a la satisfacción de intereses personales o de un grupo de ciudadanos en particular, sino a una verdadera igualdad, mérito y oportunidad como componentes de la carrera administrativa.”*⁴⁰ En estos términos, afirma que: *“[e]l concurso cerrado es una transgresión a la meritocracia y un burlesco del legislativo hacia el conglomerado social, que exige igualdad de participación a quienes por sus estudios y experiencia laboral cumplen los requisitos mínimos exigidos, pero que, en vez de eso, recibe más restricciones a las garantías fundamentales, así como la repartición selectiva e inequitativa de las oportunidades.”*⁴¹

28. Además, se refirió a la sentencia C-288 de 2014 que, en su criterio, estableció *“(…) los límites de la libertad de configuración legislativa en materia de carrera administrativa, dejando claro que ésta tiene que tener la “garantía de la igualdad de oportunidades”, lo cual desconoce abiertamente la norma demandada en este proceso al cerrar la participación del concurso de méritos a un grupo de ciudadanos que ni siquiera merecen una discriminación positiva al no estar en una situación de debilidad manifiesta.”*⁴²

V. Concepto del Procurador General de la Nación

29. En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución Política, el Procurador General de la Nación⁴³ solicitó a la Corte declarar la executable de los enunciados demandados del artículo 2 de la Ley 1960 de 2019. A su juicio, en la disposición bajo revisión no se configura la cosa juzgada respecto de la Sentencia C-034 de 2015,⁴⁴ dado que:

“Si bien existe alguna identidad entre los enunciados normativos que fueron estudiados en aquella ocasión y los que son ahora objeto de control, y se advierte la similitud en los cargos planteados en ambas oportunidades, la figura de la cosa juzgada constitucional se desvanece por la evidente diferencia en el ámbito de aplicación de los artículos: el Decreto 020 de 2014 constituye un régimen específico de carrera aplicable únicamente a la Fiscalía General de la Nación, mientras que la Ley 1960 de 2019 sub examine representa una

³⁸ <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=18969>.

³⁹ *Ibid.*, p. 1.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 1.

⁴¹ *Ibid.*, p. 2.

⁴² *Ibid.*, p. 2.

⁴³ <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=20279>.

⁴⁴ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, S.V. María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Martha Victoria SÁCHICA Méndez (e).

modificación a las normas que regulan el sistema general de carrera administrativa (L.909/04).”⁴⁵

30. El Ministerio Público sostiene que existe reserva legal en materia de empleo público. Precisa que la carrera, que se basa en el mérito, *“es el mecanismo general y preferente definido por el artículo 125 superior para el ingreso de los ciudadanos al servicio público.”*⁴⁶ Explica que *“el concurso [surge] como aquel procedimiento abierto y meritocrático que ubica a los aspirantes en un plano de igualdad en el que los únicos factores relevantes son aquellos basados en requisitos de conocimientos y calidades necesarias para el buen desempeño del cargo ofertado, aspectos que se evalúan con parámetros objetivos que impiden circunstancias constitutivas de discriminación.”*⁴⁷

31. En su concepto, en virtud de la reserva legal, el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019 modificó el artículo 29 de la Ley 909 de 2004, de manera que ahora *“la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa se hará mediante procesos de selección abiertos y de ascenso.”*⁴⁸ Se presenta entonces un cambio relevante, pues el concurso para el ingreso es abierto, con el ánimo de que participen todas las personas interesadas y que cumplan las condiciones exigidas para el cargo; y, el concurso de ascenso supone una previa inscripción en la carrera y además el cumplimiento de una serie de requisitos para ocupar una plaza más alta.⁴⁹ El Procurador explicó que:

*“(…) el derecho al ascenso no basta con el hecho de pertenecer a la carrera, pues, además de los requisitos operativos descritos (...), los funcionarios interesados deberán demostrar su mérito en un concurso con fórmulas de evaluación de requerimientos que apliquen para todos los aspirantes en paridad de condiciones, y desde luego satisfacer plenamente los requisitos exigidos para el empleo; criterios que se mantienen como únicos en la incorporación y permanencia de funcionarios al servicio público.”*⁵⁰

32. Finalmente, tras destacar los porcentajes estipulados en la norma, precisa que éstos no desconocen la aplicación del mérito, dado que el ascenso no opera automáticamente sino que depende de la satisfacción de una serie de requisitos. En este sentido, siguiendo la jurisprudencia constitucional establecida en la sentencia C-034 de 2015,⁵¹ el Procurador se refiere a las múltiples finalidades constitucionales de la carrera que permiten desarrollar los concursos internos de ascenso, en tanto se dirigen a promover los funcionarios *“mejor calificados, con mayor experiencia adquirida y cumplidores de las metas trazadas, para así contribuir a la realización de los*

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 4.

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 4.

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 5.

⁴⁸ Ley 909 de 2004, artículo 29, modificación introducida por el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019.

⁴⁹ Concepto del Procurador General de la Nación., p. 6.

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 7.

⁵¹ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Martha Victoria Sáchica Méndez (e).

finis del Estado.”⁵² Concluye afirmando que el concurso de ascenso mixto contenido en la disposición acusada es un medio idóneo y razonable que respeta el mérito como factor diferencial y evita la vulneración de la igualdad.

VI. Consideraciones de la Corte Constitucional

1. Competencia de la Corte

33. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral, 4 de la Constitución Política, este Tribunal es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues los enunciados normativos demandados hacen parte de una ley proferida por el Congreso de la República, en concreto, de la Ley 1960 de 2019.

2. Presentación del caso, problema jurídico y esquema de decisión

34. La Corte Constitucional estudia la demanda presentada por el ciudadano Guillermo Arellano Castillo contra el artículo 2 (parcial) de la Ley 1960 de 2019, “[p]or el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”, quien considera que la regulación sobre el concurso de ascenso allí prevista es incompatible con la Carta, dado que desconoce los principios de igualdad y mérito, razón por la que solicita su inexecutable (fundamentos jurídicos Nos. 7 a 13).

35. En el transcurso del trámite constitucional, el Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP (fundamento jurídico No. 15) estimó que debía declararse la cosa juzgada constitucional debido al pronunciamiento realizado en la Sentencia C-034 de 2015 sobre el concurso de ascenso en el régimen de carrera específico de la Fiscalía General de la Nación. En criterio del Ministerio Público, pese a algunas similitudes entre el objeto de decisión abordado en la providencia mencionada y éste, no debe concluirse la configuración de dicho fenómeno (fundamento jurídico No. 29). Por su parte, en otras intervenciones se mencionó la providencia proferida respecto a la carrera especial de la Fiscalía, pero con el ánimo de sostener que debía tenerse como precedente, bien para seguirlo o para separarse de él.

36. En cuanto al fondo del asunto, las entidades estatales que intervinieron y el Ministerio Público solicitaron declarar la exequibilidad de los enunciados sometidos a examen, por considerar, en síntesis, que los concursos mixtos son posibles en nuestro ordenamiento en la medida en que el mérito no se desconoce y se pretende la satisfacción de finalidades constitucionales. Por su parte, las ciudadanas y el sindicato que allegaron sus memoriales a este trámite dentro de la oportunidad legal, acompañaron la pretensión incoada por el promotor de la acción.

37. En este marco, la Sala Plena deberá analizar como cuestión previa si se configuran los elementos que la jurisprudencia de la Corporación han definido

⁵² *Ibid.*, p. 8.

para afirmar la configuración de la cosa juzgada, específicamente *formal* o *material* dados los alcances invocados. A continuación, y solo en caso de responder negativamente al anterior asunto, corresponde abordar el siguiente problema jurídico: ¿la regla que permite la realización de concursos de ascenso respecto del 30% de las vacantes a proveer en carrera administrativa es inconstitucional, por la presunta lesión de los principios de igualdad y mérito (Arts. 13 y 209 de la CP)?

38. Para su resolución, se (i) reiterará la línea jurisprudencial sobre la constitucionalidad de los concursos mixtos de ascenso, evidenciando las dos etapas existentes al respecto, (ii) mencionará las disposiciones del sistema universal y regional de derechos humanos relevantes para el estudio de este caso, y (iii) resolverá el problema jurídico a partir de la metodología del juicio integrado.

39. Antes de iniciar el plan propuesto, es necesario precisar que ninguno de los intervinientes puso en tela de juicio la satisfacción de los requisitos argumentativos a los que ha hecho referencia esta Corte como condiciones de aptitud de del cargo general formulado, por lo cual, la Sala Plena no considera necesario realizar un análisis diferente al que se dio en la etapa de admisión.

3. Cuestión previa. De la inexistencia de cosa juzgada en este asunto

3.1. Principio de cosa juzgada. Reiteración de jurisprudencia

40. El artículo 243 de la Constitución Política prevé que los fallos proferidos por esta Corte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a *cosa juzgada*,⁵³ agregando una prohibición dirigida a todas las autoridades de reproducir, en tanto persista el mismo marco constitucional que sirvió de parámetro de control, contenidos declarados inexecutable por razones de fondo.⁵⁴ Por virtud de este principio, las decisiones de mérito ostentan carácter inmutable, vinculante y definitivo, cumpliendo así dos funciones, una *positiva*, consistente en proveer de seguridad jurídica las relaciones jurídicas, y una *negativa*, en virtud de la cual los funcionarios judiciales no pueden conocer, tramitar y fallar un asunto ya resuelto.⁵⁵

41. Ahora bien, la aplicación de este principio concede eficacia a la supremacía constitucional, en la medida en que evita que después de una decisión sobre la incompatibilidad de una norma con la Constitución, esta

⁵³ En similar sentido ver los artículos 46 y 48 de la Ley 270 de 1996, y 21 y 22 del Decreto 2067 de 1991. Desde sus decisiones iniciales esta Corporación delimitó los alcances de este principio, advirtiendo en la Sentencia C-397 de 1995 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) que “*Ha sido prolija la jurisprudencia de la Corte en torno al principio de la cosa juzgada constitucional, que significa no solamente el carácter definitivo e incontrovertible de las sentencias que aquélla pronuncia, de manera tal que sobre el tema tratado no puede volver a plantearse litigio alguno, sino la prohibición a todo funcionario y organismo de reproducir las normas que la Corte haya declarado inexecutable por razones de fondo mientras permanezcan vigentes los mandatos constitucionales con los cuales se hizo el cotejo.*”

⁵⁴ “Artículo 243.- Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.”

⁵⁵ Al respecto ver las sentencias C-228 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y C-090 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, entre otras.

pueda regresar al orden jurídico; desarrolla la interpretación autorizada de los mandatos constitucionales, dotándolos de precisión; y previene sobre interpretaciones abiertamente incompatibles con la Carta, evitando que sean asumidas por el Legislador al momento de concretar los mandatos superiores. De otro lado, se garantiza la seguridad jurídica exigiendo, en caso de solicitarse un nuevo examen, la acreditación de las circunstancias específicas y calificadas que fueron sintetizadas en la Sentencia C-007 de 2016⁵⁶ en los siguientes términos: (i) modificación del parámetro de control, (ii) cambio de significación material de la Constitución y (iii) variación del contexto normativo objeto de control.

42. El análisis de la cosa juzgada constitucional,⁵⁷ exige la configuración de (i) identidad de objeto, (ii) identidad de causa o cargo y (iii) subsistencia del parámetro de control de constitucionalidad.⁵⁸ El estudio del *primer requisito* implica verificar la existencia de una decisión previa sobre la misma disposición o una con idéntico texto normativo (cosa juzgada formal), o de una disposición que, aunque con diferente tenor literal, tenga un contenido análogo a aquél que se extrae de la que ahora es examinada (cosa juzgada material).⁵⁹ En cuanto al *segundo* requisito, el análisis de contrastación exige identificar si el cargo o las razones de inconstitucionalidad aducidas para justificar la inexistencia de ajuste entre una norma infraconstitucional y el parámetro de control son o no iguales. Esta indagación conduce a inferir la materialización de la cosa juzgada absoluta⁶⁰ o relativa⁶¹ (implícita o explícita).

43. Finalmente, para efectos de este análisis particular, debe repararse en que al momento de analizar la identidad normativa cobra relevancia no solo la

⁵⁶ M.P. Alejandro Linares Cantillo. SV. María Victoria Calle, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gloria Stella Ortiz Delgado y Jorge Iván Palacio Palacio. AV. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵⁷ Sobre el alcance de este principio por parte de la Corte en sus inicios, ver, entre otras, las sentencias C-004 de 1993. M.P. Ciro Angarita Barón; C-041 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-165 de 1993. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Más recientemente ver, entre otras, las sentencias C-774 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil. AV. Manuel José Cepeda Espinosa; C-311 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-257 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. SV. Jaime Araujo Rentería y Humberto Antonio Sierra Porto. AV. Jaime Córdoba Triviño, Mauricio González Cuervo; C-931 de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. AV. Jaime Araujo Rentería; C-178 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa; C-744 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y C-133 de 2019. MM.PP. José Fernando Reyes Cuartas y Antonio José Lizarazo Ocampo. SV. Diana Fajardo Rivera.

⁵⁸ Ver, entre otras, la Sentencia C-008 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. AV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵⁹ Al respecto, en la Sentencia C-178 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa) se sostuvo que “*la Corte ha explicado: “hay lugar a declarar la existencia de la cosa juzgada formal, en aquellos eventos en los que existe un pronunciamiento previo del juez constitucional en relación con el precepto que es sometido a un nuevo y posterior escrutinio constitucional. Así mismo, la jurisprudencia ha sido enfática en manifestar que se presenta el fenómeno de la cosa juzgada material cuando a pesar de haberse demandado una norma formalmente distinta, su materia o contenido normativo resulta ser idéntico al de otra u otras disposiciones que ya fueron objeto de juicio de constitucionalidad, sin que el entorno en el cual se aplique comporte un cambio sustancial en su alcance y significación.”*

⁶⁰ En la Sentencia C-1024 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), la Corte señaló: “*En sentencia C-774 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) esta Corporación estableció que se presenta el fenómeno de la cosa juzgada constitucional absoluta, cuando el pronunciamiento de constitucionalidad de una disposición, a través del control abstracto, no se encuentra limitado por la propia sentencia, tanto en su parte resolutive como motiva, es decir, se entiende que la norma es executable o inexecutable en su totalidad y frente a todo el texto Constitucional. (...) Dichas decisiones tienen un alcance absoluto de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, pues (i) sólo a esta Corporación le compete determinar los efectos de sus fallos en cada sentencia (...); de suerte que, (ii) cuando la Corte no fija expresamente el alcance de sus decisiones, en principio, se entiende que las mismas hacen tránsito a cosa juzgada constitucional absoluta, pues está Corporación está obligada a confrontar las disposiciones demandadas con la totalidad de la Constitución.”*

⁶¹ “*Se presenta cuando el juez constitucional limita los efectos de la decisión dejando abierta la posibilidad de formular un cargo distinto al examinado en decisión anterior. Puede ser explícita cuando se advierte en la parte resolutive los cargos por los cuales se adelantó el juicio de constitucionalidad e implícita cuando puede extraerse de forma inequívoca de la parte motiva de la decisión sin que se exprese en la resolutive.”* Sentencia C-133 de 2019. MM.PP. José Fernando Reyes Cuartas y Antonio José Lizarazo Ocampo. SV. Diana Fajardo Rivera.

identidad entre los textos y/o contenidos prescriptivos, sino que se precisa razonar acerca del contexto en el que se inscribe la norma, dado que, con independencia de la identidad de lo que un enunciado ordena, prohíbe o permite, su consideración respecto del ámbito de aplicación puede determinar que en un caso específico no sea adecuado declarar la configuración de la cosa juzgada. Al respecto, en la Sentencia 100 de 2019⁶² se precisó:

“Esta identidad normativa debe apreciarse desde el punto de vista de la redacción de las disposiciones demandadas, como desde el punto de vista del contexto dentro del cual ellas se ubican, de tal forma que si la redacción es diversa, pero el contenido normativo es el mismo a la luz del contexto, se entiende que existe identidad. Por el contrario, pese a que el texto sea el mismo, si el contexto normativo en el que se reproduce es diferente, no cabe hablar de cosa juzgada material.”

44. A partir de los anteriores supuestos, a continuación se expondrán las razones por las cuales no se configura en este caso la cosa juzgada constitucional.

3.2. Inexistencia de cosa juzgada respecto de la Sentencia C-034 de 2015

45. De conformidad con lo sostenido en el curso de este trámite de control abstracto, en opinión del Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP se configura la institución de la cosa juzgada constitucional dado que una disposición similar ya fue analizada por esta Corporación en la Sentencia C-034 de 2015.⁶³ En dicha providencia la Corte resolvió la demanda de inconstitucionalidad presentada contra varios artículos del Decreto ley 020 de 2014⁶⁴ que, en el escenario del régimen especial de la Fiscalía General de la Nación,⁶⁵ configuran el concurso de ascenso en dicha Entidad. Ahora bien, a partir de los cargos formulados en esa oportunidad, el problema jurídico se enunció en los siguientes términos:

“3.2.1. El accionante considera que los artículos 24, 25, 26 y 30 del Decreto 020 del 9 de enero de 2014 son contrarios a los **artículos 125**, numeral 7 del artículo 40 y al **artículo 13 de la Constitución**, así como a los artículos 156 y 158 de la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia), por cuanto desconocen las reglas de la carrera al consagrar un concurso cerrado para el ascenso en la Fiscalía General de la Nación.” (Negrilla fuera de texto).

46. Por su parte, la demanda que ahora conoce la Sala Plena se dirige contra una disposición de la Ley 1960 de 2019, que modifica parcialmente la

⁶² M.P. Alberto Rojas Ríos. Cita reiterada de la providencia C-393 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa.

⁶³ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Martha Victoria SÁCHICA Méndez (e).

⁶⁴ “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”.

⁶⁵ Según el artículo 253 de la Constitución: “La ley determinará lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, al ingreso por carrera y al retiro del servicio, a las inhabilidades e incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración, prestaciones sociales y régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de su dependencia.” Negrilla fuera de texto.

regulación que sobre los procesos de selección de personal contiene la Ley 909 de 2004, por desconocer, presuntamente, los principios de igualdad y mérito (Arts. 13 y 125 de la CP). A continuación se transcriben en un cuadro comparativo los enunciados involucrados en uno y otro caso:

Disposición objeto de este estudio	Disposición juzgada en la Sentencia C-034 de 2015 sobre el concurso de ascenso ⁶⁶
<p>ARTÍCULO 2o. El artículo 29 de la Ley 909 de 2004 quedará así:</p> <p>Artículo 29. Concursos. La provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa se hará mediante procesos de selección abiertos y de ascenso los cuales adelantará la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad en la que esta delegue o desconcentre la función.</p> <p>En los procesos de selección o concursos abiertos <u>para ingresar a la carrera</u> podrán participar las personas que acrediten los requisitos y condiciones requeridos para el desempeño de los empleos.</p> <p>El <u>concurso de ascenso</u> tiene como finalidad permitir la movilidad a un cargo superior dentro de la planta de personal de la misma entidad, del mismo sector administrativo o dentro del cuadro funcional de empleos.</p> <p><u>El concurso será de ascenso cuando:</u></p> <p><u>1. La vacante o vacantes a proveer pertenecen a la misma planta de personal, las plantas de personal del sector administrativo o cuadro funcional de empleos, en los niveles</u></p>	<p>ARTÍCULO 24. CONCURSO DE ASCENSO. <u>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.</u></p> <p><u>El concurso será de ascenso cuando:</u></p> <p><u>1. La vacante o vacantes a proveer pertenezcan a un mismo grupo o planta de personal y a los niveles profesional y técnico.</u></p>

⁶⁶ En la Sentencia C-034 de 2015 también se demandó la constitucionalidad de los artículos 25, 26 (parcial) y 30 (parcial) del Decreto ley 020 de 2014. El artículo 25 previó los requisitos que deben acreditar los empleados en carrera aspirantes al concurso de ascenso: “**Artículo 25.** Requisitos que debe cumplir el servidor para participar en los concursos de ascenso. Para participar en los concursos 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.”

<p><u>asesor, profesional, técnico o asistencial.</u></p> <p><u>2. Existen servidores públicos con derechos de carrera general o en los sistemas específicos o especiales de origen legal, que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso.</u></p> <p><u>3. El número de los servidores con derechos de carrera en la entidad o en el sector administrativo que cumplen con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso es igual o superior al número de empleos a proveer.</u></p> <p><u>Si se cumple con los anteriores requisitos se convocará a concurso de ascenso el treinta (30%) de las vacantes a proveer. El setenta (70%) de las vacantes restantes se proveerán a través de concurso abierto de ingreso.</u></p> <p><u>Si en el desarrollo del concurso de ascenso no se inscribe un número igual de servidores con derechos de carrera por empleo convocado, el concurso se declarará desierto y la provisión de los cargos se realizará mediante concurso de ingreso abierto. Quienes se hayan inscrito inicialmente para el concurso de ascenso continuarán en el concurso abierto de ingreso sin requerir una nueva inscripción.</u></p> <p><u>PARÁGRAFO. La Comisión Nacional del Servicio Civil determinará, en el término máximo de seis (6) meses contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, el procedimiento para que las entidades y organismos reporten la Oferta Pública de Empleos, con el</u></p>	<p><u>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.</u></p> <p><u>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.</u></p> <p><u>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.</u></p> <p><u>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.</u></p>
---	--

<u>fin de viabilizar el concurso de ascenso regulado en el presente artículo.</u>	
---	--

47. Una contrastación inicial permite evidenciar que, en lo sustancial, estas dos configuraciones son muy similares, dado que en los dos casos se establece la posibilidad de convocar a concurso de ascenso el 30% de las vacantes existentes, bajo la satisfacción de una serie de requisitos que, asimismo, ostentan parecidos importantes. Aunado a lo anterior, en este caso se invoca la lesión de los principios de igualdad (Art. 13 de la CP) y del mérito (Art. 125 de la CP), mandatos que fueron objeto de reparo y valoración por la Corte en la Sentencia C-034 de 2015.

48. No obstante lo anterior, tal como se enunció en el fundamento jurídico No. 46, la Ley 1960 de 2019 modificó la Ley 909 de 2004, normativa que, en concreto, se encarga de estipular las reglas generales de la carrera administrativa, esto es, aplicables *directamente y en principio* a las entidades que no cuentan con un régimen especial constitucional -como sería el caso de la Fiscalía General de la Nación- ni específico legal. Sobre esto último, los artículos 3 y 4 de la Ley 909 establecen algunos criterios de aplicación temporal y/o supletoria para los regímenes constitucionales y legales diferenciales. No obstante tal remisión, sin lugar a dudas es imperioso sostener que el artículo 2 (parcialmente) demandado, que modificó el artículo 29 de la Ley 909 de 2004, no se aplica a la Fiscalía General de la Nación, dado que esta entidad ostenta en su régimen especial una regulación expresa sobre los concursos de ascenso.

49. A partir de la anterior verificación, se concluye que el *contexto normativo* involucrado en la expedición de la Sentencia C-034 de 2015 es diferente al implicado en este caso; y que dicha distinción puede ser determinante al momento de considerar la constitucionalidad de medidas de la carrera administrativa y el empleo público, pues, como lo ha reiterado esta Corporación en su jurisprudencia, las necesidades particulares presentes en algunas instituciones pueden justificar, a partir de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, algunas medidas que en otro sector no lo estarían. Si esto es así, en consecuencia, la Corte debe analizar si el *concurso de ascenso*, con independencia de que se haya juzgado constitucional en el escenario de un régimen especial constitucional de carrera como el de la Fiscalía, es constitucional o no en el marco del régimen de carrera previsto en la Ley 909 de 2004, pues no podría trasladar conclusiones de sujeción normativa a la Constitución de un escenario al otro, dadas, se insiste, las características de cada uno. Por supuesto, esto es así con independencia de que la Sentencia C-034 de 2015 constituya un precedente importante a tener en cuenta para la resolución del problema jurídico que actualmente valora la Corte.

50. Por lo anterior, contrario a lo afirmado por el DAFP, se concluye que en el presente caso no se configura la cosa juzgada constitucional y, por lo tanto,

debe estudiarse de fondo el problema jurídico previamente formulado (fundamento jurídico No. 37).

4. Análisis de constitucionalidad por la presunta violación de los principios de igualdad y mérito

51. Le corresponde a la Sala Plena de la Corte Constitucional decidir sobre la constitucionalidad de la norma que modificó el régimen general de la carrera en relación con los concursos de ascenso y la posibilidad de establecer un porcentaje de vacantes (el 30%) para garantizar la movilidad de los funcionarios ya inscritos en el escalafón. El juicio de contraste constitucional se basará en los principios de igualdad y del mérito, estudio que se hará conjuntamente dada la estrecha relación de estos dos mandatos en la materia. Para ello se hará referencia a los precedentes sobre los concursos de ascenso abiertos y cerrados y al estándar del derecho internacional de los derechos humanos sobre la igualdad en el acceso y promoción dentro de los cargos públicos.

4.1. Línea jurisprudencial sobre la constitucionalidad de los concursos mixtos de ascenso

52. En el marco de la regulación de la *función pública*, como parte del componente institucional diseñado por el Constituyente de 1991, el artículo 125 de la Constitución contiene algunos de los mandatos aplicables a la relación entre el Estado y los servidores públicos, con el objetivo de procurar la satisfacción de los fines establecidos en el Preámbulo y en el artículo 2 de la Constitución, entre otros.⁶⁷ En concreto, el artículo 125 establece (i) el régimen de carrera como regla general de vinculación con el Estado,⁶⁸ (ii) el concurso público como instrumento de clausura o cierre para acreditar el mérito cuando la Constitución o la ley no establezcan otro sistema de nombramiento,⁶⁹ (iii) la obligación de satisfacer las condiciones y requisitos previstos en la ley como indicativos del mérito y las calidades personales, para el ingreso y ascenso en el régimen de carrera, y la garantía de que el retiro del servicio se produce por calificación insatisfactoria, violación al régimen disciplinario y las demás causales constitucionales y legales, y (iv) la prohibición de que la filiación política influya en el nombramiento, ascenso o remoción de un empleado de carrera.

⁶⁷ Según lo sostenido en la Sentencia C-479 de 1992 (MM.PP. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero. SV. Fabio Morón Díaz, Jaime Sanín Greffenstein y Simón Rodríguez Rodríguez), en un Estado Social de Derecho la relación del Estado y sus servidores se sujeta a un marco axiológico completo, cuyo centro es la persona humana; y, agregó que: “[e]l respeto por los derechos humanos, de un lado, y el acatamiento de unos principios rectores de la actuación estatal, por otro, constituyen las consecuencias prácticas de esa filosofía.”

⁶⁸ Con las excepciones allí previstas: cargos de elección popular y de libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y los demás que establezca la ley.

⁶⁹ Aunque el concurso público como instrumento para acreditar el mérito en el régimen de carrera está expresamente previsto en la Constitución, es claro que (i) el mérito es exigible para el acceso a cualquier tipo de cargo en el Estado y que (ii) el concurso no es el único medio para su comprobación. Al respecto, en la en la Sentencia C-084 de 2018 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez), se afirmó que: “[a] pesar de la relevancia del concurso en la provisión de empleos públicos, dicha modalidad de vinculación no es exclusiva de la carrera administrativa, como tampoco lo es el criterio del mérito para la selección de los aspirantes. En efecto, la acreditación de las respectivas calidades para el empleo también se exige respecto de cargos que no sean de carrera, en virtud de los distintos mecanismos que se dispongan para establecer la idoneidad de los aspirantes.”

53. A partir de tales contenidos, es válido afirmar que el Constituyente de 1991 consideró como elemento fundamental del ejercicio de la función pública el *principio del mérito* y que previó a la *carrera*, sistema técnico de administración del componente humano,⁷⁰ como un mecanismo general de vinculación; en el marco del cual el *concurso público* se constituye en un instrumento adecuado para que, bajo parámetros objetivos, no discriminatorios, transparentes y claros, se garantice la selección de las personas mejor calificadas integralmente. Además, fijó aspectos normativos precisos sobre las excepciones al régimen de carrera y los criterios relevantes para el ingreso, ascenso y desvinculación del servicio, y reservó otros al margen de configuración del Legislador, habilitación que debe leerse en concordancia con lo establecido en el artículo 150.23 de la Constitución⁷¹ y, en todo caso, con aquellos límites sustantivos que derivan de la Carta Política.

54. Entre aquellos aspectos reservados a la configuración legislativa está la estipulación de los requisitos y condiciones para determinar el mérito y las calidades de los aspirantes al ingreso y ascenso a los cargos de carrera. Sobre el ascenso, y la razonabilidad y proporcionalidad de que existan disposiciones diferenciales, la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas oportunidades, evidenciando una *primera etapa* en la que el concurso de ascenso cerrado fue considerado válido dentro de nuestra configuración constitucional. No obstante, a partir del 2002 la Corporación varió su jurisprudencia, dando lugar a una *segunda etapa*, en vigencia de la cual ha proscrito la existencia de concursos cerrados, fundamentalmente en protección del principio de igualdad, y ha permitido configuraciones mixtas. A continuación, se reconstruirá esta jurisprudencia.

4.1.1. Primera etapa: permisión constitucional de los concursos de ascenso totalmente cerrados

55. En esta línea, la primera decisión proferida en control abstracto de constitucionalidad es la Sentencia **C-011 de 1996**,⁷² oportunidad en la cual se analizó la sujeción al ordenamiento superior de dos disposiciones del Decreto ley 3492 de 1986 que preveían, en el marco de la carrera de la Registraduría Nacional del Estado Civil, un *derecho de preferencia* para que las personas ya vinculadas a este sistema de administración de personal ascendieran a través de un concurso cerrado y solo ante la imposibilidad de dicha provisión, la vacante se sometiera al concurso público.⁷³ Para la demandante, esta regla desconocía el libre acceso a cargos públicos (Art. 40.7 de la CP) y el derecho a la igualdad de oportunidades (Art. 13 de la CP)

⁷⁰ Ver, entre otras, las sentencias C-356 de 1994. M.P. Fabio Morón Díaz y C-250 de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁷¹ “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: // 23. Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos (...).”

⁷² M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁷³ “Artículo 46. Concurso abierto es el que se realiza para el ingreso de nuevo personal en la Carrera, o para la provisión de un empleo de Carrera, en que participen personas ajenas a la entidad y/o funcionarios de la misma. // **Los empleados de Carrera inscritos en ella, gozarán de prelación respecto de los otros servidores y de las personas ajenas al servicio para ser ascendidos a empleos vacantes de categoría superior.**

Artículo 48. Para la provisión de vacantes definitivas se realizará primeramente el concurso para ascenso. // Cuando verificado este concurso, ninguno de los participantes haya obtenido las calificaciones necesarias para ascender, o cuando la naturaleza del cargo así lo exija, deberá convocarse a concurso abierto.”

56. La Corte Constitucional concluyó que esta regulación (i) reconocía la estabilidad y permanencia, el ascenso y los derechos adquiridos de quienes demostraron previamente su mérito para acceder al empleo público, por lo cual se encontraba en armonía con los mandatos constitucionales *“en la medida en que los funcionarios que pertenecen a la carrera administrativa son acreedores de los derechos adquiridos (artículo 58 de la C.P.), que en ningún momento se oponen al derecho de todas las personas de participar en la gestión pública y de acceder, en consecuencia, al servicio público a través de la modalidad de la carrera administrativa, sino que se complementan, por cuanto el ingreso a ésta dio lugar a la misma protección de los derechos de los empleados inscritos, siempre que reúnan los requisitos establecidos por la Constitución y la Ley, que como ya se anotó, tienen su fundamento principal en el mérito de unos y otros.”* Agregó que (ii) tampoco se evidenciaba una lesión al principio de igualdad, dado que los empleados con derecho de preferencia para el ascenso ingresaron por un concurso público, tras lo cual se reconocen algunas garantías, destacando que la igualdad *“no puede consistir en dar un tratamiento semejante a quienes son en esencia desiguales.”*

57. La Sentencia **C-063 de 1997**⁷⁴ atendió una demanda incoada contra una disposición de la Ley 106 de 1993, sobre el régimen de carrera administrativa especial de la Contraloría General de la República, según la cual todos los concursos eran públicos y en ellos podían participar personas integrantes de la carrera o ajenas a la misma.⁷⁵ El accionante consideró que esta regulación desconocía el artículo 125 de la Constitución porque daba un trato igual a quien accedía y a quien ascendía dentro de la carrera, pese a que la Carta distinguía las dos situaciones, con lo cual se desconocían los derechos de preferencia de las personas que integraban el escalafón.

58. La Corte juzgó que dicha regla era exequible, a partir de las siguientes premisas: (i) el ingreso a la carrera debe darse por concurso público de méritos, en garantía de la igualdad de oportunidades para acceder a la función pública y de los principios de eficiencia y eficacia del servicio público, (ii) mientras que para el ascenso el Legislador cuenta con un margen de configuración más amplio, en el que debe realizar una ponderación entre los bienes constitucionales involucrados, esto es, aquellos mencionados previamente y la garantía de los derechos subjetivos de quienes ya están inscritos en la carrera. En este escenario, los concursos pueden ser *mixtos*, esto es, dispuestos para cualquier persona que desee participar y también para quienes ya están en el escalafón, caso en el cual el Legislador privilegia la igualdad de oportunidades y los principios de eficiencia y eficacia. Al respecto precisó:

⁷⁴ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁷⁵ **“ARTÍCULO 123. PROVISIÓN DE LOS EMPLEOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA.** La provisión de los empleos comprendidos en la carrera administrativa especial de la Contraloría General de la República, se hará por el sistema de mérito y comprende la convocatoria, el concurso y periodo de prueba, de acuerdo con los reglamentos que expida el Contralor General de la República previa aprobación del Consejo Superior de Carrera Administrativa.// **Todo concurso será abierto y podrán participar quienes pertenecen a la carrera, al servicio o personas ajenas a ellos.** // Los procesos de selección del personal para el ingreso a la carrera administrativa especial de la Contraloría General de la República, será de competencia de la Oficina de Administración de Carrera Administrativa.”

“(…) el estatus de carrera confiere ciertos derechos, como la estabilidad, pero no obliga a la Administración a ascender a todos sus servidores, ya que éstos deben demostrar su mérito y eficiencia para tal efecto. Por ende, ninguna objeción constitucional se puede aducir contra una regulación legal que ordene que para la provisión de los cargos en una determinada entidad siempre se realice concurso abierto, en el cual los aspirantes externos puedan demostrar que reúnen mejores condiciones para acceder a un cargo que quienes se encuentran ya escalafonados, pues de esa manera se potencia la igualdad de oportunidades y se mejora la calidad de la función pública.”

59. En esta providencia se afirmó, además, (iii) que la decisión previa en sede de constitucionalidad (la Sentencia C-011 de 1996) no podía interpretarse en el sentido de que el concurso de ascenso cerrado materializara la única configuración posible bajo el marco constitucional, *“pues la Corte simplemente señaló que el Legislador puede establecer un concurso cerrado para el ascenso, no que tenga que hacerlo en todos los casos de ascenso en la administración.”* Finalmente, (iv) se precisó que era posible, sin desconocer la igualdad, la existencia de regímenes con particularidades en su regulación, siempre que tuvieran una justificación constitucional.

60. Posteriormente, en la providencia **C-045 de 1998**⁷⁶ se declaró la inexecutable de dos enunciados de la Ley 344 de 1996 que ordenaban a las entidades territoriales no incorporar docentes a través de concurso público, mientras subsistieran contratos de prestación de servicios para el desarrollo de dicha función, celebrados antes del 8 de febrero de 1994, pues las personas en esta situación tendrían prioridad para la incorporación a través de la realización de un *concurso cerrado*.⁷⁷ Una vez realizado lo anterior, sí era válido el proceso de selección público. Para el demandante esta regla desconocía el artículo 125 de la Constitución.

61. Para la Sala Plena los enunciados cuestionados, además de desconocer el principio de unidad de materia, eran contrarios a la Carta porque la regla de acceso al empleo, en garantía de la igualdad y el acceso a cargos públicos, es el concurso abierto. Afirmó que, *“dentro de ciertos límites”*, la Corte admite concursos de ascenso cerrados para quienes hacen parte de la carrera, con el ánimo de dar efectividad al derecho a la estabilidad laboral, situación que no se presentó en este caso porque los destinatarios del concurso cerrado no hacían parte aún del régimen de carrera de los docentes.⁷⁸

⁷⁶ M.P. Jorge Arango Mejía.

⁷⁷ La Corte precisó que la comprensión adecuada del enunciado normativo consistía en que se ordenaba la realización de un concurso cerrado para la provisión de las vacancias de docentes en el sector territorial, en el que solo podían participar quienes ejercieran esa labor por virtud de un contrato de prestación de servicios. Esta precisión fue necesaria dado que el demandante partía de la interpretación de que lo que se permitía era una incorporación automática de los y las profesores contratistas.

⁷⁸ *“En el caso en estudio, no se da ninguna circunstancia que justifique la celebración de concursos cerrados para permitir el ingreso a la carrera docente de unos educadores determinados. Entiende la Corte que los educadores que suscribieron un contrato de prestación de servicios en una época determinada, tienen, en igualdad de condiciones con otros, el derecho a vincularse legalmente con el Estado, y nada obsta para que participen en los concursos que para el efecto se realicen, donde su experiencia al servicio de la administración tendrá una valoración que el nominador deberá tener en cuenta, pero que no es razón suficiente, para excluir a otros docentes y por un término indefinido, de la posibilidad de vincularse con el Estado, por el sólo hecho de no haber suscrito contratos de prestación de servicios con la*

62. Luego, al resolverse una demanda de inconstitucionalidad contra una disposición que dentro del régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación preveía la existencia de concursos de ascenso para las personas escalafonadas,⁷⁹ la Corte Constitucional juzgó en la **Sentencia C-110 de 1999**⁸⁰ la sujeción al ordenamiento superior de esta regla. El cargo invocado por el ciudadano demandante se fundó en el artículo 13 de la Constitución, argumentando que, aunque podía evidenciarse que la finalidad de la medida era proteger el trabajo y garantizar el reconocimiento del mérito, no era adecuada, necesaria ni proporcional.

63. En esta ocasión se destacó, de conformidad con la jurisprudencia de la Corporación, que a la carrera administrativa subyacía la satisfacción de varios mandatos constitucionales, en concreto (i) el funcionamiento adecuado del servicio público, en los términos previstos en el artículo 209 de la Constitución; (ii) la garantía del derecho a acceder a cargos públicos en aplicación del principio de igualdad de tratamiento y oportunidades, según el artículo 40 de la Carta; y, (iii) “[l]a protección de los derechos subjetivos derivados de la estabilidad en el cargo, del ascenso por méritos y de las posibilidades de capacitación profesional (arts. 53, 54 y 125).” En esta dirección señaló que, teniendo como criterio irrenunciable el mérito, el artículo 125 de la Constitución distinguía el ingreso, por un lado, del ascenso, por el otro, y que “[e]n tales circunstancias corresponde al legislador, dentro de la competencia y la libertad política de que es titular para configurar la norma jurídica y atendiendo a las finalidades constitucionales que se persiguen con la carrera administrativa, señalar las reglas que han de observarse para calificar objetivamente los referidos méritos y calidades.” Así, dado que la Constitución Política no prevé el tipo de concurso a realizar, el Legislador tiene competencia para su regulación, siempre que lo haga “dentro de los criterios de razonabilidad y racionalidad y observando no sólo los principios y valores, sino las finalidades constitucionales que el Constituyente tuvo en mente al instituir la carrera administrativa.”

64. En el anterior escenario, continuó la Corte, el ingreso a la carrera, en principio, debe efectuarse a través de concurso abierto, pues este mecanismo es el que garantiza de manera adecuada los principios involucrados; sin embargo, el margen de competencia del Legislador es más amplio respecto del concurso de ascenso. En este último marco, en consecuencia, una previsión como la analizada es constitucional dado que atiende a la garantía “del derecho subjetivo constitucional de ascender por méritos”, sin que se lesione la posibilidad del libre ingreso a la carrera, pues para este efecto sí se establece el concurso abierto. Agregó que la regla del concurso cerrado tampoco era la única posibilidad para el ascenso, pues por razones asociadas al buen servicio, la Procuraduría podía optar por un concurso mixto de ascenso, en el que participen también personas no escalafonadas:

administración, a pesar de tener las capacidades para acceder al servicio y, por tanto, participar en los correspondientes concursos. Hecho que en sí mismo, desconoce el derecho a la igualdad.”

⁷⁹ Artículo 140 de la Ley 201 de 1995, según el cual los concursos serían de dos tipos: abiertos y de ascenso, en este último caso “para el personal escalafonado.”

⁸⁰ M.P. Antonio Barrera Carbonell.

“La Procuraduría goza, en consecuencia, de un razonable poder discrecional para determinar, según lo demanden las necesidades del buen servicio administrativo, el tipo de concurso de méritos que en un momento dado debe llevarse a cabo para atender dichas necesidades, de modo que bien puede convocar a un concurso de mérito de ascenso si hay fundamento para ello, atendiendo no sólo a la capacidad e idoneidad de los posibles convocados, según la calificación objetiva que de los mismos haya hecho, sino a la necesidad de asegurar la máxima participación y competencia en el concurso. Si tales circunstancias no se dan, lo procedente es acudir al concurso público.”

65. Finalmente, en la providencia **C-486 de 2000**⁸¹ la Corte declaró la exequibilidad del enunciado del artículo 15 de la Ley 443 de 1998 que preveía la realización de concursos de ascenso en los que podrían participar los empleados de carrera administrativa de cualquier entidad. La demanda se originó en razones similares a las expuestas en los casos precedentes, esto es, la presunta desigualdad generada en perjuicio de quienes sin pertenecer a la carrera contaban con los requisitos y deseaban ocupar un empleo público. No obstante, en la providencia mencionada se reiteró el ámbito más amplio de configuración legislativa respecto del concurso de ascenso, precisando lo siguiente:

“Resulta justo, en criterio de la Corte, que, para los ascensos, la ley se refiera únicamente a aquellos empleados que están en carrera administrativa, como una forma de proteger precisamente a las personas que ya se sometieron al proceso de selección. Una regla absoluta, de apertura invariable en cualquier concurso y siempre - como lo pretende el actor- podría afectar a los empleados actuales en su igualdad, si se permitiera que para el ascenso a un cargo de carrera desapareciese por completo el reconocimiento de que ellos ya han sido aprobados y evaluados en el servicio, dando lugar, en toda ocasión y sin límites, a la escogencia de quienes, en cuanto son ajenos a estos antecedentes, están en otras condiciones. Ello podría hacer imposible el **ascenso** como forma de estímulo por el mérito demostrado.”

66. Durante esta primera etapa, en conclusión, (i) se valoró que el artículo 125 de la Constitución permitía distinguir la competencia de configuración del Legislador frente a dos momentos, el ingreso y el ascenso, enfatizando que en este último caso era mucho más amplia, dado que (ii) una vez superado el ingreso a través del mérito y sin desconocer la igualdad, era válido dar prevalencia a la protección de los derechos subjetivos de los integrantes del escalafón. No obstante, debe precisarse que en esta primera etapa la Corte Constitucional (iii) avaló disposiciones legales de ascenso que establecían reglas absolutas de concurso plenamente cerrado, como ocurrió en la Sentencia C-011 de 1996⁸² (fundamento jurídico No. 55), sin que una configuración en tal sentido, (iv) fuera vinculante para el legislador -ordinario

⁸¹ José Gregorio Hernández Galindo.

⁸² M.P. Hernando Herrera Vergara.

o extraordinario, dada la existencia de varias posibilidades, principalmente del establecimiento del concurso de ascenso público, como se precisó en la Sentencia C-063 de 1997⁸³ (fundamento jurídico No. 57), o de concursos mixtos, en los que pudieran participar tanto miembros de la carrera como personas aún ajenas a la misma.

4.1.2. Segunda etapa: proscripción del concurso totalmente cerrado de ascenso y validez del concurso de ascenso mixto

67. En la **Sentencia C-266 de 2002**⁸⁴ se analizó la demanda de inconstitucionalidad presentada por una ciudadana contra el numeral 2 del artículo 192 del Decreto 262 de 2000, sobre el régimen de carrera administrativa en la Procuraduría General de la Nación, según el cual los concursos podían ser de ascenso, con la participación exclusiva de quienes estuvieran inscritos en la carrera.⁸⁵ La decisión de esta acción, a partir de los cargos invocados por la promotora, estuvo determinada por la formulación del siguiente problema jurídico: “¿Vulnera la Constitución -particularmente el valor de la justicia, el principio de igualdad de oportunidades, el derecho a acceder a cargos públicos y la regla general según la cual los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y se proveen por concurso de público- la disposición legal que establece un concurso cerrado exclusivamente para los ya inscritos en la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación para el ascenso a un cargo de carrera de mayor jerarquía?”

68. La Sala Plena concluyó que el concurso de ascenso cerrado era inconstitucional. Precisó que la regla de decisión de la Sentencia C-110 de 1999 se sintetizaba en la constitucionalidad de este tipo de concursos siempre que, de un lado, fuera posible por razones de buen servicio convocar un concurso mixto y, del otro, el jefe de la entidad determinara cuándo se opta por el cerrado y cuándo por el mixto, “[d]e esta forma se aseguraría el principio de igualdad de oportunidades, así como la calidad de la función pública.” Agregó que, a diferencia de la disposición estudiada en la anterior oportunidad, el numeral ahora analizado no permitía en ningún caso la celebración de concursos de ascenso mixtos. A continuación precisó que esta línea de decisión debía modificarse:

“4.2. La Corte comparte con la línea jurisprudencial antes referida que, de conformidad con la Constitución y en particular con los derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades y a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, no debe haber exclusión de ciudadanos en la provisión de empleos en los órganos y entidades

⁸³ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁸⁴ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸⁵ “Artículo 192. Concursos. Los concursos son:// 1. Abiertos: para el ingreso de nuevo personal a la carrera de la Procuraduría General. (...)// 2. De ascenso: para ascender en cargos de carrera de la Procuraduría General. En ellos solo podrán participar quienes se encuentren inscritos en la carrera de la entidad (...)”

Antes de adoptar una decisión de fondo, la Corporación precisó que no se configuraba cosa juzgada constitucional por la Sentencia C-110 de 1999 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), dado que en dicha ocasión la disposición demandada se interpretó en el sentido de que no estaba ordenando el concurso cerrado de ascenso, pues por razones asociadas al servicio podría ser mixto, mientras que en este caso sí se excluyó la posibilidad de que personas ajenas a la carrera participaran en los procesos de ascenso.

del Estado. Pero considera que la conclusión que se desprende de esa premisa es que no puede haber concursos cerrados, ni en el ingreso a los cargos de carrera ni en el ascenso a los mismos. Los concursos cerrados están proscritos en los cargos de carrera del Estado.”

69. Esta tesis se justificó en las siguientes premisas: (i) el concurso cerrado de ascenso desconoce los artículos 13, 125 y 209 de la Constitución. En esta dirección precisó que el artículo 125 no distingue formas de provisión para el ingreso, por un lado, y el ascenso, por el otro, por lo cual no le es dado al intérprete hacerlo, pues una restricción “*así sea parcialmente*” llevaría a la lesión de esta disposición y de los derechos a la igualdad de oportunidades y al acceso a cargos públicos. Agregó que la *finalidad* de la norma, consistente en estimular y reconocer los esfuerzos de quienes pertenecen a la carrera, es legítima e importante, y la medida es *adecuada* para la consecución de dichos objetivos; no obstante, ***no es necesaria*** pues existen otros medios no solo menos lesivos de los derechos comprometidos sino adecuados para asegurar el reconocimiento del mérito y garantizar la función pública, como sería el otorgamiento de puntajes adicionales en el marco de los procesos de selección. Así, “[e]l medio alternativo del concurso abierto (o mixto) además de valorar la dedicación de los servidores de carrera, no excluiría a otros potenciales participantes con mayores calidades y méritos. Con ello se deja a salvo, además, el derecho a la igualdad de oportunidades (art. 13 C.P.) en el acceso a los cargos públicos (art. 47 num. 7 C.P.), se optimiza la calidad de la función pública y se promueve el principio de imparcialidad como fundamento de la función administrativa (art. 209 C.P.).”

70. Aunado a lo anterior, afirmó que (ii) la línea jurisprudencial que juzgó ajustada a la Constitución la celebración de concursos cerrados era opuesta *incluso* a sus propias premisas. Indicó que la Corte venía considerando la constitucionalidad de tal posibilidad dado que satisfacía la igualdad de oportunidades y reconocía la competencia del Legislador en la materia, no obstante, “*se había abstenido de analizar la razonabilidad de la diferenciación entre los inscritos y los no inscritos en carrera como criterio de diferenciación al momento de determinar quiénes pueden tomar parte en el concurso de ascenso, esto es, si tal exclusión es razonable y proporcionada o por el contrario viola la igualdad de oportunidades y representa una limitación innecesaria del derecho político a acceder a cargos públicos.*” Esta abstención obedecía al hecho de que, según las decisiones de constitucionalidad previas, con el concurso abierto se desconocería por completo el mérito de las personas inscritas, afirmación infundada, afirmó ahora la Corte, si se tiene en cuenta que es dable reconocerlo mediante medidas menos restrictivas. También se observó que no era tan cierto que se garantizara la competencia del Legislador al regular el tipo de concurso para el ascenso pues, según la Sentencia C-110 de 1999, quien determinaba en últimas si el proceso sería cerrado o mixto era el jefe de la entidad.

71. Finalmente, señaló que la tesis sostenida por la Corporación antes de esta decisión no era ajustada a la línea más general sobre la garantía y prevalencia del principio del mérito, citando para el efecto las decisiones contenidas en las

sentencias C-292 de 2001,⁸⁶ sobre el ascenso en la carrera diplomática y consular; C-725 de 2000,⁸⁷ respecto a la participación de personas escalafonadas en cargos superiores en la carrera de la DIAN; C-097 de 2001,⁸⁸ relacionada con las calidades requeridas para ser titular de una notaría; y, C-973 de 2001,⁸⁹ en cuanto a los méritos en la carrera docente.⁹⁰ En síntesis, el cambio de precedente expresamente realizado a través de esta decisión se formuló en los siguientes términos:

“4.3. Se justifica el cambio de precedente cuando éste contradice la Constitución, es incompatible con las premisas de las que parte para decidir y no es consistente con otras sentencias de la propia Corte sobre la materia. En el presente caso tal cambio – v.gr. excluir totalmente la posibilidad de concursos cerrados para ingresar o ascender a cargos de carrera en la Procuraduría General de la Nación - se justifica porque de otra forma se desconocen los derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades y al acceso a las funciones y cargos públicos, así como la regla general según la cual los empleos en las entidades y órganos del Estado son de carrera y deben ser provistos mediante concurso público.”

72. Así, por quebrantar los artículos 13, 40.7 y 125 de la Constitución se declaró la inexecutable del término “*solo*” del artículo 192, numeral 2, del Decreto 262 de 2000, dado que era este vocablo el que indicaba la participación exclusiva de las personas integrantes de la carrera en los concursos de ascenso, dejando de esta manera tales procesos de selección abiertos.

73. En la **Sentencia C-1079 de 2002**⁹¹ la Corte Constitucional reiteró el análisis realizado en la anterior decisión, afirmando que con la Sentencia C-266 de 2002 “*la Corte Constitucional modificó el precedente existente en torno a la legitimidad de los concursos cerrados, para dejar en claro que es el concurso público, abierto o mixto, el único mecanismo idóneo para regular el ingreso al servicio público y el ascenso en el escalafón, constituyéndose este último en el criterio imperante de interpretación constitucional que debe aplicarse a futuro, y que fija un límite a la libertad de configuración política del legislador cuando se trata de regular los distintos regímenes de carrera.*” Al respecto, luego de sintetizar la evolución de la comprensión de esta materia en la jurisprudencia de la Corporación, advirtió que el concurso cerrado era inconstitucional por violar los artículos 13, 40.7 y 125 de la Constitución.

74. En tal contexto analizó la constitucionalidad del artículo 115 del Decreto ley 261 de 2000 que, en concepto de la demandante, estipulaba que la provisión de los cargos vacantes de la carrera de la Fiscalía General de la

⁸⁶ M.P. Jaime Córdoba Triviño. SV. Jaime Araujo Rentería, Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynett.

⁸⁷ M.P. Alfredo Beltrán Sierra. SV. Eduardo Cifuentes Muñoz, Vladimiro Naranjo Mesa y Álvaro Tafur Galvis. AV. José Gregorio Martínez Galindo

⁸⁸ M.P. Fabio Morón Díaz.

⁸⁹ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. SPV. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

⁹⁰ La Sentencia C-266 de 2002 mencionó estas decisiones sin extenderse en el alcance del problema jurídico allí abordado.

⁹¹ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Nación se realizaría con funcionarios o empleados inscritos en la carrera. Para la Corte, sin embargo, una interpretación sistemática de dicho enunciado no permitía arribar a dicha conclusión, esto es, a sostener que preveía un concurso de ascenso cerrado, pues los dos pilares fundamentales de este régimen especial eran la garantía del principio de igualdad de oportunidades y la realización de concursos públicos y abiertos,⁹² por lo cual, lo que a través de esta regulación se configuraba era el concurso mixto, cuya compatibilidad con la Constitución se avaló en la providencia C-266 de 2002. Por esta razón se declaró la exequibilidad de la disposición cuestionada.

75. Posteriormente en la Sentencia **C-1262 de 2005**⁹³ la Corte analizó la constitucionalidad de varias disposiciones del régimen especial de carrera de la DIAN, contenidas en el Decreto 765 de 2005, que, en concepto de la demandante, establecían una serie de privilegios en favor de las personas ya pertenecientes a la carrera que, en últimas, implicaban la configuración de un concurso cerrado de ascenso, pese a que los mismos estaban proscritos en los cargos de carrera del Estado. La Corte reiteró nuevamente la línea de decisión vigente para dicho momento, indicando que “[p]ara que las disposiciones normativas que regulan la forma de proveer los cargos de carrera en las entidades públicas se ajusten a la Constitución deben diseñar los concursos de tal manera que no se establezca una regulación y unas condiciones para quienes pretenden ingresar a la carrera y otras para quienes pretenden ascender dentro de la mencionada carrera. La disposición normativa deberá ser en este aspecto igualitaria.”

76. Agregó que, dado que el principio fundante del ingreso público es el mérito, el Legislador no puede regular condiciones para ocupar empleos públicos que no atiendan a su valoración objetiva; concluyendo que “*las regulaciones de los sistemas de concursos no pueden establecer criterios de selección, cuya evaluación no sea susceptible de ser aplicada a todos los concursantes, incluyendo tanto a los inscritos en carrera como a los no-inscritos. El establecimiento de factores que pretenden incentivar a los empleados de carrera mediante la oportunidad de promoción, incorporados como elementos constitutivos de la selección de personal para cargos de carrera mediante el concurso, es contrario a la Constitución en tanto privilegia injustificadamente a algunos participantes en detrimento de otros.*”

77. A partir de estos mandatos generales, que se predicán también de las carreras específicas creadas por el Legislador,⁹⁴ se declaró la inexecutable de las reglas que establecían el concurso de ascenso y privilegios en el marco de los concursos de méritos para quienes ya pertenecieran a la carrera de la DIAN. En este sentido, por ejemplo, se expulsaron del ordenamiento enunciados contenidos en la regulación prevista en el artículo 36 del Decreto

⁹² “En este sentido, lo que consagra el artículo 115 del Decreto 261 de 2002, en concordancia con los artículos 105 y 108 del mismo ordenamiento, es la posibilidad de un concurso de ascenso público y abierto pero de carácter mixto, en cuanto prevé la participación combinada de aspirantes inscritos en carrera y de quienes sin ajenos a ella, con la expectativa legítima de acceder a un cargo de mayor jerarquía los primeros, o de incorporarse al escalafón los segundos.”

⁹³ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁹⁴ Sobre este aspecto la Sentencia en comento realizó amplias consideraciones, dirigidas a advertir que la posibilidad de configurar regímenes específicos de carrera no implicaba el desconocimiento de los principios y mandatos constitucionales básicos de la comprensión de la carrera (fundamentos jurídicos No. 22 a 26).

ley estudiado, dado que estipulaba las dos modalidades de concurso y la procedencia del proceso abierto solamente en caso de no poderse proveer mediante concurso cerrado. Como consecuencia de esta decisión, la única modalidad posible para el ingreso y el ascenso fue la abierta y pública. Por el contrario, entre las reglas que se consideraron ajustadas a la Carta Política, se encuentra la que favorecía a quien prestara o hubiera prestado sus servicios en la Entidad en caso de empate en la lista de elegibles, pues se reiteró que esta es una medida que garantiza *“la promoción en la carrera como incentivo y reconocimiento al buen desempeño.”*⁹⁵

78. Por razones similares a las expuestas anteriormente, en la providencia **C-1263 de 2005**⁹⁶ se declaró la inexecutable de la expresión “[e]n los procesos de ascenso se tendrá en cuenta adicionalmente la experiencia específica comprobada y la evaluación de desempeño laboral”, prevista en el numeral 4.3. del artículo 17 del Decreto ley 790 de 2005 que regula el régimen de carrera de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, pues los concursos cerrados de ascenso están prohibidos y, además, en este caso *“no sólo se tiene en cuenta el mérito de quien pretende acceder al régimen de carrera, si no (sic) que por el contrario se valora una serie de acreditaciones... violatorias del derecho a la igualdad, del acceso a cargos públicos y del artículo 125 de la Constitución que consagra como regla general la realización de concursos públicos abiertos como el mecanismo idóneo para promover un empleo en la administración.”*

79. Por último, en la **Sentencia C-034 de 2015**⁹⁷ la Corte estudió la constitucionalidad de varias disposiciones del Decreto ley 020 de 2014, que regularon el concurso cerrado de ascenso en la Fiscalía General de la Nación. En síntesis, el reparo formulado por el promotor de la acción consistió en advertir la lesión de los artículos 125, 40.7 y 13 de la Constitución. En esta oportunidad, la Corporación concluyó que el proceso de selección cuestionado se ajustaba al ordenamiento superior.

80. Para sustentar tal conclusión, destacó que: (i) a través de la carrera administrativa se satisfacían varios objetivos, entre ellos el cumplimiento de los fines estatales (Arts. 1, 2 y 209 de la CP); la garantía de derechos fundamentales (Arts. 2, 13, 25, 40 y 53 de la CP); la estabilidad laboral de los servidores con resultados positivos en el desempeño de los fines estatales (Arts. 2, 13, 25, 40 y 53 de la CP); y la erradicación de la corrupción. En cuanto a la estabilidad laboral, la Corporación señaló que:

“(…) a través de la carrera se puede garantizar la protección de los derechos de quienes estén vinculados a la carrera y que tienen unos

⁹⁵ “Lo anterior significa que el marco constitucional en que se deben regular los concursos para acceder a los puestos de carrera, bien sea para ingresar o para ascender en ella, procura la igualdad de condiciones tanto para inscribirse en el concurso como para ser evaluado dentro del mismo. El resultado del concurso debe ser pues, producto de una regulación igualitaria en la que sólo se ha pretendido determinar el mérito de los participantes. De ahí, que las medidas que el legislador tome para desatar una situación de empate, bien pueden dirigirse a reconocer factores que aplican únicamente para algunos de los aspirantes con el mismo puntaje. Sobre todo, porque hasta dicho punto han llegado a partir de evaluaciones objetivas y en condiciones iguales.”

⁹⁶ M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁹⁷ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, S.V. María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

derechos subjetivos adquiridos que el Estado tiene la obligación de respetar y proteger⁹⁸, si los mismos ejercen su derecho al trabajo con estabilidad y teniendo la opción de ser promovidos de acuerdo a la eficacia con que desempeñen el cargo⁹⁹ y con la opción de contar con una capacitación profesional y los demás beneficios a los que tienen derecho por ser escalafonados conforme a los artículos 2º, 40, 13, 25, 53 y 54 de la Carta.¹⁰⁰”

81. También precisó que (ii) el Legislador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 125 de la Carta y siguiendo los parámetros constitucionales exigibles, ostenta un amplio margen de configuración para diseñar el sistema de carrera y establecer incluso regulaciones específicas o especiales que, en todo caso, no inviertan el orden constitucional, pues la búsqueda de la eficiencia y eficacia del servicio, la garantía de la igualdad de oportunidades y la protección de los derechos subjetivos son pilares irrenunciables; y, (iii) los instrumentos de derechos humanos de los sistemas universal y regional *“reconocen y evidencian la necesidad de la existencia de sistemas transparentes, equitativos y eficientes para el ingreso a la función pública.”*

82. A continuación, (iv) la Sala Plena abordó de manera concreta el alcance de los principios de la *función pública*; la *igualdad*, destacando en este caso que los tratos diferentes son posibles en la medida en que a través de ellos el Legislador pretenda la satisfacción de objetivos constitucionales legítimos y se cumplan los subprincipios del juicio de proporcionalidad; el *mérito*, como *“una condición esencial para ingresar, permanecer y ser promovido en la función pública”* y respecto del cual el Legislador cuenta con un *“razonable margen de libertad”* para indicar -entre otros aspectos- el sistema de nombramiento, y las condiciones y requisitos para determinar los méritos y calidades de los aspirantes; y, por último, la *estabilidad*, que si bien no es objeto de protección directa como faceta fundamental del derecho al trabajo, puede ser objeto de amparo cuando de por medio se encuentran circunstancias de protección reforzada. Agregó que luego de Sentencia C-266 de 2002 su garantía se matizó en el marco de los concursos de ascenso, sin desconocer que se *“ha reconocido la posibilidad de que existan concursos mixtos que concilien los objetivos de brindar igualdad en el acceso y otorgar la posibilidad de promover a quien previamente ha ingresado a la carrera y ha cumplido eficientemente sus funciones.”*

83. A partir de las anteriores premisas, la Sala Plena concluyó que la regulación demandada se ajustaba a la Carta, dado que no desconocía los derechos y principios constitucionales invocados y, por el contrario, desarrollaba los principios de la carrera. Para empezar, se destacó que (i) el tipo de concurso que estipulan las disposiciones demandadas es mixto, *“pues permite que la mayoría de cargos se distribuya a través de concurso abierto”*

⁹⁸ Sentencia C-517 de 2002. M. P. Clara Inés Vargas Hernández. SPV. Jaime Araujo Rentería.

⁹⁹ Sentencia C-1177 de 2001. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁰⁰ Sentencias de la Corte Constitucional C-349 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. SV. Jaime Araujo Rentería. SPV. Rodrigo Escobar Gil. AV. Alfredo Beltrán Sierra. Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández y Manuel José Cepeda; y C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV. Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto, Mauricio González Cuervo y José Ignacio Pretelt Chlajub.

y que la Corporación no ha prohibido el reconocimiento de la experiencia de las personas pertenecientes a la carrera para valorar el mérito y tampoco que, para estimular el ascenso y la permanencia, *“se asigne un porcentaje de algunos cargos para funcionarios que hayan ingresado a la entidad pública a través de un concurso de méritos.”* Para este análisis resultó relevante que la provisión del 70% de los cargos, o más si no se acreditan las circunstancias por las personas interesadas en el ascenso, se da a través de concursos abiertos y que se exige para la procedencia del concurso de ascenso una serie de requisitos que garantizan el mérito.

84. En la misma dirección, juzgó que las disposiciones demandadas (ii) no lesionan el principio de igualdad pues lo que hacen es reconocer la experiencia, *“la cual no puede contradecir el principio de igualdad porque no se predica como una prerrogativa o una carga particular para determinadas personas, sino por el contrario, constituye una exigencia general y necesaria para establecer la idoneidad de los candidatos a seleccionar”*; (iii) no quebrantan el derecho al acceso a cargos públicos, pues lo que está proscrito es la existencia de concursos cerrados en los que sólo puedan participar los integrantes de la carrera, agregó que *“[l]o contemplado en las normas y expresiones demandadas es distinto a lo señalado en el artículo 192 del Decreto Ley 262 de 2000, pues no se impide la participación de otros ciudadanos, sino que simplemente se reserva un treinta por ciento (30%) para funcionarios de carrera, lo cual no constituye ni la tercera parte de los cargos a proveer”*; y, (iv) no vulneran el principio del mérito porque, como se mencionó previamente, la viabilidad de los concursos de ascenso están condicionados, entre otros requisitos, a que los participantes hayan obtenido dentro del año anterior una calificación sobresaliente y no hayan sido sancionados disciplinaria y fiscalmente en los 5 años anteriores a la convocatoria.

85. Aunado a lo anterior, indicó la Sala Plena que los concursos de ascenso regulados para la carrera administrativa especial de la Fiscalía General de la Nación (v) permiten contar con un talento humano con mayor experiencia y dedicación, aspectos que promueven mejores resultados; y, (vi) motivan el ejercicio eficaz de las labores a quienes pertenecen a la carrera, *“la propia Constitución no ha circunscrito la carrera al ingreso, sino que ha incluido también el ascenso en su artículo 125, pues una de las finalidades de la carrera es tener a su disposición servidores que cuenten con experiencia, conocimiento y dedicación que garanticen los mejores índices de resultados. De esta manera, en la carrera es esencial realizar una motivación a los funcionarios que permita garantizar mejores resultados incentivándolos para permanecer y ascender a la misma, sin que ello implique impedir que otros ciudadanos también puedan participar en los concursos.”*

86. En esta configuración de concurso de ascenso, también se (vii) valora la permanencia y concede estabilidad, lo que repercute en un mejor servicio público; (viii) posiciona a quienes ya han acreditado su mérito en un concurso abierto de méritos; y, (viii) asegura que la inversión del Estado en la capacitación de sus empleados y empleadas se refleje en la mejora de la

función estatal, “la capacitación es uno de los aspectos esenciales en el mejoramiento de la calidad de los servicios prestados en las entidades públicas y resulta esencial para garantizar la eficacia en el cumplimiento de sus funciones. Sin embargo, este gran esfuerzo quedaría estéril si los servidores públicos de carrera más eficientes no están suficientemente motivados para permanecer y ascender en la entidad pública a la cual ingresaron. Por lo anterior, preservar un porcentaje razonable de cargos para ser asignados por concurso al interior de la entidad pública permite garantizar un mejoramiento continuado del correcto funcionamiento de la administración pública.”

87. En esta segunda etapa, con síntesis, la Corte puntualizó que (i) del artículo 125 de la Constitución no se derivaba una distinción en el ámbito de configuración del Legislador respecto de los concursos de ingreso, por un lado, y ascenso, por el otro -como presuponía la primera etapa de la jurisprudencia-, por lo cual, en los dos casos debía existir completa sujeción a los principios del mérito e igualdad de oportunidades; (ii) en este escenario, por supuesto, los derechos de las personas ya inscritas en el escalafón en términos de estabilidad, así como el reconocimiento de promociones en su favor, son de cumplimiento imperioso, siempre que la materialización de esta garantía no implique el sacrificio del derecho a la igualdad. En este marco, en consecuencia, (iii) los concursos plenamente cerrados de ascenso, como el analizado en la Sentencia C-1262 de 2005,¹⁰¹ son inconstitucionales.

88. Conservando la misma dirección prohibitiva de los concursos de ascenso plenamente cerrados, en la **Sentencia C-034 de 2015**¹⁰² se estudió un caso aún no valorado por la jurisprudencia de la Corporación, consistente en la previsión de concursos de ascenso que, en un porcentaje del 30% de las vacantes y bajo la satisfacción de algunos requisitos, estaban configurados solo para las personas pertenecientes a la carrera, materializando una ponderación de los principios y derechos en juego diferente pero sin sacrificar el derecho a la igualdad de oportunidades, principal reparo que condujo a la modificación de la línea jurisprudencial inicial en el año 2002. Como consecuencia de esta decisión, entonces, esta segunda etapa de la jurisprudencia se complementa con una regla -inicialmente emitida frente a una carrera especial de orden constitucional- según la cual (iv) están permitidos los concursos mixtos de ascenso, en los que un porcentaje del 30% de las vacantes puede proveerse con personal perteneciente a la carrera administrativa.

89. Con posterioridad a estas decisiones, la Corte ha reiterado las premisas fundamentales de la prohibición de los concursos de ascenso plenamente cerrados sin ocuparse específicamente de la materia que ahora es objeto de análisis.

¹⁰¹ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁰² M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, S.V. María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Martha Victoria Sáchica Méndez (e).

4.2. Disposiciones del sistema universal y regional de derechos humanos sobre el acceso al empleo en condiciones de igualdad

90. Desde la perspectiva del Sistema Universal de Derechos Humanos, el artículo 21.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos prevé que *“toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país”*; mientras que el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰³ establece que todos los ciudadanos gozarán, sin restricción alguna, del derecho y oportunidad a *“tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.”*¹⁰⁴ Sobre el contenido de este derecho el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la Observación General No. 25 de 1996,¹⁰⁵ afirmó la prohibición de distinguir *“entre los ciudadanos en lo concerniente al goce de esos derechos por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”*¹⁰⁶ Asimismo, en el numeral 4 de la misma Observación General, reiteró que cualquier limitación a su ejercicio debía corresponder a condiciones objetivas y razonables.¹⁰⁷

91. En el Sistema Regional, el artículo 23.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰⁸ prevé que todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos políticos y oportunidades: *“c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”*, y el artículo 23.1 *ibídem*, prevé que *“2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.”*

92. Sobre el alcance del derecho a la igualdad en el acceso a cargos públicos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado principalmente en el escenario judicial, en eventos en los que se han dado destituciones de administradores del servicio público de justicia - especialmente en situación de provisionalidad-; sin embargo, no lo ha hecho en asuntos que guarden parecido específico con la configuración de un concurso de ascenso mixto como el que ahora está sometido a análisis por esta Corporación. El primer caso es *Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela*,¹⁰⁹ en el que se discutió la destitución de tres exjueces de una Corte de lo Contencioso Administrativo por haber incurrido en error judicial inexcusable, invocando varios derechos, entre ellos la protección a las garantías judiciales.

¹⁰³ Aprobado por el Congreso de la República en la Ley 74 de 1968.

¹⁰⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 25).

¹⁰⁵ https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN25.

¹⁰⁶ ONU. Comité de Derechos Humanos. Observación General 25 de 1996 (sección 3).

¹⁰⁷ ONU. Comité de Derechos Humanos. Observación General 25 de 1996 (sección 4).

¹⁰⁸ Aprobada por la Ley 16 de 1972.

¹⁰⁹ https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf. Sentencia de 5 de agosto de 2008 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

Pese a que no se verificó violación del artículo 23.1.c),¹¹⁰ se precisó que “*el respeto y garantía de este derecho se cumplen cuando “los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución [sean] razonables y objetivos” y que “las personas no sean objeto de discriminación” en el ejercicio de este derecho.*”¹¹¹

93. Posteriormente, en el caso *Reverón Trujillo Vs. Venezuela*,¹¹² al discutirse una destitución de una funcionaria judicial se retomó el alcance de la garantía prevista en el artículo 23.1.c),¹¹³ destacando que el acceso a la administración pública, como lo ha afirmado el Comité de DDHH, se da a través del mérito y la igualdad de oportunidades, máxime en un escenario en el que la independencia judicial es un imperativo, por lo cual, “[l]os procedimientos de nombramiento tampoco pueden involucrar privilegios o ventajas irrazonables. La igualdad de oportunidades se garantiza a través de una libre concurrencia, de tal forma que todos los ciudadanos que acrediten los requisitos determinados en la ley deben poder participar en los procesos de selección sin ser objeto de tratos desiguales arbitrarios. Todos los aspirantes deben concursar en igualdad de condiciones aún respecto de quienes ocupan los cargos en provisionalidad, los que por tal condición no pueden ser tratados con privilegios o ventajas, así como tampoco con desventajas, en relación con el cargo que ocupan y al cual aspiran.”¹¹⁴

94. En el caso *Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*¹¹⁵ el asunto analizado fue similar a los anteriores y se expusieron las mismas reglas hasta ahora afirmadas; y, finalmente, en la sentencia del *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador* de 2013,¹¹⁶ la Corte Interamericana resolvió el caso del cese arbitrario de ocho jueces del Tribunal Constitucional de Ecuador. La Corte IDH reiteró el estándar interamericano y la protección que deriva del artículo 23.1.c de la Convención Americana respecto al acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad. Para el tribunal interamericano, estas premisas “*garantizan la libertad frente a toda injerencia o presión política.*”¹¹⁷

¹¹⁰ De conformidad con lo establecido en la parte resolutive: “12. El Estado no violó el derecho de los señores Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras y de la señora Ana María Ruggeri Cova a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas, consagrado en el artículo 23.1.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conforme a los párrafos 201 a 207 de esta Sentencia.”

¹¹¹ Párrafo 206.

¹¹² https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_197_esp.pdf. Sentencia de 30 de junio de 2009 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

¹¹³ En este caso se consideró que el Estado era responsable por violar el artículo 23.1.c), dado que al momento de decidirse sobre la posible restitución al empleo, se consideró que pese a ser destituida irregularmente no procedía el reintegro pues la peticionaria había ejercido el cargo en provisionalidad. Al respecto, se precisó que: “[e]n suma, la Corte observa que un juez titular, en circunstancias de destitución anulada similares a las de la señora Reverón Trujillo, hubiese podido ser restituido. Por el contrario, en el presente caso, por tratarse de una jueza provisoria, ante el mismo supuesto de hecho, no se ordenó su reincorporación. // 141. Esta diferencia de trato entre jueces titulares que cuentan con una garantía de inamovilidad plena, y provisorios que no tienen ninguna protección de dicha garantía en el contexto de la permanencia que les corresponde, no obedece a un criterio razonable (supra párr. 138) conforme a la Convención (supra párrs. 114 a 117 y 121). Por ello, el Tribunal concluye que la señora Reverón Trujillo sufrió un trato desigual arbitrario respecto al derecho a la permanencia, en condiciones de igualdad, en el ejercicio de las funciones públicas, lo cual constituye una violación del artículo 23.1.c de la Convención Americana en conexión con las obligaciones de respeto y de garantía establecidas en el artículo 1.1 de la misma.”

¹¹⁴ Párrafo 73.

¹¹⁵ https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_227_esp.pdf. Sentencia de 1 de julio de 2011 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). En este caso el Estado no fue condenado por la lesión del artículo 23.1.c (párrafo 136).

¹¹⁶ https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_268_esp.pdf. Sentencia del 28 de agosto de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

¹¹⁷ *Ibid.*, párr. 194.

95. Otros instrumentos internacionales, como la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, prevé en su artículo 4, literal j, el derecho de toda mujer a “*a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones*”; y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), en el artículo 7 establece el deber de los estados parte de tomar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública, garantizando “*en igualdad de condiciones con los hombres*”, entre otros, el derecho a “*... ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales.*”

96. De conformidad con los enunciados e interpretaciones mencionadas, es claro que desde los instrumentos internacionales y regionales vinculantes para el Estado colombiano existe un mandato sobre el acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad, y la prohibición de establecer tratos discriminatorios. También debe advertirse que el Estado es competente para establecer las regulaciones que estime adecuadas, siempre que no se desconozca, por ejemplo, la prohibición de no discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. No obstante, se reitera, no se ha efectuado un pronunciamiento sobre el tipo de concurso que ahora se estudia ni existe una prohibición que impida su consideración.

4.3. Análisis del problema concreto de constitucionalidad: compatibilidad del concurso de ascenso mixto regulado en el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019 con los principios de igualdad y mérito

97. Para adelantar este análisis, en un primer momento, se precisará el alcance de la disposición objeto parcial de cuestionamiento así como sus antecedentes legislativos y el marco general de política de empleo en el que se inscribe. A continuación, se procederá a realizar un juicio integrado a partir de la línea jurisprudencial antes sintetizada y de los parámetros de estricto cumplimiento que en esta materia derivan de los instrumentos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

4.3.1. Alcance y contextualización de la disposición demandada

98. El artículo 2 parcialmente demandado prevé las formas de provisión definitiva de los empleos públicos en la esfera de aplicación de la Ley 909 de 2004,¹¹⁸ estableciendo que el *ingreso* debe darse a través de concursos abiertos, y el *ascenso* mediante concursos mixtos. En este último caso, el 30% de las vacantes se sujetará a un proceso que está dirigido a quienes ya pertenecen a la carrera administrativa, y en relación con el 70% restante, la selección está abierta a cualquier persona que cumpla con los requisitos para

¹¹⁸ Teniendo en cuenta las reglas establecidas en los artículos 3 y 4 de la mencionada ley.

su aspiración. Aunado a lo anterior, la convocatoria a los concursos de ascenso con personal de carrera está sometida a una serie de condiciones, a saber (i) que la vacante del nivel asesor, profesional, técnico o asistencial pertenezca a la planta de personal de la entidad o a las plantas de personal del mismo sector administrativo o cuadro funcional, y (ii) que existan personas en el escalafón con los requisitos para ascender y que su número sea equivalente o superior al de los empleos a proveer.

99. Con el objeto de comprender las razones del Legislador en la adopción de esta reforma a la Ley 909 de 2004, es ineludible acudir a los antecedentes legislativos. Esta verificación es muy importante dado que, como se verá más adelante, la regulación examinada se enmarca en la potestad que el artículo 125 de la Constitución le reconoce al Congreso de la República, o a quien asuma sus funciones en los casos y bajo las condiciones normativas, para fijar “*los requisitos y condiciones (...) para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.*” A su turno, dado el ámbito de competencia conferido a la Corte en control abstracto de constitucionalidad, dichas razones juegan un papel relevante, pues tras ellas están las ponderaciones que se realizaron al aprobar la respectiva norma y, por tanto, deben ser tenidas en cuenta seriamente por esta Corporación al realizar el juzgamiento pertinente.

100. Con tal objetivo, se encuentra que la Ley 1960 de 2019, “[p]or la cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”, fue tramitada en el Congreso de la República luego de su radicación por el Ministerio del Interior y el Departamento Administrativo de la Función Pública,¹¹⁹ con el objeto no solo de regular el concurso de ascenso sino, entre otros aspectos, promover la profesionalización del servicio público a través de la capacitación de sus servidores.

101. El eje central alrededor del cual giró la justificación de la propuesta legislativa consistió en advertir que a la carrera administrativa subyace la *movilidad* porque, de lo contrario, se trataría simplemente del ingreso a un cargo público.¹²⁰ Con apoyo en el informe de consultoría “*Movilidad salarial horizontal y vertical en el sector público colombiano*”,¹²¹ se indicó la existencia de, por un lado, un “*sistema de empleo*” o de “*puestos de trabajo*” y, por el otro, un “*sistema de carrera*”, precisando que aunque nuestro modelo presuntamente se inscribía en el segundo, sus características llevaban a identificarlo con el primero, pues la regulación permite ingresar simplemente a un cargo específico y los derechos derivados del mérito se predicán con exclusividad del mismo:

¹¹⁹ Gaceta 587 de 2017. En la radicación del proyecto de ley se manifestó que se estaba “*dando cumplimiento a uno de los acuerdos del acta final de acuerdo de la negociación colectiva de solicitudes de las organizaciones sindicales de empleados públicos suscrita el 29 de junio de 2017.*” Página 46.

¹²⁰ “*Una verdadera carrera administrativa debe permitir a los funcionarios y empleados que formen parte de ella ascender dentro del sistema, mejorando su grado de remuneración y su nivel dentro de la organización hasta alcanzar las más altas posiciones dentro de la respectiva planta de personal, lo cual solo es posible a través de concursos de ascenso, donde participan los mejores funcionarios de la correspondiente entidad (...).*”

¹²¹ Elaborado por el Centro Latinoamericano de Administración de Desarrollo, por el consultor Rafael Jiménez Ascencio entre el 18 y el 29 de mayo de 2015, como consecuencia de una misión de cooperación técnica con el Departamento Administrativo de la Función Pública. <https://www.funcionpublica.gov.co/documents/28587425/35002896/Estudios+Salarios+2.pdf/6ffa5c06-918c-e4d8-a161-19f01a11e88f?t=1552595234601>.

“Solo detallar que en el empleo público actual no hay ningún sistema o régimen de movilidad salarial horizontal ni vertical, pues el “ascenso” por concurso externo no puede catalogarse dentro de esa noción, ya que no es propiamente hablando un sistema de promoción interna. Colombia, como se viene señalando, se aleja, así, notablemente de otros países de la región y asimismo de los países de la OCDE, incluso de aquellos que encuadran su función pública dentro de los “sistemas de empleo.”

(...)

Ello implicaría reconocer que, sin perjuicio de la caracterización constitucional y legal, el sistema colombiano no es actualmente de carrera administrativa, sino de empleo o de puesto de trabajo, dado que se accede no a una estructura o agrupación de puestos a partir de cuyo ingreso se hace carrera profesional, sino a su puesto de trabajo o empleo en el que el empleado público se inserta no pudiendo ascender a otros puestos o empleos sino a través de concurso externo en libre concurrencia con los demás aspirantes que quieran competir por ese empleo.”¹²²

102. También se advirtió en la exposición de motivos que el *alto índice de provisionalidad*,¹²³ era evidencia de la insuficiencia e inadecuación de los procesos actuales de reclutamiento para el ingreso, promoción y evaluación, por lo cual se requería una reforma que, basada en el mérito, permitiera la referida movilidad. Respecto al concurso de ascenso, en particular, se señaló que (i) el artículo 125 de la Constitución le concede al Legislador la competencia de determinar los requisitos y límites de la carrera, en un marco en el que el concurso público no es el único posible; (ii) con el acceso a la carrera y, por lo tanto, la pertenencia al escalafón se adquieren derechos adquiridos, como la estabilidad y la capacitación; (iii) el ascenso permite a la persona trabajadora mejorar la retribución y adquirir mayores responsabilidades, fomentando la capacitación y el interés por su permanencia en el servicio, al tiempo que se logra la satisfacción de los principios que guían la función pública, pues se cuenta con personal capacitado y experto en el manejo propio de las entidades.¹²⁴ Aunado a lo anterior, se reseñaron (iv) los sistemas de carrera específicos y especiales en los que el concurso de ascenso es válido, como la carrera diplomática y consular, la del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y la carrera docente; (v) experiencias de derecho comparado sobre los concursos de ascenso,¹²⁵

¹²² Gaceta 587 de 2017, página 50.

¹²³ Para el año 2016, se fijó en aproximadamente el 30% en el sector nacional y en el 70% en el sector territorial.

¹²⁴ “La carrera administrativa tiene, por tanto, un doble significado: para el funcionario escalafonado constituye una garantía de que va a poder progresar hacia mejores puestos de trabajo, sabiendo de este modo que su esfuerzo continuado en el trabajo y su consecuente evaluación del desempeño van a ser recompensados a través de su posibilidad de su posibilidad de participación y superación de los concursos de ascenso programados. Para la Administración supone que va a poder contar de un contingente laboral altamente motivado y además especializado en las labores propias de las entidades, que puede asumir de manera inmediata las riendas de sus nuevos roles institucionales, sin que resulte necesario, por tanto, en todos los casos, acudir a concursos públicos y abiertos para la provisión definitiva de sus vacantes.” Gaceta 587 de 2017, página 49.

¹²⁵ Se citaron los casos de **Francia**, “[l]os ascensos en el escalafón, tanto de grado como de salarios, ubicación en cargos superiores, se realizan por méritos, inscribiéndose en una “relación de ascensos” o por concurso”; **Alemania**, “[e]l ascenso de una categoría a otra se lleva a cabo por medio de exámenes. El sistema de carrera se fundamenta en la separación del empleo y del grado. Mientras que el empleo designa un puesto de trabajo, el grado está vinculado al

concluyendo que éstas daban cuenta de la admisión del concurso de ascenso “como mecanismo de escalar dentro de la respectiva carrera administrativa, pues la movilidad y la promoción por méritos son asuntos coyunturales a su existencia y desarrollo” y, (vi) las decisiones de esta Corporación que se han proferido al respecto, dando un lugar preeminente a la Sentencia C-034 de 2015.¹²⁶

103. En el curso del proceso legislativo las ponencias positivas a la propuesta reiteraron los aspectos antes relatados y enfatizaron en que la Corte Constitucional prohibió los concursos cerrados, pero no ha rechazado la posibilidad de reconocer la experiencia de los servidores públicos, “*ni que, para efectos de estimular el ascenso y la permanencia, se reserven algunos cargos para funcionarios que ya hacen parte de la carrera.*”¹²⁷ Antes de adelantarse el primer debate en la Cámara,¹²⁸ la Comisión Nacional del Servicio Civil allegó un concepto que tuvo como premisa fundamental la defensa de la competencia constitucional de dicho órgano y, por lo tanto, la necesidad de una regulación que garantice su independencia y neutralidad. Frente al concurso de ascenso, la CNSC consideró que debía estudiarse si el modelo aplicable en la Fiscalía General de la Nación era apropiado para las demás carreras, así como los requisitos que debían acreditarse para su convocatoria.¹²⁹ Las dudas planteadas, motivaron la petición de una audiencia especial en la que se escucharan las directivas del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la misma Comisión.¹³⁰

104. Dicha audiencia se llevó a cabo en la Comisión Séptima de la Cámara en sesión del 4 de abril de 2018, oportunidad en la que la CNSC sostuvo que la estipulación de los concursos de ascenso era relevante porque, en vigencia de la Ley 909 de 2004, “*la carrera quedó reducida a concursos de ingreso (...) muchos estudios en el mundo demuestran, que uno de los bienes más importantes para un ser humano es la seguridad laboral, es levantarse y saber qué va a hacer todos los días, pero la carrera además de dar esa seguridad, debe dar una expectativa de movilidad laboral, es decir, de progreso tanto en responsabilidades como en salario (...).*” Se agregó que, en promedio, actualmente los concursos públicos llevan a la renovación de la planta de personal en un 70% y 80%, “*por esa razón es tan importante comenzar a hablar de los concursos de ascenso, entre otras cosas, para que*

funcionario dándole la oportunidad de ocupar un cierto número de puestos diferentes”; **España**, “[l]as personas que ingresan a la administración como funcionarios se integran en diferentes escalas. Es posible que se presenten ascensos de grupo inferior a uno superior, por medio de la promoción interna”; **Ecuador**, “[l]os ascensos representan aumentos de salarios, constituyéndose en un adelanto jerárquico del servidor público. El ascenso por antigüedad es automático y depende del tiempo que permanezca en cada nivel”; **Paraguay**, “es la ley quien reglamenta los procesos de admisión, promoción y remoción de los funcionarios de la administración pública, al igual que los demás empleados y servidores del Estado, sobre bases que aseguren estabilidad en los cargos y la igualdad de oportunidades”; y, **Perú**, “[l]a carrera administrativa se estructura pro grupos y niveles, con el propósito de que el servidor público tenga opciones para ocupar diversos puestos dentro de la administración pública, posibilidad de desplazarse por las diferentes entidades de la administración.”

¹²⁶ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Martha Victoria Sáchica Méndez (e).

¹²⁷ Ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes, gaceta 861 de 2017, página 3. En el mismo sentido ver la ponencia para segundo debate en la Plenaria de la Cámara, gaceta 722 de 2018, página 3.

¹²⁸ Sesión del 7 de noviembre de 2017. Acta No. 22. Gaceta 378 de 2018.

¹²⁹ Gaceta 966 de 2018.

¹³⁰ Intervención de la Representante a la Cámara Ángela María Robledo. Gaceta 378 de 2018, páginas 13 y 14.

todos los concursos no signifiquen una expulsión altamente probable de los que vienen desempeñando los empleos.”¹³¹

105. Por su parte, en la intervención del Departamento Administrativo de la Función Pública se realizó un recorrido histórico a través de la jurisprudencia de este Tribunal, para dar cuenta de la comprensión del concurso de ascenso, señalando que en la decisión proferida sobre el régimen de carrera de la Fiscalía General de la Nación se “*le da gran relevancia al concurso de ascenso*” pues permite valorar la experiencia, “*tiene en cuenta a funcionarios que previamente han ingresado a través de un proceso de selección público y abierto, y garantiza que la inversión que el Estado ha hecho en capacitación, se vea reflejada en el mejoramiento y promoción continua.*” De igual manera, puso de presente que la principal apuesta de este proyecto de ley era la promoción del ascenso, con un alcance **mixto**, previamente avalado por la Corte Constitucional.¹³²

106. Con posterioridad a dicho debate, las discusiones que se adelantaron en el trámite legislativo dan cuenta de los mismos tópicos aquí advertidos, evidenciando, entonces, que en la configuración propuesta por el Ejecutivo y avalada por el Congreso estuvo de por medio la necesidad de establecer un sistema más acorde con la idea de “carrera”, que, sin desconocer la prohibición constitucional de establecer concursos plenamente cerrados de ascenso por ser violatorios del principio de igualdad de oportunidades, valorara la experiencia de los empleados ya inscritos en el escalafón, motivara su permanencia y cualificación, diera eficacia a la capacitación brindada por el Estado a sus funcionarios y brindara una herramienta que promoviera una mayor provisión de los cargos en vacancia -aún con una alta ocupación de personas en situación de provisionalidad.

107. Ahora bien, vale la pena destacar que esta apuesta por una línea de política pública en materia de empleo público no es ajena a las discusiones teóricas existentes en la materia. Según el estudio “*Estado del arte de la gestión estratégica del talento humano en el sector público: teoría y prácticas*”,¹³³ el reclutamiento y la selección de personal constituye uno de los aspectos más relevantes en la literatura sobre la gestión pública y las prácticas de los gobiernos, dentro del cual la existencia de sistemas cerrados -de carrera administrativa- o abiertos -de posiciones- son objeto de diferentes desarrollos.¹³⁴ En concreto, este análisis menciona (i) que la aplicación de uno y otro genera ventajas y debilidades, (ii) una tendencia por permitir concursos abiertos, y (iii) una práctica actual en el marco de los países de la OCDE que se mueve entre cada uno de dichos extremos, *primando prácticas mixtas*. En

¹³¹ Gaceta 382 de 2018, páginas 6 y 7.

¹³² *Ibidem*, páginas 7 a 9.

¹³³ Pedro Pablo Sanabria Pulido, páginas 23 a 59. Este estudio está compilado en el documento “*Gestión estratégica del talento humano en el sector público: estado del arte, diagnóstico y recomendaciones para el caso colombiano*”. Universidad de los Andes, Escuela de Gobierno Alberto Lleras Camargo. Ediciones Uniandes, Colciencias, Departamento Administrativo de la Función Pública, Escuela Superior de Administración Pública. 2015. Posteriormente citado como fuente académica para la Guía de Gestión Estratégica del Talento Humano (GETH), para el sector público colombiano. Departamento Administrativo de la Función Pública – Dirección de Empleo Público. Octubre de 2017.

¹³⁴ Esta clasificación corresponde con aquella mencionada en el estudio del consultor Rafael Jiménez Ascencio realizado entre el 18 y el 29 de mayo de 2015, mencionado en la exposición de motivos del proyecto de ley que dio lugar a la promulgación de la Ley 1960 de 2019.

este sentido, se menciona que los concursos cerrados generan mayor “alineación con los objetivos estratégicos y la cultura organizacional” y aumenta “la moral en la entidad”,¹³⁵ no obstante, genera menor renovación y reduce la transferencia de ideas y conocimientos. Por el contrario, el sistema abierto genera mayor renovación y transferencia de ideas y conocimientos, pero el sentido de pertenencia de los funcionarios y la alineación a los objetivos misionales es más difícil de conseguir. Se agregó que “como se observa en el caso colombiano (...), los concursos abiertos (sistema de posiciones) pueden generar cierto descontento al hacer más difíciles las posibilidades de ascenso dentro de la organización y el sector, aunque el criterio de mérito prevalece en dichos tipos de concurso.”¹³⁶

108. Por su parte, respecto a las prácticas en los países de la OCDE, se precisó que Alemania y Francia se acercan más al sistema de carrera, en el que “los servidores públicos son contratados al principio de la carrera y esperan ser promovidos en diferentes niveles.”¹³⁷ Agregó que, en el sistema de posiciones o de concursos abiertos, se pretende el máximo grado de competencia con miras a asegurar el mérito, no obstante, “[n]inguno de los países tiene un sistema puro, por lo que buscan identificar las posiciones al sistema que mejor se adapte a estas y con la intención de beneficiarse con las características de cada sistema.”¹³⁸ Entre los casos intermedios, menciona el de Rusia, en el que se establece “la entrada al servicio civil por medio de una evaluación competitiva pero para puestos específicos más que para el servicio general. Las vacantes son expuestas para todos los candidatos que cumplan con los requisitos (OECD,2012).”¹³⁹

109. Según la Guía de Gestión Estratégica del Talento Humano (GEHT) para el sector público colombiano, del Departamento Administrativo de la Función Pública,¹⁴⁰ la formulación, definición y ejecución de la política pública en materia de empleo público tiene en cuenta que uno de los pilares fundamentales para medir el índice de competitividad global -relacionado con la capacidad de los países para tener niveles de prosperidad-¹⁴¹ corresponde a las fortalezas de su institucionalidad -cuyo índice es de los más bajos-, el que, a su turno, tiene relación con la gestión del empleo público. Bajo esta perspectiva, en la Guía se destacan los diversos problemas que determinan la mala calificación que en esta materia recibe el país -como la corrupción y la burocracia ineficiente-, los cuales, en concepto del DAFP, encuentran en un mejor manejo del talento humano una respuesta necesaria, “promover mejoras en las competencias, la reestructura de los empleos, la capacitación, el bienestar, el rendimiento y la movilidad de los servidores públicos pueden incidir favorablemente en los aspectos aquí diagnosticados. En la medida en que se ejecuten estas intervenciones fundamentales se podrá tener una incidencia positiva en el nivel de competitividad del país, lo que generará

¹³⁵ Pedro Pablo Sanabria Pulido, página 32.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ *Ibidem*, página 33.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ Octubre de 2017.

¹⁴¹ Este índice es medido por el World Economic Forum.

mejoramiento en los niveles de prosperidad y bienestar de sus ciudadanos.”¹⁴²

110. Teniendo en cuenta lo expuesto en este apartado, a continuación se procederá a valorar la constitucionalidad de la medida cuestionada.

4.3.2. El concurso de ascenso mixto previsto en el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019 es constitucional

111. Antes de emprender el estudio concreto, retoma la Sala Plena que el accionante cuestiona el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019 por considerar que desconoce presuntamente los principios del mérito e igualdad, en concreto, de igualdad de oportunidades para el acceso a cargos públicos. En este último sentido, evalúa que la disposición trata injustificadamente a un grupo de personas, “*quienes no hacen parte de la carrera administrativa, y que en algunos casos tampoco gozan de un empleo*”, privilegiando, por otra parte, a “*quienes ya disfrutaban del empleo digno y se encuentran inscritos en la carrera administrativa.*” Este trato, en su criterio, es inconstitucional porque en violación de los artículos 13 y 125 de la Constitución, así como de la jurisprudencia de esta Corporación, se funda en un criterio discriminatorio intolerable en un proceso de selección.

112. De entrada, en concepto de la Corporación es claro que frente *al acceso a cargos públicos* los referidos grupos son comparables, por lo cual es posible iniciar un juicio integrado de igualdad. Pero, además, dado que la medida se comprende mejor valorando conjuntamente el compromiso y/o realización de los dos principios -igualdad y mérito-, se procederá a analizar su constitucionalidad en un único juicio integrado.

113. Para efectos de este análisis se acogerá como herramienta metodológica el juicio integrado de proporcionalidad,¹⁴³ compuesto por el principio de proporcionalidad clásico¹⁴⁴ y un test que, basado en tres intensidades o escrutinios, permite abordar diferencialmente grupos de casos que merecen tal tratamiento por involucrar -en mayor o menor medida- el ámbito de configuración del Legislador.¹⁴⁵

114. En este contexto, el paso inicial que debe adelantarse es determinar la intensidad del juicio. Para ello, se enfatiza que la Corte Constitucional se ha referido a algunas pautas relevantes, a partir de la estimación de *casos tipo* que, de cualquier forma, al actuar como criterios indicadores no relevan al Juez Constitucional de fundamentar sus decisiones ante la complejidad de los

¹⁴² Guía, página 10.

¹⁴³ Al respecto ver, entre otras, las sentencias C-093 de 2001. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-673 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. AV. Jaime Araujo Rentería y Álvaro Tafur Galvis; C-720 de 2007. M.P. (e) Catalina Botero Marino. AV. Catalina Botero Marino; C-115 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo. SV. Alberto Rojas Ríos. AV. Alejandro Linares Cantillo; C-234 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera, y C-345 de 2019. M.P. Gloria Ortiz Delgado. SPV. Antonio José Lizarazo. AV. Alejandro Linares Cantillo.

¹⁴⁴ De su estructura hacen parte tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

¹⁴⁵ En el que se indaga, en términos generales, por tres aspectos: el fin de la medida, el medio que se emplea y la relación medio-fin. Bajo esta metodología, además, se precisan intensidades de valoración dirigidas a establecer un estándar de aquello que debe justificarse en cada uno de los aspectos mencionados.

asuntos -y por lo tanto de variables- que se presentan para su examen y decisión.

115. Entre dichos criterios, desde la Sentencia C-673 de 2001,¹⁴⁶ la Corporación valoró que ante una medida que impactara el goce de un derecho constitucional fundamental lo procedente era el *juicio estricto*, y ante una medida que interfiriera el goce de un derecho constitucional no fundamental,¹⁴⁷ el *juicio intermedio*. Además de los anteriores supuestos, se ha acudido al *test estricto* cuando está de por medio una categoría sospechosa en los términos del artículo 13, inciso 1, de la Constitución,¹⁴⁸ o cuando la medida recae de manera directa en personas en condición de debilidad manifiesta, o de grupos marginados o discriminados; al *test intermedio* cuando la medida acusada involucra categorías que bajo algunos supuestos han sido consideradas como semi sospechosas;¹⁴⁹ y al *test débil*, por ejemplo, cuando se estudia la razonabilidad del ejercicio legislativo en materias económicas, tributarias o de política internacional.¹⁵⁰

116. A partir de los supuestos expuestos, se evidencia en este asunto la intervención de diferentes razones cuya valoración conjunta determina que la intensidad correcta para el análisis del artículo 2 de la Ley 1960 de 2019 sea la *intermedia*. En este sentido, (i) *prima facie*, se evidencia una afectación al derecho a la igualdad en el acceso a cargos públicos. Este bien, además, es definitivo en una democracia pues a partir de su ejercicio se permite la participación activa de los y las ciudadanas en el servicio público. Aunado a lo anterior, (ii) se afectaría el principio del mérito, concebido desde una perspectiva de no intervención y libre competencia, en beneficio de los principios de moralidad e imparcialidad que guían la función administrativa. Estos aspectos, por sí solos, inclinarían la balanza para la realización de un test en intensidad estricta.

¹⁴⁶ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. AV. Jaime Araujo Rentería y Álvaro Tafur Galvis.

¹⁴⁷ Algunas decisiones han propuesto la revisión de esta categoría. En concreto, en las sentencias C-520 de 2016 (M.P. María Victoria Correa Calle. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado), C-220 de 2017 (M.P. José Antonio Cepeda Amarís, en cargo. SV: María Victoria Calle Correa) y C-234 de 2019 (M.P. Diana Fajardo Rivera), se mencionó que con la evolución de la comprensión de los derechos constitucionales fundamentales, el *test estricto* es procedente en aquellos eventos en los que se impacta un derecho constitucional fundamental en una faceta negativa o prestacional (positiva) mínima, que sea exigible de forma inmediata en virtud de la Constitución y/o el DIDH; y el *test intermedio* cuando se interfiere en una faceta prestacional -progresiva- de un derecho constitucional fundamental.

¹⁴⁸ Al respecto, en la Sentencia C-371 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz, reiterada en la Sentencia C-115 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo, se sostuvo que los criterios *sospechosos* estaban asociados a un “uso [que] ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, vrg. mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros.”

En jurisprudencia temprana esta Corporación sostuvo que los criterios *sospechosos* tenían como notas características, las siguientes: “(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) esas características han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales.” C-481 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁴⁹ Este término fue utilizado en algunos casos por esta Corporación cuando el criterio de diferenciación se funda, por ejemplo, en la *edad*. Ver la Sentencia C-115 de 2017 (M.P. Alejandro Linares Cantillo), en la que se hace un análisis de los eventos en los que la Corporación ha calificado tal criterio como neutro y en otros en los que lo ha calificado como semi sospechoso de discriminación negativa.

¹⁵⁰ El sentido indicativo que otorga la consideración de *casos tipo* es evidente en la jurisprudencia constitucional, pues no siempre estas materias han arrojado la necesidad de adelantar un juicio en un nivel ordinario o leve. En la misma Sentencia C-673 de 2001, se afirmó que: “Por ejemplo, en materia económica una norma que discrimine por razón de la raza o la opinión política sería claramente sospechosa y seguramente el test leve no sería el apropiado. Lo mismo puede decirse, por ejemplo, de una norma contenida en un tratado que afecta derechos fundamentales.”

117. No obstante, (iii) la intervención en el derecho a la igualdad de oportunidades en este espacio particular es parcial, pues el concurso de ascenso solo es posible frente al 30% de las vacantes, previa satisfacción de los requisitos ya mencionados en el fundamento jurídico No. 98; y este no es simplemente un cálculo numérico, sino que es un indicativo fundamental a la hora de determinar la extensión del impacto de la medida en los bienes comprometidos. Como criterio adicional, debe tenerse en cuenta que la elección por la *movilidad* no anula la práctica del concurso público de ingreso que, como consecuencia del ascenso, se generaría. En efecto, la plaza ocupada por una persona que logra ascender en un concurso de ascenso queda vacante y, en algún momento, generará una situación en la que debe necesariamente convocarse a un concurso público y abierto de ingreso a la carrera.

118. Asimismo, aunque el mérito en condiciones de máxima realización se afecta, lo cierto es que (iv) tampoco es acertado afirmar un sacrificio del mismo, dado que al concurso de ascenso le precede un acceso inicial a la carrera administrativa y la necesaria acreditación de los requisitos para acceder a la nueva plaza, a través de un concurso de méritos en el que deben acreditarse las condiciones para ocupar el puesto al que se aspira, en beneficio de la adecuada prestación del servicio público. Tampoco puede obviarse que este concurso está a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, órgano autónomo que garantiza la imparcialidad y neutralidad en esta materia conforme a lo dispuesto en el artículo 130 de la Constitución.

119. Finalmente, (v) de conformidad con lo sostenido reiteradamente por la jurisprudencia de esta Corporación, el Constituyente le asignó al Legislador competencia para establecer los “*requisitos y condiciones (...) para determinar los méritos y calidades de los aspirantes*” (Art. 125 de la CP), facultad que, por supuesto, debe ejercerse en términos de razonabilidad y proporcionalidad, y que juega en este caso un papel importante. Por otra parte, no se advierte que en el ejercicio de dicha competencia el Congreso haya fundado su medida en una categoría sospechosa, como el “*sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica*”,¹⁵¹ o que aquella afecte a personas en condición de debilidad o a grupos discriminados y, por último, no se evidencia un propósito discriminatorio en favor de las personas que se encuentran inscritas en carrera administrativa, por el contrario, se evidencia un impulso por promover otros intereses constitucionales como la estabilidad y permanencia en el servicio de personas que, por su experiencia y compromiso, impactaría favorablemente en la función pública.

120. En estos términos, el juicio que mejor captura la discusión planteada en esta oportunidad es el *intermedio*, pues permite dar cuenta de las tensiones que se presentan entre los diferentes bienes constitucionales con la adopción de esta medida, sin desconocer las facultades del Legislador en la materia. A continuación, entonces, se procederá a analizar si el concurso de ascenso regulado en el artículo 2 parcialmente demandado (i) busca una finalidad

¹⁵¹ Artículo 13, inciso 1º, de la Constitución.

constitucionalmente importante, (ii) constituye un medio efectivamente conducente para la consecución de la finalidad y (iii) no genera una desproporción evidente en el balance de intereses involucrados.¹⁵²

121. El concurso de ascenso mixto se dirige a la satisfacción de fines constitucionalmente importantes. Al respecto, tras la regulación del acceso al empleo público se encuentra la finalidad de que el Estado cumpla adecuadamente con los objetivos a su cargo, tales como servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta, y garantice la prevalencia del interés general (Arts. 1 y 2 de la CP). Con idéntica inspiración, el artículo 209 de la Carta establece que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y su desarrollo implica la sujeción a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. En tal dirección, la selección del talento humano es una condición necesaria, por lo cual, desde la Constitución de 1991 la vinculación de personas con las máximas calidades personales y profesionales ha sido un objetivo claro y decidido, encontrando en los procesos de selección un instrumento de apoyo a partir de las variadas pruebas que allí se pueden adelantar.

122. El ingreso al empleo público a través del mérito, además, se concreta en el ejercicio del derecho al trabajo, en el marco del cual existen una serie de garantías en el artículo 53 Superior, como la estabilidad y la capacitación. Respecto a una medida similar, en la Sentencia C-034 de 2015 se evidenció la satisfacción de varios postulados (i) contar con servidores con experiencia y que, por tanto, arrojen los mejores resultados; (ii) motivar a los servidores públicos a cumplir con mayor eficacia sus funciones; (iii) valorar la permanencia y estabilidad; y, (iv) garantizar la inversión del Estado en la capacitación de su talento humano, sin desconocer, por el otro lado (v) el principio del mérito.

123. Así, para la Sala Plena, en la configuración del artículo 2 de la Ley 1960 de 2019 se verifica la existencia de **finalidades constitucionales importantes** dirigidas a estimular la estabilidad y permanencia en el servicio público de personas idóneas y capacitadas en su ejercicio (Arts. 53 y 125 de la CP), a través de posibilidades de movilidad que no solo dan sentido a las políticas de capacitación del Estado sino que benefician al desarrollo del valor del capital humano en el sector, en pro de una mejor función pública (Art. 209 de la CP). Aunado a lo anterior, según la exposición de motivos de la Ley 1960 de 2019, se pretende mayor implementación del sistema de carrera, que actúe directamente en favor de la eliminación de vacantes sin provisión por largos periodos de tiempo.

¹⁵² Sentencia C-345 de 2019 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. SPV. Antonio José Lizarazo. AV. Alejandro Linares Cantillo), “El escrutinio de igualdad intermedio, por su parte, autoriza desigualdades que sean efectivamente conducentes para la consecución de un fin importante, es decir, un fin deseable, que hay buenas razones para perseguirlo y que, por tanto, debería buscarse. Análogamente, la medida que impone una desigualdad no puede ser evidentemente desproporcionada.”

124. Ahora bien, en concepto de este Tribunal el concurso de ascenso adoptado por el Legislador es *efectivamente conducente* para la satisfacción de dichas finalidades. De un lado, es claro que el reconocimiento del buen servicio a través de la posibilidad de participar en un proceso de selección con integrantes de la carrera de las instituciones públicas motiva la permanencia y el desarrollo de los mejores estándares de calidad, encontrando en el trabajo mayores posibilidades de desarrollo personal integral. De otro lado, la estipulación expresa de que quienes aspiren al ascenso deben contar con los requisitos propios del cargo superior (Art. 2.2 de la Ley 1960 de 2019), así como la necesidad de someterse a un concurso, adelantado por la CNSC, evidencia que el mérito sí se satisface, dado que quien no acredite las calidades requeridas en dicho proceso, no accederá a la vacante.

125. Sumado a lo anterior, la exigencia del artículo 2.3. demandado, esto es, que para que proceda el concurso de ascenso exista un número de empleados igual o superior al de las vacantes a proveer, evidencia la sujeción a los principios de moralidad, eficacia y economía (Art. 209 de la CP), pues de entrada se asegura que, por lo menos en condiciones matemáticas de posibilidad, la realización de un concurso de este tipo no arrojará mayores gastos para la Administración dado que las vacantes pueden ocuparse con el número de trabajadores en carrera disponibles. Asimismo, la puesta en marcha de políticas de capacitación por parte del Estado respecto de los servidores públicos, también encuentra una mejor destinación si este esfuerzo se compensa con la permanencia de quienes en desarrollo de tales actividades adquieren mayor sentido de pertenencia, compromiso y excelencia para satisfacer los intereses generales.

126. Finalmente, la importancia constitucional de los propósitos perseguidos es, en este caso en concreto, superior a la restricción de los principios del mérito e igualdad. En cuanto al *mérito* aprecia la Sala que respecto de un porcentaje del 30% de las vacantes puede existir una afectación a este principio, en la medida en que no puede asegurarse que en un estado de apertura total y participación plena quienes accedan al ascenso serían los mismos que lo harían si las vacantes se ofertaran a través de un concurso público. No obstante, se reitera que no solo la medida no cubre al 100% de las vacantes, sino que respecto de ese 30% se establecieron unos requisitos particulares que exigen la acreditación de las condiciones y calidades para continuar al servicio de los intereses generales, por lo cual, este principio sigue siendo el único criterio relevante para ocupar un cargo público.

127. En cuanto a las exigencias de ingreso y ascenso *en igualdad de condiciones* se destaca que la medida no prevé privilegios injustificados en favor de un grupo de trabajadores y trabajadoras, pues unos y otras han venido prestando sus servicios a la entidad gracias a su excelente desempeño en el concurso de méritos abierto y público por virtud del cual ingresaron a la carrera administrativa. En este sentido, es importante mencionar que aquello que está proscrito son las distinciones que, por no contar con una justificación razonable y proporcional, puedan calificarse de discriminatorias.

128. Detrás de la configuración del concurso de ascenso, sin embargo, no se evidencia la promoción de tratos discriminatorios. Por el contrario, en las condiciones previstas por el artículo 2 parcialmente demandado, el concurso de ascenso es apto no solo para la movilidad en la carrera -como en efecto ya se afirmó y verificó- sino que también lo sería para promover la movilidad social¹⁵³ de los grupos históricamente discriminados. El país se encuentra ubicado en el puesto 65 del mundo en la medición del índice global de movilidad social,¹⁵⁴ y la permanencia de brechas que requieren reducirse y cerrarse es clara, por ejemplo en materia de género. En este preciso contexto, los datos sobre las mujeres en la carrera administrativa, por niveles y sectores es deficiente,¹⁵⁵ evidenciándose solo que en cargos de dirección -esto es, ajenos a la carrera- su participación sigue por debajo del 50%.¹⁵⁶

129. En este contexto, dado que en sociedades como la colombiana no todas las personas se encuentran en la misma línea de arranque para acceder a los cargos públicos, pues aún muchos sectores de la población carecen de las condiciones básicas adecuadas de alimentación, educación y desarrollo integral, las políticas de capacitación del Estado pueden impactar positivamente en situaciones de discriminación estructural, incluso en casos de interseccionalidad en el que en una misma persona se verifican varias situaciones, como las relacionadas con género y raza.

130. Bajo esta línea argumentativa, entonces, la afectación leve al principio de igualdad se verifica es en la imposibilidad de que la totalidad de las vacantes del Estado en el régimen de carrera al que se aplica esta disposición sean accesibles a todos los ciudadanos y ciudadanas en un momento determinado. Sin embargo, debe insistirse en que la movilidad interna que se genera en las plantas de personal permite la generación de nuevas vacantes -las de quienes ascienden- que, tal como se manifestó previamente, en algún punto deberán ser ofertadas a través de un concurso público.

131. A esta afirmación podría oponerse que la única posibilidad de acceso a cargos públicos se daría, así, en los niveles más bajos, frustrando las expectativas de quienes aspiran, de entrada, a cargos profesionales o de asesor, por ejemplo. Este reparo, sin embargo, no tiene en cuenta que el 70% de las vacantes seguirán ofertándose por la vía más amplia, por lo cual, la lesión del principio de igualdad permanece en un nivel leve.

132. Con dicha valoración de afectación de los principios del mérito y de la igualdad, se encuentra que, por el otro lado, la satisfacción de los intereses y principios que gravitan alrededor del concurso de ascenso se realizan de manera importante. En este sentido, además de lo que se ha venido

¹⁵³ La movilidad social se entiende como “el movimiento de las circunstancias personales “hacia arriba” o “hacia abajo” de un individuo en relación con las de sus padres. En términos absolutos, es la capacidad de un niño de experimentar una vida mejor que la de sus padres. Por otro lado, la movilidad social relativa es una evaluación del impacto del entorno socioeconómico en los resultados de la vida de un individuo.” <https://www.weforum.org/reports/global-social-mobility-index-2020-why-economies-benefit-from-fixing-inequality>.

¹⁵⁴ Al respecto ver el informe emitido por el Foro Económico Mundial del año 2020. http://reports.weforum.org/social-mobility-report-2020/social-mobility-rankings/?doing_wp_cron=1622941474.2065830230712890625000.

¹⁵⁵ Como también es deficitaria en materia de otros grupos discriminados.

¹⁵⁶ <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/genero/publicaciones/mujeres-y-hombre-brechas-de-genero-colombia-informe.pdf>.

mencionando, un sistema mixto como el adoptado por el Legislador tiene la ventaja de no anular la búsqueda de personas que aporten en una mayor alineación con los objetivos estratégicos de las entidades y el crecimiento de un sentimiento de integración a los objetivos comunes, al tiempo que no impide la renovación y transferencias de ideas y conocimiento, tal como desde la teoría de la gestión pública se mencionó en el fundamento jurídico No. 107. Así las cosas, se concluye que la medida analizada *tampoco es evidentemente desproporcionada*.

133. En conclusión, dado que la configuración del concurso de ascenso supera el juicio intermedio de proporcionalidad se declarará la exequibilidad del artículo parcialmente demandado.

5. Síntesis de la decisión

134. La Sala Plena se ocupó de la demanda de inconstitucionalidad presentada por el ciudadano Guillermo Arellano Castillo contra el artículo 2 (parcial) de la Ley 1960 de 2019, “[p]or el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”, a través del cual se modificó el artículo 29 de la Ley 909 de 2004, “[p]or la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, por la presunta violación de los principios del mérito e igualdad.

135. Adelantado el trámite de rigor, allegadas las intervenciones del Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP, de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, de las ciudadanas Jeiny Julieth Castro Vega y Camila Andrea González Castillo y del Sindicato de Trabajadores Defensores del Mérito - Sintramérito, y recibido el concepto del Procurador General de la Nación, la Sala Plena verificó como cuestión previa la inexistencia de cosa juzgada respecto de la decisión adoptada en la Sentencia C-034 de 2015,¹⁵⁷ y posteriormente resolvió de fondo el problema jurídico formulado.

136. En cuanto al primer aspecto, en atención principalmente a la intervención del Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP, se verificó que, aunque en la Sentencia C-034 de 2015 la Corporación juzgó la exequibilidad de una regulación sobre concursos de ascenso similar a la ahora cuestionada y por cargos equivalentes, en aquella oportunidad dicha normativa se enmarcó en el régimen de carrera administrativa especial de la Fiscalía General de la Nación, mientras que en este caso el *contexto normativo es diferente*, pues el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019 modifica la Ley 909 de 2004, que regula la carrera administrativa general. La variación del contexto normativo, por ende, impidió afirmar la configuración de la institución de la cosa juzgada constitucional (fundamento jurídico No. 45 y siguientes).

¹⁵⁷ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Martha Victoria SÁCHICA Méndez (e).

137. Para la resolución del problema jurídico (fundamento jurídico No. 37), se precisó la línea jurisprudencial vigente en materia de concursos de ascenso. En tal dirección, a partir de lo dispuesto en las sentencias C-266 de 2002,¹⁵⁸ C-1079 de 2002,¹⁵⁹ C-1262 de 2005,¹⁶⁰ C-1263 de 2005,¹⁶¹ y C-034 de 2015¹⁶² se indicó que la Constitución proscribe el concurso totalmente cerrado de ascenso, mientras concede validez a los concursos mixtos, en particular a partir del estudio realizado en la Sentencia C-034 de 2015 (fundamento jurídico No. 67 y siguientes). A continuación, se mencionaron las disposiciones relevantes de instrumentos internacionales vinculantes para el Estado colombiano por virtud del bloque de constitucionalidad, destacando que de aquellas se deriva un mandato de acceso a cargos públicos en igualdad de condiciones y que prohíbe tratos discriminatorios (fundamento jurídico No. 90 y siguientes).

138. Finalmente, se abordó el estudio de constitucionalidad concreto sobre el artículo 2 parcialmente demandado. Para ello (i) se precisó el alcance del concurso de ascenso regulado en tal disposición, así como los antecedentes legislativos que dieron lugar a su expedición. De este examen, se extrae que el Legislador permite que un 30% de las vacantes del régimen de carrera regulado por la Ley 909 de 2004 se provean mediante un concurso de ascenso, previo cumplimiento de las condiciones allí establecidas, mientras que el 70% restante se somete al proceso público y abierto de selección. Igualmente, se verificó que esta reforma normativa estuvo motivada por la intención de establecer un sistema más acorde con la idea de “carrera”, que, sin desconocer la prohibición constitucional de establecer un concurso plenamente cerrado de ascenso, por ser violatoria del principio de igualdad de oportunidades, valorara la experiencia de los empleados ya inscritos en el escalafón, motivara su permanencia y cualificación, diera eficacia a la capacitación brindada por el Estado a sus funcionarios y brindara una herramienta que promoviera una mayor provisión de los cargos en vacancia (fundamento jurídico No. 98 y siguientes).

139. Finalmente, con fundamento en las premisas antes mencionadas, se resolvió analizar la medida prevista en el artículo parcialmente demandado a partir de un juicio intermedio (fundamento jurídico No. 116 y siguientes). Se concluyó que el concurso de ascenso cuestionado pretendía la consecución de **finalidades constitucionales importantes**, dirigidas a (i) estimular la estabilidad y permanencia en el servicio público de personas idóneas y capacitadas en su ejercicio (Arts. 53 y 125 de la CP), (ii) generar movilidad en las plantas de empleo, en beneficio de la valorización del capital humano en el sector y, por lo tanto, de la correcta y adecuada función pública (Art. 209 de la CP), y (iii) promover la implementación de un sistema efectivo de carrera, que reduzca la provisionalidad.

¹⁵⁸ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁵⁹ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁶⁰ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁶¹ M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁶² M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Martha Victoria SÁCHICA Méndez (e).

140. La implementación del concurso de ascenso se consideró **efectivamente conducente** para la materialización de dichas finalidades, luego de verificar de las condiciones previstas en el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019 para su procedencia (fundamentos jurídicos Nos. 124 y 125); y, por último, se apreció que **la medida no era evidentemente desproporcionada**. Para este último paso fue crucial la consideración de que la afectación a los principios del mérito e igualdad era leve, en atención a que en este concurso mixto solo un 30% de las vacantes se proveerá a través del concurso de ascenso; el mérito no se sacrificaba y tampoco se evidenciaba en la medida un ánimo discriminatorio, por el contrario, se analizó sus fortalezas para la movilidad en la carrera y social (fundamento jurídico No. 126 y siguientes).

VII. Decisión

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

RESUELVE:

Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 2 (parcial) de la Ley 1960 de 2019, por los cargos analizados.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Presidente

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA
Magistrada

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado
Con salvamento de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado
Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

LA SECRETARIA GENERAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR QUE

El Magistrado **ALEJANDRO LINARES CANTILLO** no intervino en la decisión de la Sentencia C-077 de 2021, emitida dentro del proceso radicado bajo el número D-13784, que resolvió la demanda de inconstitucionalidad presentada por Guillermo Arellano Castillo contra el artículo 2 (parcial) de la Ley 1960 de 2009, “[p]or la cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”. Lo anterior, en atención a que el doctor Linares Cantillo, con autorización de la Sala Plena, tuvo que retirarse de la sesión con antelación al momento del estudio de este asunto el veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Para constancia, se firma en Bogotá D.C. el día diecinueve (19) del mes de julio de dos mil veintiuno (2021).

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

Con formato: Fuente: Negrita

Con formato: Centrado