



Concepto 448611 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000448611

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000448611

Fecha: 04/07/2024 11:08:24 a.m.

REF.: Tema: EMPLEO

Subtemas: Estabilidad laboral - Conflicto entre Derecho de acceso a la carrera administrativa con base en el mérito y el Derecho a la Consulta Previa

Radicado: 20249000467412 de fecha 07de 30 junio de 2024

Inquietudes en relación con el cumplimiento de los acuerdos en el marco de la Consulta Previa promovida entre Ministerio de Justicia y los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras de Bocas de Palo y San Isidro en Jamundí – Valle del Cauca, frente a los concursos de méritos; luego de exponer los antecedentes facticos y normativos de la situación, plantea la siguiente consulta:

1) ¿Cómo se deben interpretar, desde una perspectiva legal, los acuerdos logrados en el contexto de una consulta previa, especialmente cuando estos están vinculados directamente con el acceso al empleo público y parecen contraponerse al principio de mérito consagrado en el artículo 125 de la Constitución Política de 1991?

2) Teniendo en cuenta los acuerdos establecidos entre el Ministerio de Justicia, el INPEC y las Comunidades Negras de Bocas de Palo y San Isidro en Jamundí – Valle del Cauca, a través de la Consulta Previa, ¿existe algún precedente jurídico o interpretación legal que permita priorizar los acuerdos logrados en el marco de la consulta previa sobre el principio de mérito establecido en el artículo 125 de la Constitución Política de 1991?

3) En el marco de la Convocatoria No. 1357 de 2019 (INPEC) que actualmente se promueve en la CNSC y la actual conformación de listas de elegibles, ¿cómo se gestionaría una situación en la que los acuerdos de una consulta previa, que implican el nombramiento en provisionalidad de ciertos miembros de las comunidades, parecen estar en conflicto con el proceso de selección basado en méritos?

Sobre este particular, resulta pertinente señalar que esta Dirección Jurídica se pronunció recientemente, mediante Radicado 20246000403801 del 11 de junio de 2024, con ocasión de la consulta presentada por el doctor DIEGO MAURICIO OLARTE RINCÓN, Director de Política Criminal y Penitenciaria del Ministerio de Justicia, en la que planteaba algunas inquietudes sobre la tensión que se genera entre el Derecho Colectivo Fundamental de la Consulta Previa, y la Carrera Administrativa como un principio del ordenamiento superior;

con ocasión del retiro del servicio de empleados con nombramiento provisional en el INPEC, cuyo ingreso se derivó de los compromisos adquiridos por el Estado Colombiano, como resultado de una consulta previa, adelantada en el marco del proceso de construcción de un

establecimiento carcelario; y solicitaba, "...concepto que determine el camino que debe cursar el Sector Justicia y del Derecho y en particular el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC en relación con los cerca de treinta (30) cargos que actualmente se encuentran en provisionalidad en el marco de los compromisos de consulta previa y que están siendo ocupados por personas integrantes de estas comunidades."

Dada la correspondencia entre los antecedentes fácticos y jurídicos esbozados en las dos consultas, a efectos de atender las inquietudes planteadas en su consulta, se reiterarán las consideraciones expuestas en el citado concepto, en los siguientes términos:

De conformidad establecido en el Decreto 430 de 2016¹ este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En primer término, resulta pertinente hacer claridad en el sentido de que, escapa a la competencia de esta Dirección Jurídica, el determinar la actuaciones que deben adelantar las entidades, respecto de asuntos de carácter particular y concreto; ahora bien en el marco de nuestras competencias, se expide el presente concepto, el cual se enmarca dentro de la función de asesoría y se funda en la presentación y análisis de las disposiciones legales y reglamentarias, lo mismo que en la jurisprudencia relativa a la materia objeto de consulta.

A efectos de atender los cuestionamientos propuestos, resulta pertinente citar las siguientes disposiciones:

En lo que hace referencia al mérito, como criterio fundamental para el ingreso al servicio público, la Constitución Política prevé:

ARTÍCULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

PARÁGRAFO. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.

En desarrollo del citado precepto constitucional la Ley 909 de 2004² dispuso:

ARTÍCULO 2. PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.

1. La función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad.

2. El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la presente ley.

(...)

ARTÍCULO 3. Campo de aplicación de la presente ley.

Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:

a) A quienes desempeñan empleos pertenecientes a la carrera administrativa en las entidades de la Rama Ejecutiva del nivel Nacional y de sus entes descentralizados.

- Al personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, salvo cuando en el servicio exterior los empleos correspondientes sean ocupados por personas que no tengan la nacionalidad colombiana.

- Al personal administrativo de las instituciones de educación superior que no estén organizadas como entes universitarios autónomos.

Al personal administrativo de las instituciones de educación formal de los niveles preescolar, básica y media.

- A los comisarios de Familia, de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 30 de la Ley 575 de 2000;

b) A quienes prestan sus servicios en empleos de carrera en las siguientes entidades:

- En las corporaciones autónomas regionales.

- En las personerías.

- En la Comisión Nacional del Servicio Civil.

- En la Comisión Nacional de Televisión.

- En la Auditoría General de la República.

- En la Contaduría General de la Nación;

c) A los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados;

d) La presente ley será igualmente aplicable a los empleados de las Asambleas Departamentales, de los Concejos Distritales y Municipales y de las Juntas

Administradoras Locales. Se exceptúan de esta aplicación quienes ejerzan empleos en las unidades de apoyo normativo que requieran los Diputados y Concejales.

2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

- Rama Judicial del Poder Público.

- Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo.

- Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales.

- Fiscalía General de la Nación.

- Entes Universitarios autónomos.

- Personal regido por la carrera diplomática y consular.

- El que regula el personal docente.

- El que regula el personal de carrera del Congreso de la República

PARÁGRAFO 2. Mientras se expida las normas de carrera para el personal de las Contralorías Territoriales y para los empleados de carrera del Congreso de la República les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley.

ARTÍCULO 4. Sistemas específicos de carrera administrativa.

1. Se entiende por sistemas específicos de carrera administrativa aquellos que en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan la función pública.

2. Se consideran sistemas específicos de carrera administrativa los siguientes:

(...)

- El que rige para el personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).

(...)

Para el caso específico del sistema de carrera del INPEC, el artículo del Decreto 407 de 1994³, establece:

ARTICULO 12. PROVISION DE EMPLEOS. La provisión de los empleos de libre nombramiento y remoción se hará por nombramiento ordinario, la de los de carrera se hará previo concurso o curso por nombramiento en período de prueba o por ascenso. La autoridad nominadora en todo caso, tendrá en cuenta para proveerlos, que la persona en quien recaiga el nombramiento reúna las calidades exigidas para el ejercicio del cargo.

Mientras se efectúa la selección para ocupar un empleo de carrera, los empleados inscritos en el escalafón de la carrera administrativa tendrán derecho preferencial a ser encargados de dichos empleos si llenan los requisitos para su desempeño. En caso contrario, podrán hacerse nombramientos provisionales que no podrán tener una duración superior a seis (6) meses. Al vencimiento del período de provisionalidad, si el empleado no ha sido seleccionado se producirá vacancia definitiva y éste quedará retirado del servicio.

El término de duración del encargo no podrá exceder del señalado para los nombramientos provisionales.

ARTICULO 76. CARRERA. Establécese la Carrera Penitenciaria y Carcelaria para el personal vinculado al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, a excepción de los cargos que la ley prevé como de libre nombramiento y remoción.

ARTICULO 77. DEFINICION, OBJETIVO Y ALCANCE. La Carrera Penitenciaria y Carcelaria es un sistema técnico de administración de personal, que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer a todos los colombianos igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, la capacitación, la estabilidad en sus empleos y la posibilidad de ascender en la carrera, conforme a lo establecido en este estatuto.

Para alcanzar los anteriores objetivos, el ingreso, permanencia y ascenso en los empleos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, se hará exclusivamente con base en el mérito, sin que en ellos la filiación política o consideraciones de otra índole puedan tener influencia alguna.

(...)

ARTICULO 83. FUNCIONES DE LA JUNTA DE CARRERA PENITENCIARIA.

Corresponde a la Junta de Carrera Penitenciaria las siguientes funciones:

(...)

6. Vigilar que los nombramientos provisionales no excedan del término legal.

9. Conocer de oficio o a petición de parte, de las irregularidades que se presenten en la realización de los procesos de selección, pudiendo dejarlos sin efecto, total o parcialmente. Excluir de la lista de elegibles a las personas que hubieren incurrido en violación a las leyes o los reglamentos que regulan la administración de personal al servicio del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, y proponer la revocatoria de nombramiento u otros actos administrativos, si comprobaren que éstos se efectuaron con violación de las normas que regulan la materia.

(...)

En lo que tiene que ver con la naturaleza jurídica y alcance de las consultas previas, se encuentran las siguientes disposiciones:

La Constitución Política establece en sus artículos [7](#) y [70](#), lo siguiente:

ARTÍCULO 7. *El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.*

(...)

ARTÍCULO 70. *El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional.*

La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación.

El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes⁴, establece:

ARTÍCULO 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernen;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

ARTÍCULO 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación,

aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

El citado Convenio fue ratificado e incorporado al ordenamiento jurídico nacional, mediante la Ley [21](#) de 1991⁵ y el mismo hace parte del bloque de constitucionalidad; al respecto, y particularmente, respecto del derecho a la consulta previa, la Corte Constitucional, en sentencia SU-383 de 2003⁶, señaló:

"... el Convenio 169 de la OIT , y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa conforma con la Carta Política bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional, no sólo porque el instrumento que la contiene proviene de la Organización Internacional del Trabajo y estipula los derechos laborales de dichos pueblos -artículo 53 C.P.- sino i) en virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de éstos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles –artículo 94 C.P.-, ii) dado que el Convenio en cita es el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que sufren los pueblos indígenas y tribales"

El derecho fundamental a la consulta previa, implica entonces: i) El derecho a decidir sus propias prioridades en el proceso de desarrollo, cuando el mismo afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan; ii) El derecho de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, y a participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional que los puedan afectar; iii) Aunque en los planes de desarrollo económico global de sus regiones se dé prioridad al mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación; iv) La obligación de los gobiernos, de establecer los medios para garantizar que los pueblos interesados puedan participar libremente, y a todos los niveles en la adopción de decisiones que los afecten.

De otra parte, respecto de la naturaleza jurídica y el carácter vinculante de los Acuerdos de Consulta previa, la Corte Constitucional en Sentencia del 17 de enero de 2017⁷, señaló:

"(...)

De acuerdo con una interpretación de la Constitución Política de 1991 y del Convenio 169 de la OIT, el acuerdo de consulta previa sí tiene carácter vinculante en el ordenamiento jurídico colombiano por su naturaleza constitucional encaminada a materializar un derecho fundamental, como resultado de un diálogo plural e intercultural.

Además, por cuanto el derecho fundamental a la consulta previa es exigible vía tutela en todas sus etapas, pre consultivas y post consultivas; dentro de ésta última, se identifican las fases de seguimiento al cumplimiento de lo acordado en el corto, mediano y largo plazo, y el cierre del proceso de consulta previa en el momento que se verifica la ejecución de todas las obligaciones convenidas. Una posición contraria, es decir, agotar el derecho fundamental en la suscripción formal de un acuerdo protocolizado equivaldría a equiparar el contenido del derecho con un simple trámite constitucional, susceptible de ser posteriormente burlado e incumplido por los acreedores.

La Sala precisa la obligatoriedad de que, con posterioridad al acuerdo de consulta previa, se garantice efectivamente por parte del Estado y del Ejecutor del proyecto, obra o actividad, el cumplimiento de todas las etapas del derecho fundamental, así como las medidas de mitigación, compensación e indemnización concertadas con la comunidad étnica minoritaria en el pacto de la consulta, por los previsibles daños que causan una afectación directa.

En la medida en que la búsqueda real y efectiva de consensos constituye un fin consustancial de los procesos de consulta previa, los acuerdos logrados con las comunidades étnicas quedan integrados al núcleo fuerte de ese derecho fundamental y resultan por sí mismos obligatorios, con independencia de la denominación o categoría jurídica que se les pueda asignar a las actas o documentos en los cuales se deja constancia de los mismos. Sobre este deber de cumplimiento de lo pactado, la Corte Constitucional señaló lo siguiente en Sentencia T-172 de 2013, reiterada en Sentencia T-005 de 2016: "Será deber de la contraparte, sea de naturaleza pública o privada, facilitar la identificación plena de la afectación o perjuicios, rendir informes consistentes y verídicos sobre los alcances de la obra, proyecto o labor y cumplir cabalmente con los compromisos que se hayan pactado con las comunidades. La falta a cualquiera de esas obligaciones constituirá una vulneración del derecho a la consulta previa y dará paso a que se proceda legítimamente a la suspensión o terminación -si es del caso- de los trabajos." Por lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado también que las comunidades étnicas tienen derecho a acudir a la acción de tutela para exigir el cumplimiento de los acuerdos logrados en los procesos de consulta previa.

(...)

A juicio de la Sala, se trata pues de un acto jurídico bilateral de naturaleza especial, cuya fuerza vinculante no deriva del ejercicio de una prerrogativa pública decisoria de quienes participan en los procesos de consulta previa, sino del "acuerdo de voluntades" que surge entre el ejecutor del proyecto y las comunidades étnicas, el cual se ve reforzado por los derechos fundamentales en que se apoya, el respeto debido al acto propio y la buena fe de las partes. (...) Las actas de protocolización de acuerdos, con independencia de la calidad o condición de las partes que las suscriban, son actos jurídicos bilaterales de naturaleza especial, obligatorios y vinculantes para las partes que los suscriben. Se rigen por las normas convencionales, constitucionales, legales y reglamentarias que regulan la consulta previa y su cumplimiento puede obtenerse a través de la acción de tutela o de cualquier otro medio que sea adecuado para asegurar la eficacia de lo pactado, según el tipo de acuerdo alcanzado en cada caso particular".

Con fundamento en las disposiciones relativas a las normas de carrera administrativa en general, y al régimen específico de carrera administrativa del INPEC, es preciso concluir que, a diferencia de lo previsto el sistema general de carrera administrativa, respecto de la "estabilidad relativa" de los servidores con nombramiento provisional; en el régimen específico de carrera administrativa del INPEC, no se predica dicha condición.

Efectivamente, respecto del régimen general de carrera, el Decreto 1083 de 2015⁸ en su artículo 2.2.5.3.1. señala "Mientras se surte el proceso de selección, el empleo de carrera vacante de manera definitiva podrá proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional" y posteriormente el artículo 2.2.5.3.4, prevé que,

"...Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados"

De otra parte, el citado Decreto 1083 de 2015 señala:

"ARTÍCULO 2.2.5.3.2. Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

(...)

PARÁGRAFO 2. Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:

Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.

(...)"

Con base en estas disposiciones, la Jurisprudencia desarrolló el concepto de "*Estabilidad laboral relativa*"⁹, así:

"(...)

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria "u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto".

Con todo, la Corte debe insistir en que la necesaria motivación de los actos administrativos no puede conducir, en la práctica, a equiparar a los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentren en carrera. Tal equiparación terminaría por ser, paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública. Siendo ello así, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad. Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, "la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados". (Negrilla fuera de texto

De conformidad con el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU- 917 de 2010, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado, y sólo es admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto.

Sobre este particular, el concepto marco número 9 expedido por este Departamento Administrativo de fecha 29 de agosto de 2018, sobre "desvinculación de provisionales en situaciones especiales para proveer el cargo con quien ganó la plaza mediante concurso de méritos" y en el que se concluyó lo siguiente:

"1. El concurso es el proceso que emprende la administración para garantizar una selección objetiva y transparente del aspirante a ocupar un cargo público. Su finalidad es identificar destrezas, aptitud, experiencia, idoneidad moral y condiciones de personalidad de los aspirantes al cargo con un fin específico: determinar su inclusión en la lista de aspirantes, al igual que fijar su ubicación en la misma.

La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha enfatizado la importancia de garantizar el efecto útil de los concursos de méritos en virtud de que el querer del constituyente fue implantar un sistema que garantice los derechos de los ciudadanos que desean ingresar a la función pública en igualdad de condiciones, de tal forma que su vinculación dependa únicamente de sus cualidades intelectuales y psicotécnicas.

Una vez se ejecutan las etapas del concurso y se publican los resultados, el aspirante que obtiene el primer puesto adquiere el derecho a ocupar

el cargo. La conformación de la lista obliga al nominador a seleccionar al mejor de los concursantes.

La estabilidad relativa que se le ha reconocido a los empleados provisionales que tienen una condición o protección especial como embarazadas, padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

De acuerdo con la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, la Corte Constitucional ha afirmado que cuando con fundamento en el principio del mérito (art.125C.P.) surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección como los padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la Constitución Política (art. 13 numeral 3), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95 ibidem), se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos.

Por ejemplo, de existir cargos vacantes similares o equivalentes a los que venían ocupando podrán ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento.

Otra de las medidas afirmativas en favor de las personas en situación de discapacidad se establece en el Decreto 1083 de 2015, el cual consagra el procedimiento a seguir en los casos en que la lista de elegibles para la provisión definitiva de empleos públicos de carrera administrativa esté conformada por un número menor de personas que el de vacantes ofertadas.

Por tanto, cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por: Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.

Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.

(...)

Ahora bien, se tiene que de acuerdo al Artículo 263 de la Ley 1955 de 2019, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible los servidores en condiciones especiales, es decir madres, padres cabeza de familia y en situación de discapacidad que vayan a ser desvinculados como consecuencia de aplicación de una lista de elegibles, sean reubicados en otros empleos vacantes o sean los últimos en ser retirados, lo anterior sin perjuicio del derecho preferencial de la persona que está en la lista de ser nombrado en el respectivo empleo.

Lo anterior, en consonancia con la sentencia T-595 de 2016 de la Corte Constitucional, en la que analizó la estabilidad laboral reforzada en caso de que la desvinculación sea consecuencia de la aplicación de una lista de elegibles resultante de un concurso de méritos, en la cual señaló que: “(...) En aquellos eventos en los que la Administración no posea margen de maniobra, debe generar medios que permitan proteger a las personas en condiciones especiales (...) con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera. (...) Ello, naturalmente, sin perjuicio de la asignación de los cargos cuando se adelantan los correspondientes concursos de méritos.” (Negrita y subrayado fuera de texto)

Situación distinta se presenta respecto de los servidores vinculados mediante nombramiento provisional al INPEC, pues, en primer término, los mismos no se rigen por las normas del régimen general de carrera, sino por las del régimen específico de carrera contenido en el Decreto 407 de 1994, el cual en su artículo 12 dispone expresamente que dicho nombramiento “... no podrán tener una duración superior a seis (6) meses. Al vencimiento del período de provisionalidad, si el empleado no ha sido seleccionado se producirá vacancia definitiva y éste quedará retirado del servicio.”

En tal sentido el retiro de los servidores provisionales, no está sujeto a la expedición de acto motivado, sino que, se prevé que, una vez vencido el periodo de provisionalidad, se produce la vacancia definitiva y el retiro del servicio del empleado. Ahora bien, independientemente de lo anterior, en los eventos en que el servidor con nombramiento provisional tiene, además, el derecho derivado de la consulta previa, esta condición deberá ponderarse por parte de la administración, al momento de decidir sobre su retiro.

A la luz de lo hasta aquí expuesto, se reitera que, en criterio de esta Dirección Jurídica, la situación que da origen a la consulta, no existe en realidad una tensión entre dos derechos, que pueda resolverse con el desconocimiento de uno de ellos y la garantía del otro; se trata de dos derechos que, conforme al ordenamiento jurídico deben ser garantizados por el Estado.

En el caso concreto, se advierte una posible interpretación y/o aplicación inadecuada de las disposiciones del régimen específico de carrera de los servidores del INPEC, al momento de dar cumplimiento por parte de dicha entidad, a los acuerdos derivados de la Consulta Previa; en efecto, dado el carácter temporal de los nombramientos provisionales, los mismos no resultaban un mecanismo idóneo para atender el compromiso de vincular, durante todo el tiempo que esté en funcionamiento el complejo penitenciario.

Ahora bien, en virtud de la normatividad y la jurisprudencia vigentes, sobre el derecho que le asiste a quienes se presentaron a un concurso de carrera y obtuvieron resultados que permiten que ser vinculados; dicho derecho debe ser respetado y, en consecuencia, quienes hagan parte de las listas de elegibles dentro de los órdenes correspondientes, deberán ser nombrados y posesionados en sus respectivos cargos; actuar en contrario, expondría a la entidad a demandas que afecten sus intereses.

De acuerdo con lo señalado en precedencia, se procede a dar respuesta a las inquietudes planteadas en su consulta, en los siguientes términos:

PREGUNTA 1) *¿Cómo se deben interpretar, desde una perspectiva legal, los acuerdos logrados en el contexto de una consulta previa, especialmente cuando estos están vinculados directamente con el acceso al empleo público y parecen contraponerse al principio de mérito consagrado en el artículo 125 de la Constitución Política de 1991?*

RESPUESTA: Conforme a la normatividad y la jurisprudencia vigentes, tanto los derechos derivados de los acuerdos logrados en el contexto de una consulta previa, como los derechos de acceso al servicio público con base en el mérito, son derechos protegidos constitucional y legalmente; no existe pues, una tensión entre dos derechos, que pueda resolverse con el desconocimiento de uno de ellos y la garantía del otro; se trata de dos derechos que, conforme al ordenamiento jurídico deben ser garantizados por el Estado.

PREGUNTA 2) *Teniendo en cuenta los acuerdos establecidos entre el Ministerio de Justicia, el INPEC y las Comunidades Negras de Bocas de Palo y San Isidro en Jamundí – Valle del Cauca, a través de la Consulta Previa, ¿existe algún precedente jurídico o interpretación legal que permita priorizar los acuerdos logrados en el marco de la consulta previa sobre el principio de mérito establecido en el artículo 125 de la Constitución Política de 1991?*

RESPUESTA: Se reitera lo señalado en el punto anterior, en el sentido de que, conforme a la normatividad y la jurisprudencia vigentes, tanto los derechos derivados de los acuerdos logrados en el contexto de una consulta previa, como los derechos de acceso al servicio público con base en el mérito, son derechos protegidos constitucional y legalmente, sin que haya lugar a proteger uno, con desconocimiento del otro.

PREGUNTA 3) En el marco de la Convocatoria No. 1357 de 2019 (INPEC) que actualmente se promueve en la CNSC y la actual conformación de listas de elegibles, ¿cómo se gestionaría una situación en la que los acuerdos de una consulta previa, que implican el nombramiento en provisionalidad de ciertos miembros de las comunidades, parecen estar en conflicto con el proceso de selección basado en méritos?

RESPUESTA: Consecuentemente, respecto de las personas que fueron vinculadas en desarrollo de la consulta y actualmente ocupan cargos que deban ser provistos con las listas de elegibles resultados de los concursos para la provisión definitiva de los mismos; la entidad podría proceder al retiro de los cargos que actualmente ocupan, fundamentando dicha decisión en la existencia de la lista de elegibles y la obligación de respetar

los derechos de quienes, en virtud del principio de mérito, protegido constitucionalmente, superaron los concursos respectivos; no obstante, en el mismo acto administrativo se deberán señalar los mecanismos que, en el marco de su régimen específico de carrera, o mediante otros mecanismos contemplados en la ley, le permitan garantizar el derecho fundamental de la consulta previa, de quienes están siendo retirados de dichos empleos.

En todo caso, si la determinación de la entidad es proceder a la desvinculación de los empleados públicos, la misma se debe efectuar a través de acto administrativo debidamente motivado, tal como lo señalan las normas transcritas y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Si requiere profundizar en otro tema en particular relacionado con las políticas de empleo público y directrices para integración de los planes institucionales y estratégicos al servicio de la Administración Pública, le invitamos a visitar nuestro Gestor Normativo en el siguiente vínculo de la internet <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Técnica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Gustavo Parra Martínez

Revisó. Maia Borja.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública
2. por la cual se expedirán normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.
3. Por el cual se establece el Régimen de Personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario
4. Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
5. Por la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes

6. Corte Constitucional, sentencia SU-383 del 17 de mayo de 2003, Referencia: expediente T-517583, M.P. Álvaro Tafur Gálvis

7. Corte Constitucional en Sencia del 17 de enero de 2017, Referencia: Expediente No. T- 5.635.565, M.P. Alberto Rojas Ríos

8. Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública

9. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU 917 de noviembre de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

Fecha y hora de creación: 2025-12-05 07:46:30