



**Función Pública**

# Concepto 185531 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000185531\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000185531

Fecha: 26/05/2021 08:01:06 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. Prepensionados Radicado: 20212060424232 del 11 de mayo de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto donde le sea resuelta la siguiente pregunta:

*"(...) es viable jurídicamente proceder al retiro de un funcionario provisional, que goza de la condición de prepensionado, para ser reemplazado por un funcionario perteneciente a la Carrera Diplomática y Consular de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, teniendo en cuenta que dicho funcionario cumplió el termino de cuatro años que dispone el artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000". (copiado del original)*

## FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La respuesta a los interrogantes planteados tendrá en cuenta los siguientes referentes normativos, conceptuales y jurisprudenciales:

El artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, consagra:

**ARTICULO 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.”

De conformidad con lo anterior, la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera debe hacerse mediante el sistema de mérito. Este se considera un óptimo instrumento para la provisión de cargos públicos basado en criterios meritocráticos y constituye uno de los ejes definitorios de la Constitución Política de 1991, es especial por su relación estrecha con el principio de acceso a desempeño de cargos públicos, la igualdad, la estabilidad y demás garantías contempladas en el artículo 53 de la Constitución.

El Decreto 274 de 2000, «Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular», sobre los concursos en la cancillería, expone:

ARTICULO 14. EL INGRESO Y LOS ASCENSOS. El ingreso a la Carrera Diplomática y Consular se hará por concurso.

Los concursos de ingreso serán abiertos y tendrán por objeto establecer la aptitud e idoneidad de los aspirantes a la Carrera Diplomática y Consular. El ingreso a la carrera sólo podrá hacerse en la categoría de Tercer Secretario.

Los ascensos tienen como finalidad permitir a los funcionarios de Carrera Diplomática y Consular ascender en el escalafón de la misma en función del mérito, la experiencia y la capacidad, en las condiciones señaladas en el presente Decreto. Los ascensos sólo proceden de categoría en categoría.

De conformidad con lo anterior, el ingreso a la Carrera Diplomática y Consular es por concurso los cuales, son abiertos para todas las personas que acrediten la aptitud e idoneidad requeridas.

La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha enfatizado la importancia de garantizar el efecto útil de los concursos de méritos, en virtud del querer del constituyente de implantar un sistema garante de los derechos de la ciudadanía, interesada en ingresar a la función pública en igualdad de condiciones, de tal forma que su vinculación dependa únicamente de sus cualidades intelectuales y psicotécnicas. Así, la Corte Constitucional en Sentencia SU- 089 de 1999, enfatizó:

No se requiere un profundo análisis de los términos usados por el Constituyente para concluir, entonces, que, salvo los casos expresamente definidos por el legislador o por la propia Carta, cuando alguien aspire a desempeñar un cargo al servicio del Estado, debe concursar; que los resultados del concurso son determinantes para los fines del nombramiento; que, por supuesto, la calificación obtenida dentro de aquél obliga al nominador, quien no podrá desatenderla para dar un trato inmerecido -a favor o en contra- a quienes han participado en el proceso de selección; y que, correlativamente, esos resultados generan derechos en cabeza de los concursantes que obtienen los más altos puntajes.

Esa misma posición fue reiterada por la misma Corporación en Sentencia SU- 1140 de 2000:

La Corte ha reiterado, en innumerables decisiones que el acceso a la función pública y el ascenso dentro de ésta, debe darse, por regla general, a través de un concurso de méritos en virtud del cual pueda seleccionarse al mejor candidato. Adicionalmente, ha establecido que quien ocupe el primer puesto en el concurso debe ser vinculado al cargo para el cual concursó. En consecuencia, para la designación de una persona en un determinado cargo judicial basta con que dicha persona reúna las calidades exigidas por la ley y ocupe el primer puesto del listado nacional de elegibles, siempre que no concurra ninguna causal de inhabilidad ni incompatibilidad para el ejercicio del cargo. De verificarse alguna de las mencionadas causales, deberá nombrarse a quien ocupe el segundo lugar en el concurso.

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. En esta línea se ubica la Sentencia C-040 de 1995:

Por tanto, quien ocupe el primer lugar, de acuerdo con el puntaje obtenido, será el ganador y excluirá a los demás, en orden descendente. Si se procede de otro modo, habría que preguntarse, como lo hace el demandante, ¿para qué el concurso de méritos y calidades, si el nominador puede elegir al candidato de sus preferencias? De este campo, es preciso desterrar la arbitrariedad y, justamente, para ese propósito se ha ideado el concurso. En él, por tanto, se ha de calificar no sólo la idoneidad profesional o técnica del aspirante, sino también su solvencia moral, su aptitud física y su sentido social, de acuerdo con la categoría del empleo y las necesidades del servicio. Hay que hacer de la carrera administrativa el instrumento eficaz para lograr una administración pública en la que se garantice la eficiente prestación del servicio público, la idoneidad y moralidad de sus funcionarios y la prevalencia del interés general sobre el particular.

De acuerdo con lo anterior, 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.

Por su parte, el mismo Decreto Ley 274 sobre las reglas de nombramiento provisional en la Carrera Diplomática y Consular, establece entre otras, la siguiente:

ARTÍCULO 60. Naturaleza. Por virtud del principio de Especialidad, podrá designarse en cargos de Carrera Diplomática y Consular, a personas que no pertenezcan a ella, cuando por aplicación de la ley vigente sobre la materia, no sea posible designar funcionarios de Carrera Diplomática y Consular para proveer dichos cargos. Igualmente, en desarrollo del mismo principio, estos funcionarios podrán ser removidos en cualquier tiempo.

ARTÍCULO 61. Condiciones Básicas. La provisionalidad se regulará por las siguientes reglas:

(...)

b. El servicio en el exterior de un funcionario nombrado en provisionalidad no excederá de cuatro años, salvo circunstancia de especial naturaleza calificada en cada caso por la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular.

(...)

PARÁGRAFO. Las condiciones básicas contenidas en este Artículo se sustentan en la Especialidad del servicio exterior. Por lo tanto, no confieren derechos de Carrera. (Destacado nuestro)

La expresión tachada del artículo precedente, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-292 de 2001, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño, al pronunciarse en demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto 274 de 2000, sobre la duración de los cargos en provisionalidad, establece:

(...)

Con esta interpretación se racionaliza la duración de los nombramientos en provisionalidad pues se les impone un límite que impide que gracias a ello se desconozca el régimen de carrera y se instaure la excepción como regla general. Además, se evita que la norma cree una situación indefinida no reglada específicamente y genere una discrecionalidad que permita el desconocimiento del régimen de carrera. Cuando se trata de nombramientos en provisionalidad, el legislador no puede desconocer la naturaleza de los cargos de carrera de tal manera que por vía de ese tipo de designaciones se habilite la extensión de cargos de libre nombramiento hasta límites contrarios a su naturaleza.

Ahora, en relación con la parte final del literal b del artículo 61, la Corte advierte que en ella se está generando una situación de incertidumbre

pues se está introduciendo una circunstancia no precisada, no definida, cuya ambigüedad y generalidad podría dar lugar a que se extienda a un término indefinido e intolerable la provisionalidad con lo cual se terminaría desconociendo el régimen de carrera. Se genera así una facultad excesiva que es la de prolongar indefinidamente una situación de provisionalidad.

Con esta facultad se puede llegar a desconocer la naturaleza de los nombramientos en provisionalidad pues la referencia que se hace al hecho de que tales nombramientos puedan hacerse hasta por cuatro años, más la posibilidad de su prolongación según calificación de la comisión de personal de la carrera diplomática y consular, permitiría que en la práctica cargos de carrera se regulen por la lógica de los cargos de libre nombramiento y remoción.

La Corte declarará exequibles los artículos 60 y 61 del Decreto 274 de 2000, excepción hecha de la expresión “*salvo circunstancia de especial naturaleza calificada en cada caso por la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular*” contenida en el literal b) del artículo 61. La exequibilidad de la primera parte de este literal se sujetará a que el plazo de cuatro años allí indicado se entienda como máximo.

(...)

Conforme al argumento jurisprudencial, los empleados públicos nombrados provisionalmente en cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, máxime hasta por 4 años cuando se trata de cargos en la Carrera Diplomática y Consular, prolongar dicho tiempo, en términos de la Alta Corte, podría desconocer el régimen de carrera.

#### RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, y dado que los funcionarios provisionales son nombrados cuando no sea posible designar funcionarios de carrera Diplomática y Consular y pueden ser retirados en cualquier tiempo, sin estar bajo esta modalidad de vinculación en un término superior a 4 años. En criterio de esta Dirección Jurídica resulta procedente efectuar el retiro de la empleada provisional de la Cancillería fundamentado en el término máximo de 4 años a que hace referencia la normativa sobre el particular, máxime cuando, además, el retiro se motiva en el nombramiento de quien supera el concurso de ingreso a la carrera.

#### NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo - Ley 1437 de 2011.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Armando López Cortés

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:07:45*