



## Concepto 120451 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000120451\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000120451

Fecha: 23/03/2022 02:19:59 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: EMPLEO - PROVISIÓN. RADICACIÓN: 20222060070192 Del 7 de febrero de 2022.

Respetado Doctor, reciba un cordial saludo.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta sobre si es procedente surtir el nombramiento de quien quedó en primer lugar en lista de elegible, pese a la existencia de un fallo de tutela que ampara los derechos a la estabilidad reforzada, mínimo vital y salud de un empleado nombrado en provisionalidad, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, y una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho sin decisión de fondo; doy respuesta en los siguientes términos:

En primer lugar, corresponde anotar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos, competencia atribuida a los jueces de la república.

Por lo anterior, no es de nuestra competencia intervenir en situaciones particulares de las entidades, actuar como ente de control o de investigación, como tampoco pronunciarnos sobre los trámites que deben adelantarse para cumplir fallos judiciales; sin embargo, de manera general, sobre el cumplimiento de los fallos judiciales, se señala que

el Decreto 2591 de 1991, el cual reglamenta la Acción de Tutela en cuanto al cumplimiento a los fallos de tutela expresa:

*“ARTICULO 27.-Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora.*

*Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.*

*Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario en su caso.*

*En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.*

ARTICULO 28.-Alcances del fallo. El cumplimiento del fallo de tutela no impedirá que se proceda contra la autoridad pública, si las acciones u omisiones en que incurrió generaren responsabilidad.

*La denegación de la tutela no puede invocarse para excusar las responsabilidades en que haya podido incurrir el autor del agravio.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

De acuerdo con la norma transcrita, los fallos de tutela son de obligatorio cumplimiento en los términos y tiempos establecidos, en el entendido de su naturaleza como mecanismo que busca la protección inmediata de los derechos amparados por la misma.

Frente al cumplimiento a los fallos de tutela, la Corte Constitucional en la sentencia C-367 de 2014, expuso:

*“(…), incumplir la orden dada por el juez constitucional en un fallo de tutela es una conducta de suma gravedad, porque (i) prolonga la vulneración o amenaza de un derecho fundamental tutelado y (ii) constituye un nuevo agravio frente a los derechos fundamentales a un debido proceso y de acceso a la justicia.*

4.3.2. *Ante la orden impartida en un fallo de tutela su destinatario tiene dos opciones: una, que es la regla, cumplirla de manera inmediata y adecuada (art. 86 CP) y, dos, que es la excepción, probar de manera inmediata, eficiente, clara y definitiva la imposibilidad de cumplirla.”*

Por su parte, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto radicado con el No. 1302, Consejero Ponente: Augusto Trejos Jaramillo, de fecha 12 de 2000, señaló sobre el acatamiento a las decisiones judiciales lo siguiente:

*“La Sala se ha pronunciado sobre el particular, destacando que, si bien las sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas son de obligatorio cumplimiento, cuando se ordena el reintegro a un cargo debe efectuarse dentro de unos márgenes de equivalencia entre el que se desempeñaba al momento del retiro y aquél en el cual pueda hacerse efectivo. De manera que el reintegro debe cumplirse en la misma entidad, con equivalente ubicación y funciones similares a las desempeñadas por el trabajador al momento de la supresión del cargo, para que no resulte desmejorado en sus condiciones laborales.” (Subrayado fuera de texto)*

De lo anterior que, el incumplimiento de un fallo de tutela por parte de una entidad del estado, es considerada como una conducta grave por parte de la administración, en el entendido que la inobservancia del mandato judicial prolonga la vulneración de los derechos amparados.

Así las cosas, en virtud de la obligatoriedad y de las consecuencias jurídicas que pueda desencadenar el no acatamiento del fallo de tutela le corresponde a la entidad realizar las acciones correspondientes para efectos de no extender las situaciones distintas a las controvertidas y decididas.

En este sentido, la jurisprudencia señala que, por lo general el reintegro en estos casos debe efectuarse en el mismo empleo o en otro equivalente, que se encuentre vacante; en las mismas condiciones y con los mismos derechos y condiciones laborales en que se encontraba al momento en que fue retirado del servicio.

Ahora bien, frente a la obligatoriedad con ocasión a las condiciones ofertadas mediante convocatoria pública para proveer empleos públicos de carrera la Corte Constitucional en Sentencia SU446 del 26 de mayo de 2011, Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, estableció lo siguiente:

*“El mérito como criterio para la provisión de cargos públicos dentro de la administración y que consiste en los términos de la jurisprudencia de esta Corporación, en que el Estado pueda “contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública”. Igualmente, el mismo precepto establece que el mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito es el concurso público. En los términos de este artículo: “Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.*

CONVOCATORIA A CONCURSO DE MERITOS-Importancia

*La convocatoria es “la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes”, y como tal impone las reglas que son obligatorias para todos, entendiéndose administración y administrados-concursantes. Por tanto, como en ella se delinean los parámetros que guiarán el proceso, los participantes, en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento. La Corte Constitucional ha considerado, entonces, que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se*

*convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de auto vinculación y autocontrol porque la administración debe “respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada*

**REGLAS DEL CONCURSO DE MERITOS-Son invariables**

*Las reglas del concurso son invariables tal como lo reiteró esta Corporación en la sentencia SU-913 de 2009 al señalar “...resulta imperativo recordar la intangibilidad de las reglas que rigen las convocatorias de los concursos públicos para acceder a cargos de carrera en tanto no vulneren la ley, la Constitución y los derechos fundamentales en aras de garantizar el derecho fundamental a la igualdad, así como la inmodificabilidad de las listas de elegibles una vez éstas se encuentran en firme como garantía de los principios de buena fe y confianza legítima que deben acompañar estos procesos.”*

De conformidad con el criterio adoptado por la Corte, la convocatoria a concurso de méritos es norma reguladora para las partes, es decir, configura obligaciones tanto para la administración como para los participantes del concurso, por lo que como en la convocatoria se delinean los parámetros que guiarán el proceso, los participantes, en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento.

De lo anterior que, de acuerdo con la regla constitucional contemplada por el artículo 125<sup>1</sup> de la Constitución Política los empleos son de carrera salvo excepciones contempladas por la Ley y su acceso es a través de concurso de mérito, así como también que las pautas de los concursos de méritos son invariables, por lo que las entidades se encuentran en la obligación de mantener las condiciones ofertadas a quienes participaron en la convocatoria, en virtud de la confianza legítima; de este modo que, la administración se encuentra obligada tanto en el marco del fallo de tutela, como en el deber de respetar el derecho de quien se presentó y quedó en primer lugar de la lista de elegibles para el cargo ofertado.

En este orden de ideas, en virtud del principio de autonomía administrativa en cabeza de las entidades en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal le corresponderá realizar un análisis interno sobre las vacantes que a la fecha se encuentren vacantes disponibles de cargos iguales o equivalentes, que permitan dar cumplimiento a lo ordenado por el juez constitucional y respetar el derecho de quien ganó el concurso de mérito.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link </eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Proyectó. Ana María Naranjo

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:22:37