



Concepto 041671 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000041671

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000041671

Fecha: 05/02/2021 03:41:54 p.m.

Bogotá D.C.

REF. EMPLEOS. Requisitos- Cumplimiento de requisitos para el ejercicio de un empleo público. RAD. 20212030000233 del 22 de enero de 2021.

En atención al escrito de la referencia, mediante el cual consulta por las acciones que debe adelantar la entidad en el caso que un empleado público no acredite la definición de su situación militar por causas atribuibles al mismo, me permito manifestarle lo siguiente:

1.- Respecto de los documentos que se requieren para posesionarse en un empleo público, el Decreto [1083](#) de 2015, señala:

“ARTÍCULO 2.2.5.1.4 Requisitos para el nombramiento y ejercer el empleo. Para ejercer un empleo de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, se requiere:

(...)

5. Tener definida la situación militar, en los casos a que haya lugar...”

De acuerdo con lo previsto en la anterior norma, uno de los requisitos para ejercer un empleo en una de las entidades que conforman la Rama Ejecutiva del nivel nacional, es acreditar la definición de su situación militar, cuando a ello haya lugar.

2.- Frente al particular, mediante la expedición del Artículo [42](#) de la Ley [1861](#) de 2017, que subrogó¹ el Artículo [20](#) de la Ley [1780](#) del 2 de mayo de 2016, determina lo siguiente:

“ARTÍCULO 42. Acreditación de la situación militar para el trabajo. La situación militar se deberá acreditar para ejercer cargos públicos, trabajar

en el sector privado y celebrar contratos de prestación de servicios como persona natural con cualquier entidad de derecho público.

Sin perjuicio de la obligación anterior, las entidades públicas o privadas no podrán exigir al ciudadano la presentación de la tarjeta militar para ingresar a un empleo. Las personas declaradas no aptas, exentas o que hayan superado la edad máxima de incorporación a filas podrán acceder a un empleo sin haber definido su situación militar. Sin embargo, a partir de la fecha de su vinculación laboral estas personas tendrán un lapso de dieciocho (18) meses para definir su situación militar. En todo caso, no se podrán contabilizar dentro de los dieciocho (18) meses, las demoras que no le sean imputables al trabajador.

Los ciudadanos que accedan a los beneficios previstos en el presente Artículo, deberán tramitar ante las autoridades de reclutamiento una certificación provisional en línea que acredite el trámite de la definición de la situación militar por una única vez, que será válida por el lapso de tiempo indicado anteriormente.

PARÁGRAFO 1°. Las personas declaradas no aptas, exentas o que hayan superado la edad máxima de incorporación a filas, que tengan una vinculación laboral vigente y no hayan definido su situación militar, tendrán un plazo para normalizar su situación de dieciocho (18) meses contados a partir de la vigencia de la presente ley.

PARÁGRAFO 2°. La vinculación laboral de población no apta, exenta o que haya superado la edad máxima de incorporación no dará lugar a la sanción prevista en el literal d) del Artículo 46 de la presente ley o de las normas que la modifiquen, sustituyan o adicionen.

PARÁGRAFO 3°. Para el pago de la cuota de compensación militar y las sanciones e infracciones de la presente ley de quienes se acojan a este beneficio, podrán realizarse descuento de nómina, libranzas o cualquier otra modalidad de pago, que reglamente el Gobierno nacional, siempre y cuando medie autorización escrita del trabajador.”

De acuerdo con lo anterior, la definición de la situación militar se debe acreditar por el interesado a ejercer un empleo público. No obstante, señala la norma que las entidades públicas no deberán exigir al ciudadano la presentación de la tarjeta militar para posesionarse en un empleo y que los ciudadanos que accedan a los beneficios previstos en la citada norma, deberán tramitar ante las autoridades de reclutamiento una certificación provisional en línea que acredite el trámite de la definición de la situación militar por una única vez, para tal efecto, el Legislador determinó que el interesado cuenta con un plazo de dieciocho (18) meses, a partir de la fecha de su vinculación laboral para definir su situación militar. La mora que no le sea imputable al empleado no podrá ser tenida en cuenta dentro del anterior plazo.

De conformidad con la norma, no es procedente que se exija la presentación de la libreta militar a los empleados para tomar posesión de un cargo público, sin embargo, corresponde al empleado público acreditar la definición de su situación militar.

En el caso en consulta, el empleado público deberá tramitar ante las autoridades de reclutamiento una certificación provisional en línea que acredite el trámite de la definición de la situación militar por una única vez, para ello, cuenta con un plazo de (18) meses, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 42 de la Ley 1861 de 2017.

3.- En el caso que el empleado no cumpla con su obligación de acreditar el cumplimiento de requisitos para el ejercicio de un empleo público, como es el caso de haber definido su situación militar, la Ley 190 de 1995, por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa, establece:

“ARTÍCULO 5o. En caso de haberse producido un nombramiento o posesión en un cargo o empleo público o celebrado un contrato de prestación de servicios con la administración sin el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo o la celebración del contrato, se procederá a solicitar su revocación o terminación, según el caso, inmediatamente se advierta la infracción.

Cuando se advierta que se ocultó información o se aportó documentación falsa para sustentar la información suministrada en la hoja de vida, sin

perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria a que haya lugar, el responsable quedará inhabilitado para ejercer funciones públicas por tres (3) años". (Subraya fuera de texto)

Por su parte, la Ley 909 de 2004, establece:

"ARTÍCULO 41.- Causales de retiro del servicio: El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, se produce en los siguientes casos:

(...)

j. Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el Artículo 5 de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen..." (Subraya fuera de texto)

En el mismo sentido, el Decreto 648 de 2017, que se integra al Decreto 1083 de 2015 prescribe:

"ARTÍCULO 2.2.5.1.13 Revocatoria del nombramiento. La autoridad nominadora deberá revocar el nombramiento en un cargo, cuando recaiga en una persona que no reúna los requisitos señalados para el desempeño del mismo.

Ante este evento la administración inmediatamente advierta el hecho procederá de conformidad con lo señalado en el Artículo 5º de la Ley 190 de 1995 y la Ley 1437 de 2011 y demás disposiciones que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan." (Subraya fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, en el evento que la entidad advierta que ha nombrado como empleado público a una persona que, a pesar del trascurso del tiempo no cumple con los requisitos exigidos en la ley o en el manual específico de funciones y requisitos que tenga adoptada, la entidad debe proceder conforme las normas que se han dejado indicadas con el fin de iniciar el procedimiento encaminado a que la persona demuestre que ha cumplido con los requisitos establecidos en la ley, para tal efecto iniciará el proceso disciplinario correspondiente y si no demuestra que ha cumplido con el requisito o que ha sido imposible su cumplimiento por razones ajenas a su voluntad, según el caso y las resultas del proceso se debe proceder a retirar a la persona del servicio público, en todo caso, siempre, previo agotamiento del debido proceso, con el fin de preservar lo previsto en el Artículo 29 de la Constitución Política.

4.- En relación con la revocación de los actos administrativos, la Ley 1437 de 2011 prescribe:

"ARTÍCULO 97. Revocación de actos de carácter particular y concreto. Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

PARÁGRAFO. En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa."

De acuerdo con lo previsto en la Ley 1437 de 2011, los actos administrativos de carácter particular y concreto (como es el caso de un nombramiento de un empleado público) no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En ese sentido se pronunció la Corte Constitucional, mediante Sentencia T-479 de 2017, con ponencia de la Magistrada Dra. Cristina Pardo Schlesinger, al precisar los siguiente:

“3. El derecho al debido proceso administrativo

3.1. La Constitución Política contempla en su Artículo 29 el derecho fundamental al debido proceso que se aplica indistintamente a las actuaciones judiciales y administrativas. La Corte Constitucional reconoció desde sus inicios que esta garantía es una manifestación del Estado Social de Derecho que permite la protección de las personas frente a las actuaciones del Estado en todas sus manifestaciones^[23] y cuya finalidad es salvaguardar la seguridad jurídica.^[24]

3.2. Por su parte, la Corte definió el derecho fundamental al debido proceso administrativo como la “regulación jurídica previa que limite los poderes del Estado y establezcan el respeto de los derechos y obligaciones de los sujetos procesales, de manera que ninguna actuación de las autoridades dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley o los reglamentos”.^[25] De la misma manera, este Tribunal determinó que el debido proceso se aplica durante toda la actuación administrativa e involucra los principios de legalidad, competencia, publicidad, y los derechos de defensa, contradicción y controversia probatoria y de impugnación.^[26]

4. Marco normativo y la jurisprudencia constitucional con respecto a la revocatoria directa de actos administrativos que reconocen pensiones

4.1. La Ley 1437 de 2011, por medio de la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, desarrolla en su capítulo IX el tema de la revocatoria directa de los actos administrativos.

(...)

4.3. Por su parte, el Artículo 97^[30] del mismo código estableció que los actos administrativos que creen o modifiquen una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconozcan un derecho de igual categoría no pueden ser modificados sin el consentimiento “previo, expreso y escrito del respectivo titular”. De no ser así, la norma contempla que la autoridad que pretende la revocatoria debe demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Finalmente, el Artículo establece que se puede obviar el procedimiento previo de conciliación cuando la administración estima que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos.”

De acuerdo con lo señalado por la Corte, el debido proceso administrativo es la regulación jurídica previa que limita los poderes del Estado y establecen el respeto de los derechos y obligaciones de los sujetos procesales, de manera que ninguna actuación de las autoridades dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley o los reglamentos.

De igual manera, prescribe que, los actos administrativos que creen o modifiquen una situación jurídica de carácter particular y concreto, como es el caso del nombramiento en un empleo público, no pueden ser modificados sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular y en caso de no contar con este, la norma contempla que la autoridad que pretende la revocatoria debe demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En ese sentido, la Administración deberá requerir por escrito al empleado para que allegue, en los términos y plazos que contempla la Ley 1861

de 2017, la acreditación de la definición de su situación militar, de no contar con el respectivo documento, la administración deberá advertir al empleado público que no cumple con uno de los requisitos previstos en la norma para permanecer en el cargo, como es el de acreditar la definición de su situación militar, y que las consecuencias de su incumplimiento se encuentran determinadas en el Artículo 5 de la Ley 190 de 1995 y el Artículo 41 de la Ley 909 de 2004, el Artículo 2.2.5.1.13 del Decreto 1083 de 2015, que han sido tratadas en el presente escrito; es decir, solicitará su autorización para revocar el acto administrativo particular y concreto, o en caso de no contar con ello, deberá acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativo para que sea un Juez de la República quien ordene la revocatoria del mismo.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid - 19, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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: Harold Herreño

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

GCJ-601 - 11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 La subrogación supone la sustitución de una disposición por otra y, por tanto, no puede catalogarse como una derogación simple, pues en lugar de abolir o anular una disposición, lo que hace es poner un texto normativo en lugar de otro. Como lo resaltó la sentencia C-502 de 2012 las normas jurídicas preexistentes y afectadas con la medida pueden en parte ser derogadas, modificadas y en parte sustituidas por otras nuevas. (Sentencia C-277 de 2019)

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:00:30