



Función Pública

Concepto 052981 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000052981

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000052981

Fecha: 15/02/2021 06:50:06 p.m.

Bogotá

REFERENCIA: RETIRO DEL SERVICIO. Empleado de período. Empleado que no cumple con el perfil y los requisitos para el ejercicio de un empleo público. RAD. 2021900032662 de fecha 21 de enero de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si es procedente el retiro del servicio de quien ejerce el cargo de jefe de control interno de una entidad del municipio de Valparaíso, que al parecer fue vinculado sin cumplir con el perfil ni los requisitos para el ejercicio del mismo, me permito manifestarle lo siguiente:

En relación con el cumplimiento de los requisitos para desempeñar un empleo público la Constitución Política, señala:

"ARTICULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente."

Debe tenerse en cuenta que el Congreso de la República expidió la Ley 1474 de 2011, la cual está encaminada a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, que modificó el Artículo 11 de la Ley 87 de 1993, prescribe la norma que para desempeñar el cargo de asesor, coordinador o de auditor interno se deberá acreditar formación profesional en cualquier disciplina académica y experiencia mínima de tres (3) años en asuntos del control interno, independientemente del sector en el cual se haya desempeñado (público o privado)

De otra parte, respecto de la experiencia profesional, debe tenerse en cuenta que de conformidad con lo previsto en el Artículo 229 del Decreto Ley 019 de 2012, para el ejercicio de las diferentes profesiones acreditadas por el Ministerio de Educación Nacional, la experiencia profesional se computará a partir de la terminación y aprobación del pensum académico de educación superior, en el ejercicio de actividades propias de la respectiva profesión.

Para la valoración de la experiencia requerida en el parágrafo 1º del Artículo octavo de la Ley 1474 de 2011, para desempeñar el cargo de jefe de control interno, este Departamento Administrativo expidió la Circular No. 100-02 de agosto 5 de 2011, en la cual se señala que, entre otros,

se puede entender como asuntos de control interno los siguientes:

- Aquellos relacionados con la medición y evaluación permanente de la eficiencia, eficacia y economía de los controles al interior de los Sistemas de Control Interno.

- Asesoría en la continuidad del proceso administrativo, la reevaluación de planes e introducción de correctivos necesarios para el cumplimiento de las metas u objetivos previstos.

- Actividades de auditoría.

- Actividades relacionadas con el fomento de la cultura del control.

- Evaluación del proceso de planeación, en toda su extensión; lo cual implica, entre otras cosas y con base en los resultados obtenidos en la aplicación de los indicadores definidos, un análisis objetivo de aquellas variables u/o factores que se consideren influyentes en los resultados logrados o en el desvío de avances.

- Formulación, evaluación e implementación de políticas de control interno.

- Evaluación de los procesos misionales y de apoyo, adoptada y utilizada por la entidad, con el fin de determinar su coherencia con los objetivos y resultados comunes inherentes a la misión institucional.

- Asesoría y acompañamiento a las dependencias en la definición y establecimiento de mecanismos de control en los procesos y procedimientos, para garantizar la adecuada protección de los recursos, la eficacia y la eficiencia en las actividades, la oportunidad y la confiabilidad de la información y sus registros y el cumplimiento de funciones y objetivos institucionales.

- Valoración de riesgos.

Sobre el estudio del cumplimiento de requisitos, se tiene que el Decreto [1083](#) de 2015, señala en su Artículo 2.2.5.1.5 consagra:

ARTÍCULO 2.2.5.1.5 Procedimiento para la verificación del cumplimiento de los requisitos. Corresponde al jefe de la unidad de personal o quien haga sus veces, antes que se efectúe el nombramiento:

1. Verificar y certificar que el aspirante cumple con los requisitos y competencias exigidos para el desempeño del empleo por la Constitución, la ley, los reglamentos y los manuales de funciones y de competencias laborales (...)"

Por lo anterior, es competencia del jefe de la unidad de recursos humanos o quien haga sus veces el verificar el cumplimiento de los requisitos de estudio y experiencia de quien aspira a ejercer un empleo público.

De otra parte, la Ley [734](#) de 2002, «Código Único Disciplinario», establece:

“ARTÍCULO 34. DEBERES. Son deberes de todo servidor público: (...)

9. Acreditar los requisitos exigidos por la ley para la posesión y el desempeño del cargo.

(...)"

"ARTÍCULO 35. PROHIBICIONES. A todo servidor público le está prohibido: (...)

18. Nombrar o elegir, para el desempeño de cargos públicos, personas que no reúnan los requisitos constitucionales, legales o reglamentarios, o darles posesión a sabiendas de tal situación. (...)"

Adicionalmente, la Ley 190 de 1995, establece:

"ARTÍCULO 5. 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".

Finalmente, la Ley 909 de 2004, dispone:

"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..."

De acuerdo a las normas anteriormente expuestas, el manual de funciones y requisitos es una herramienta de administración de personal. Establece las funciones y los requisitos exigidos para el desempeño de los empleos y los pormenoriza en conocimientos, experiencia, habilidades y aptitudes. Por tal razón, todo ciudadano que pretende desempeñar un empleo público debe cumplir con los requisitos específicos del cargo, definidos por cada organización en dicho manual, siendo responsabilidad del jefe de talento humano su cumplimiento.

Al respecto, es importante mencionar la sentencia C-672 del 28 de junio de 2001¹ proferida por la Corte Constitucional mediante la cual, se declaró la exequibilidad del inciso primero del Artículo 5° de la Ley 190 de 1995, en la cual se señaló lo siguiente:

En el marco de ese análisis sistemático ha de entenderse, entonces, que cualquier ciudadano o funcionario que advierta que se ha 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, deberá solicitar inmediatamente su revocación o terminación al funcionario competente para el efecto.²

Recibida la solicitud, o advertida por el competente la ausencia de requisitos, éste deberá proceder a aplicar el procedimiento respectivo según las circunstancias para revocar el acto de nominación o de posesión, o para dar por terminado el contrato. En el primer caso el procedimiento aplicable se encuentra claramente establecido en el Código Contencioso Administrativo, en el segundo, éste se señala en la ley 80 de 1993.

En uno y otro caso, como pasa a explicarse a continuación, se hace posible cumplir los objetivos fijados en la ley 190 de 1995 para la norma atacada, en el marco del debido proceso y el respeto al principio de buena fe que rige las actuaciones administrativas.

2.2 Las normas aplicables en materia de revocación de actos administrativos. El respeto del debido proceso y del principio de buena fe.

El Código Contencioso administrativo establece claramente un procedimiento aplicable para la revocación de los actos administrativos en el Título V del libro I (Artículos 69 a 74)

[...]

Es decir que para esta Corporación, atendiendo el principio de buena fe y la presunción de legalidad que ostentan los actos de la administración³, amén de tener en cuenta razones de seguridad jurídica y de respeto a las situaciones jurídicas subjetivas que han quedado consolidadas en cabeza de una persona mediante decisiones en firme⁴, salvo una evidente violación del ordenamiento jurídico, un acto de carácter particular y concreto solo podrá ser revocado con el consentimiento expreso del particular.

En una circunstancia de manifiesta ilegalidad, sin embargo, la aplicación del principio de buena fe deberá operar es en beneficio de la administración para proteger el interés público, pues en este caso la actuación fraudulenta con la que se dio origen o desarrollo a la actuación de la administración rompe la confianza legítima que sustenta la presunción de legalidad del acto expedido bajo tales circunstancias.

El acto administrativo que así lo declare deberá en todo caso hacer expresa mención de dicha circunstancia y de la totalidad de los elementos de juicio que llevaron al convencimiento de la administración, lo cual implica necesariamente la aplicación de un procedimiento que permita a la Administración reunir dichos elementos de juicio.

Al respecto la Corte constata que, de acuerdo con el Código Contencioso Administrativo, ya sea que la revocatoria proceda con o sin el consentimiento del particular, ésta está sometida en todo caso al procedimiento establecido en el Artículo 74 del Código Contencioso Administrativo. [...]

Si la persona que asumió el cargo sin el cumplimiento de los requisitos obró de buena fe, circunstancia que ha de presumirse⁵, la revocatoria del acto respectivo solo podrá efectuarse previa manifestación de su consentimiento y en cumplimiento del procedimiento señalado en el Artículo 74 C.C.A.

En el caso de que resulte manifiesta la utilización de medios ilegales no solamente procederá la revocatoria sin necesidad del consentimiento del implicado, respetando en todo caso el procedimiento señalado en el Artículo 74 C.C.A., sino que serán aplicables las sanciones a que haya lugar dentro del proceso penal o disciplinario respectivo, incluida la inhabilidad que establece el inciso segundo del Artículo 5° atacado. (Subrayado fuera de texto)

La misma Corporación, en sentencia T-224 del 21 de marzo de 2002, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández, expresa:

En la sentencia, se recordó la Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la revocatoria directa de un acto administrativo por medio del cual

se creó una situación jurídica particular y concreta o se reconoció un derecho de igual categoría, y, al efecto, se indicó que la Corporación ha sostenido de manera reiterada (2) que la autoridad que expidió tal acto debe obtener el consentimiento expreso y escrito del titular de esa situación o ese derecho para poder proceder a revocarlo válidamente, salvo en los casos en los que la situación o derecho resulten del silencio administrativo positivo, se den las causales previstas en el Artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, o fuere evidente que el acto se produjo por medios ilegales. Se precisó que este marco normativo general es relevante a nivel constitucional, por la consagración en el Artículo 29 de la Carta Política de 1991 del debido proceso administrativo, como parte del derecho fundamental al debido proceso del que se hizo titular a toda persona.

Se puntualizó que no en todos los casos en los que el acto administrativo creó una situación particular y concreta o un derecho de igual categoría, y el titular de una u otro se niega a consentir en su revocación se ve precisada la autoridad que expidió dicho acto a demandarlo ante la jurisdicción contencioso administrativa, pues, según se había expuesto en la sentencia T-639 de 1996 (3), por ejemplo, la Corte fue muy clara al considerar que:

“Cuando la autoridad que ha proferido un acto administrativo de carácter particular y concreto, encuentra que el mismo se obtuvo con fundamento en actuaciones ilegales o fraudulentos, tiene la facultad de revocarlo, pues en este caso, el interés que prima es aquel que tiene el conglomerado social en que las actuaciones de la Administración no se obtengan por medios que vulneren el ordenamiento jurídico. Ello atenta contra el derecho que tiene la ciudadanía a que las actuaciones del Estado se adelanten en forma equitativa, respetando el derecho que tienen los asociados de acceder a la Administración en igualdad de condiciones, derecho que no puede claudicar en favor de quienes utilizan mecanismos contrarios a la ley para obtener un pronunciamiento favorable a sus intereses”. (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, es claro que cualquier decisión de retiro del servicio por revocatoria del nombramiento, al verificarse que se produjo un nombramiento o posesión en un cargo sin el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del mismo, debe estar mediada por el cumplimiento del procedimiento administrativo establecido en la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias a que haya lugar por nombrar o elegir, para el desempeño de cargos públicos, personas que no reúnan los requisitos constitucionales, legales o reglamentarios, o darles posesión a sabiendas de tal situación.

Con 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

Proyecto: Luis Fernando Nuñez.

Revisó. Jose Fernando Ceballos

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis,

2. Cabe recordar además que según el artículo 45 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973 la autoridad nominadora deberá revocar una designación "(...) f) cuando recaiga en una persona que no reúna los requisitos señalados en el artículo 25 del presente decreto" referencia que ha de entenderse referida hoy a los requisitos que las normas vigentes señalan para cada cargo en la administración pública.

3. Sentencia T-276/00, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra

4. Sentencia T-347/94, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

5. No solo la aplicación del artículo 83 constitucional resulta pertinente, sino que debe tenerse en cuenta el procedimiento que señalan los artículos 1 a 4 de la Ley 190 de 1995, cuyas previsiones muestran que la administración y el particular han tenido la oportunidad de verificar el cumplimiento de los requisitos respectivos y ello tanto en el caso de la designación como en el de la suscripción del contrato (Sentencia C-236/97M.P. Fabio Morón Díaz)

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:57:40