



Concepto 078561 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000078561

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000078561

Fecha: 05/03/2021 11:55:55 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO. Revocatoria del Nombramiento por no Acreditar Requisitos Radicado: 20212060111622 del 2 de marzo de 2021.

En atención a la radicación de la referencia, en la cual consulta como debe proceder la entidad, cuando se ha detectado que se produjo un nombramiento provisional de una persona que no cumple con los requisitos para ejercer el cargo, se da respuesta en los siguientes términos:

En primer lugar, es importante señalar que en virtud del Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo tiene competencias relativas a establecer las directrices jurídicas para la aplicación de las normas por parte de la entidad y demás organismos y entidades de la administración pública en materia de régimen de administración de personal entre otros, a través de conceptos jurídicos que guardan directa relación con la interpretación general de aquellas expresiones que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación.

Lo anterior, sin que tales atribuciones comporten, de manera alguna, la definición de casos particulares que se presenten al interior de las diferentes entidades, por lo tanto, la resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal siendo el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho.

En consecuencia, y a manera de información nos referiremos al tema objeto de consulta así:

La Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único, dispone:

“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.”

Por su parte, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, establece:

“ARTICULO 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 adicione o modifiquen;(…)”

Así mismo, el Artículo 5 de 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, dispone:

A. Control sobre el reclutamiento de los servidores públicos

(...)

ARTÍCULO 59. 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.

(...).” (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, se tiene que es deber de todo funcionario público acreditar los requisitos exigidos por la ley para la posesión y el desempeño del cargo, de conformidad con la Ley.

Es importante precisar que corresponde al jefe de la unidad de personal o quien haga sus veces, antes que se efectúe el nombramiento verificar y certificar que el aspirante cumple con los requisitos y competencias exigidos para el desempeño de un empleo.

Así mismo se indica que, la misma ley prohíbe nombrar o designar, para el desempeño de cargos públicos, a personas que no reúnan los requisitos constitucionales, legales o reglamentarios, o darles posesión a sabiendas de tal situación.

En consecuencia, en el evento en el que se efectúe en una entidad un nombramiento sin el cumplimiento de los requisitos para el desempeño de dicho cargo, se deberá aplicar el procedimiento señalado en el Artículo 5 de la Ley 190 de 1995.

Ahora bien, es importante recordar que, en la actualidad el procedimiento de revocación directa de los actos administrativos se encuentra establecido en el Capítulo IX de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual establece:

ARTÍCULO 93. Causales de revocación. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

ARTÍCULO 94. Improcedencia. La revocación directa de los actos administrativos a solicitud de parte no procederá por la causal del numeral 1 del Artículo anterior, cuando el peticionario haya interpuesto los recursos de que dichos actos sean susceptibles, ni en relación con los cuales haya operado la caducidad para su control judicial.

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." (Destacado fuera del 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 el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Es decir, en el marco del debido proceso y el respeto al principio de buena fe que rige las actuaciones administrativas, con el fin de obtener el consentimiento expreso del particular para la revocatoria del acto particular y concreto como es el nombramiento.

Ahora bien, en el evento en que el empleado objeto de consulta, no de su consentimiento, la administración deberá proceder a demandar el acto administrativo.

Por lo tanto, deberá la Entidad siempre y cuando verifique que se efectuó un nombramiento sin el cumplimiento de requisitos para ejercer un cargo, deberá iniciar una actuación administrativa, informándole del inicio de la misma al servidor mediante una comunicación, dándole la oportunidad de controvertir la decisión, de pedir, aportar pruebas y solicitándole el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web de la entidad en el link <https://www.funcionpublica.gov.co/web/eva/gestor-normativo>, «Gestor Normativo», donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos 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.

Atentamente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Janne Alexandra Guzmán Quintero.

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:16:01