



Función Pública

Concepto 164911 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000164911

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000164911

Fecha: 03/05/2022 04:48:26 p.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: Efectos de las sentencias â¿¿ Nulidad de acto administrativo que creó planta de personal - RADICADO: 20229000164472 del 13 de abril de 2022

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual señala que el gerente de la época propuso la creación de unos cargos y consecuentemente, se expidió por parte de la junta directiva el Acuerdo N° 8 del 7 de octubre de 2016 por medio del cual se modificó la planta de cargos de la E.S.E; luego, fueron nombradas varias personas en provisionalidad en cargos de carrera administrativa y continúa indicando que:

“(…)

En el año 2018, la E.S.E. Hospital San Vicente de Paul de Remedios demandó a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, a la JUNTA DIRECTIVA E.S.E. HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL DE REMEDIOS, solicitando la nulidad del Acuerdo N° 8 del 7 de octubre de 2016, por medio del cual se modificó la planta de cargos de la E.S.E Hospital San Vicente de Paúl del Municipio de Remedios â¿¿ Antioquia, por no haberse realizado un estudio técnico necesario que sustentara la creación de nuevos cargos, y por no cumplimiento de los parámetros establecidos en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015.

Mediante fallo de primera instancia, se negaron las pretensiones de la demanda pero, ante el recurso de apelación interpuesto, el Tribunal Administrativo de Antioquia, revocó la decisión y declaró la nulidad del Acuerdo N° 8 del 7 de octubre de 2016, dado que no se acreditó el requisito previo del estudio técnico para la modificación de la planta de cargos de la E.S.E que motivara las necesidades del servicio, y la modernización de la entidad, y muchos menos los requisitos mínimos establecidos por la norma de análisis de procesos técnico misionales y de apoyo, evaluación de la prestación de los servicios, y evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos.

Como consecuencia de lo anterior, se pregunta:

Conforme al fallo del Tribunal, ¿Cuál es la situación jurídica concreta de dichos empleados?

¿Los funcionarios que fueron nombrados para ocupar esos cargos, se encuentran hoy cobijados por alguna estabilidad relativa por el nombramiento en provisionalidad? ¿Deben ser objeto de análisis de reten social u otra garantía constitucional?

En virtud del fallo del Tribunal Administrativo de Antioquia, ¿esos empleados pueden ser removidos de sus cargos bajo el argumento de que se debe dar cumplimiento al fallo judicial que declaró la nulidad del acto administrativo que modificó la planta de personal?

Los cargos que fueron creados mediante el Acuerdo N° 8 del 7 de octubre de 2016, pese a ser declarados nulos, ¿deben ser reportados en la oferta pública de empleos?”

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, 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;

así mismo, no le corresponde decidir si una persona incurrió o no en causal de inhabilidad, competencias atribuidas a los jueces de la república.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, con relación al reconocimiento de derechos ordenados por sentencia judicial emanada de la jurisdicción contenciosa administrativa la cual se encuentra debidamente ejecutoriada, me permito indicar que la Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -, establece el procedimiento para hacer efectivos los fallos judiciales, así:

“ARTÍCULO 189. Efectos de la sentencia. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero solo en relación con la causa petendi juzgada. Las que declaren la legalidad de las medidas que se revisen en ejercicio del control inmediato de legalidad producirán efectos erga omnes solo en relación con las normas jurídicas superiores frente a las cuales se haga el examen.

Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente sus decretos reglamentarios.

(...)

Las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias y quedan sometidas a la formalidad del registro de acuerdo con la ley. (...)” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De otra parte, el Código General del Proceso, señala:

“ARTÍCULO 302. Ejecutoria. Las providencias proferidas en audiencia adquieren ejecutoria una vez notificadas, cuando no sean impugnadas o no admitan recursos.

(...)

Las que sean proferidas por fuera de audiencia quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos. (Negrilla y subraya fuera del texto)”

A su vez, mediante Concepto 1863 de 2007² de la Sala de Consulta del Consejo de Estado, sobre la obligatoriedad de cumplir las sentencias judiciales, se dispuso:

“El concepto de sentencia, junto con los de jurisdicción y acción, constituyen los pilares básicos de la administración de justicia encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas.”³

En este orden de ideas, la función jurisdiccional autónoma e independiente que ejercen las corporaciones y las personas dotadas de investidura legal para impartir justicia, se concreta en las sentencias que ponen fin a las controversias sometidas a su conocimiento, las cuales hacen tránsito a cosa juzgada y deben ser observadas, respetadas y acatadas por los particulares y la administración, en forma voluntaria o coercitiva, a través de los mecanismos legales previstos para lograr la efectividad de los derechos en ellas reconocidos.

En concordancia con la teoría general, el artículo 174 del Código Contencioso Administrativo prevé que “las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias para los particulares y para la administración” y no están sujetas a “recursos distintos” a los establecidos en dicho estatuto, de manera que una vez cobren ejecutoria se producen sus efectos.” (destacado fuera del texto)

De acuerdo con las anteriores disposiciones, es claro que las sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas son de obligatorio cumplimiento y el responsable de dar cumplimiento a la respectiva providencia judicial debe atender los estrictos términos en los que fue dictada; de tal manera que corresponde a las partes de un proceso realizar todas las acciones necesarias para dar cumplimiento a las providencias que se emitan por los distintos despachos judiciales dentro de los términos legalmente establecidos y con sujeción estricta a las condiciones señaladas en los respectivos fallos judiciales.

En consecuencia, en virtud de lo que se ha dejado indicado se considera que la Administración municipal deberá dar estricto cumplimiento a la sentencia judicial en los términos en los cuales fue dictada.

Ahora bien, como quiera que al presente concepto no fue anexada la providencia respectiva, corresponderá al interesado verificar el sentido en

la cual fue proferida; es decir, deberá verificar los efectos en los cuales se dictó la sentencia.

De manera general debe recordarse que, con respecto a los efectos de una sentencia, las mismas pueden tener efectos "*ex nunc*", vocablo latín que significa "*efectos desde ahora*", lo que se traduce en que la sentencia tendrá efectos hacia futuro, desde la fecha en que quede en firme. Por otro lado, una decisión puede tener efectos "*ex tunc*", que en latín quiere decir "*desde siempre*" e indica que la sentencia tiene efectos retroactivos.

El Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en su Sentencia 00025 del 23 de mayo de 2017 Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, dentro del expediente con radicado No. Radicación: 11001-03-28-000-2016-00025-00(IJ) efectuó un análisis de los fallos a declaratoria de nulidad de los actos administrativos, indicando:

"(...)

Así las cosas, el estudio jurisprudencial de las diferentes decisiones proferidas por las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado permiten arribar a una conclusión: el vacío legislativo en relación con los efectos de las declaratorias de nulidad de los actos administrativos, ha sido suplido por parte de la jurisprudencia en el entendido de que éstos son retroactivos, sin que por ello puedan obviarse ciertas menciones esporádicas a tesis contrarias."

De acuerdo con el precitado fallo, los fallos de nulidad de los actos administrativos, tienen en su generalidad, efecto retroactivo y por tanto debe entenderse que el acto administrativo jamás existió.

Por su parte, la Corte Constitucional, en su Sentencia T-121 del 8 de marzo de 2016, con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, indicó:

"2.2.2 A diferencia de la inexecutable, salvo que el fallo de la Corte expresamente disponga lo contrario, la anulación de un acto administrativo produce efectos ex tunc, es decir, se entiende retirado del mundo jurídico desde el nacimiento, razón por la cual se retrotraen las cosas al estado anterior, esto por cuanto el estudio de su legalidad se remite al origen de la decisión. El Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, ha adoctrinado que la diferencia entre la declaración de nulidad, y la de inexecutable, parte del supuesto que la norma viciada no ha tenido existencia jamás, por lo cual todo debe volver al estado anterior a su vigencia.^[15] Ahora bien, los efectos *ex tunc* no generan un inmediato restablecimiento de las situaciones que se hayan causado en vigencia de la norma retirada del ordenamiento jurídico, en cada caso, debe examinarse si se encuentran situaciones jurídicas consolidadas, las cuales, en atención al principio de seguridad jurídica, no pueden alterarse.^[16]" (Se subraya).

De acuerdo con los fallos de los Altos Tribunales, el acto administrativo declarado nulo, tiene efecto *ex tunc*, y, en tal virtud, debe entenderse que se entiende retirado del mundo jurídico desde su nacimiento lo que implica que el acto administrativo jamás existió en el mundo jurídico.

Así las cosas, para responder las preguntas objeto de su consulta, deberá analizarse si la sentencia de nulidad del acto administrativo en cuestión, tiene efectos hacia futuro (*ex nunc*) o si debe considerarse con efecto retroactivo (*ex tunc*).

En consecuencia, en cuanto a sus preguntas, se indica:

Conforme al fallo del Tribunal, ¿Cuál es la situación jurídica concreta de dichos empleados?

RESPUESTA: Esta Dirección Jurídica en virtud del Decreto 430 de 2016, no tiene dentro de sus funciones determinar la situación jurídica de los empleados públicos de la E.S.E. HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL DE REMEDIOS ANTIOQUIA. Así mismo, como quiera que no conozca el pronunciamiento jurisprudencial, no puede interpretar el sentido de dicha sentencia.

Al respecto se reitera que corresponderá a la propia entidad, cumplir estrictamente los términos en que fue dictada la sentencia de nulidad y realizar las acciones correspondientes que se hayan ordenado en la misma.

¿Los funcionarios que fueron nombrados para ocupar esos cargos, se encuentran hoy cobijados por alguna estabilidad relativa por el nombramiento en provisionalidad? ¿Deben ser objeto de análisis de reten social u otra garantía constitucional?

RESPUESTA: En virtud del artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción a los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Así mismo se indica que, 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, en 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.

Por su parte, el artículo 23 de la Ley 909 de 2004, establece que los empleos de carrera administrativa se proveerán en periodo de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante concurso de méritos.

Así mismo, en virtud del artículo 29 de la mencionada Ley dispuso que, los concursos para proveer los empleos públicos serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño.

Ahora bien, sobre la terminación del nombramiento provisional, el Decreto 1083 de 2015³, establece:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.4. Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados”. (Destacado nuestro)

De acuerdo con la normativa transcrita, se tiene que el retiro de un empleado nombrado en provisionalidad deberá efectuarse mediante acto administrativo motivado. Frente al particular, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en Sentencia SU-917 de 2010, al pronunciarse sobre el retiro de los empleados provisionales, señaló:

“El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado”. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, “para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión”.

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”.

Con todo, la Corte debe insistir en que la necesaria motivación de los actos administrativos no puede conducir, en la práctica, a equiparar a los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentren en carrera. Tal equiparación terminaría por ser, paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública. Siendo ello así, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad. Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, “la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados”. (Subrayas fuera de texto).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, y el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-917 de 2010, la terminación del nombramiento provisional, procede por acto motivado, y sólo es admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el empleado.

En conclusión, los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación.

Ahora bien, sobre el tema de retén social la Ley 790 de 2002⁴, consagra:

“ARTÍCULO 12. PROTECCIÓN ESPECIAL. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.” (Artículo declarado exequible por las sentencias C-174 de 2004, C-044 de 2004 y C-1039 de 2003). (Subrayas fuera del texto)

Así mismo, sobre protección especial en caso de supresión del empleo como consecuencia de una reforma de planta de personal, el Decreto 1083 de 2015 indica:

ARTÍCULO 2.2.12.1.1.1 *Definiciones.* Para los efectos de la protección especial en caso de supresión del empleo como consecuencia de una reforma de planta de personal, se entiende por:

Madre o padre cabeza de familia sin alternativa económica: Entiéndase por madre o padre cabeza de familia, quien siendo soltera(o) o casada(o), tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañera(o) permanente o deficiencia sustancial de los demás miembros del núcleo familiar.

Persona con limitación física, mental, visual o auditiva: Aquella que por tener comprometida de manera irreversible la función de un órgano, tiene igualmente afectada su actividad y se encuentra en desventaja en sus interacciones con el entorno laboral, social y cultural. De conformidad con la valoración médica de que se trata más adelante, se considera:

a) Limitación auditiva: A partir de la pérdida bilateral auditiva moderada / severa, esto es, cuando la persona sólo escucha sonidos a partir de 51 decibeles, con amplificación, lo cual genera dificultades en situaciones que requieren comunicación verbal especialmente en grupos grandes; puede o no haber originado demoras en el desarrollo del lenguaje hablado que reduce la inteligibilidad de su habla si no hay intervención y amplificación;

b) Limitación visual: A partir de la pérdida bilateral visual desde un rango del 20/60 hasta la no percepción visual junto con un compromiso de la vía óptica que produce alteraciones del campo visual desde el 10 grado del punto de fijación. Los estados ópticos del ojo, como la miopía, la hipermetropía o el astigmatismo, por ser condiciones orgánicas reversibles mediante el uso de anteojos, lentes de contacto o cirugía, no se predicen como limitaciones;

c) Limitación física o mental: Quien sea calificado con una pérdida de capacidad laboral en un rango entre el veinticinco (25) por ciento y el cincuenta (50) por ciento, teniendo en cuenta los factores de deficiencia, discapacidad y minusvalía.

Servidor próximo a pensionarse: Aquel al cual le faltan tres (3) años o menos, para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o de vejez, al momento de la supresión del empleo.

“ARTÍCULO 2.2.12.1.1.2 Destinatarios. No podrán ser retirados del servicio las madres o padres cabezas de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años, según las definiciones establecidas en el artículo 2.2.11.3.1.1 del presente decreto.” ([sic] debe entenderse que la referencia correcta es el artículo 2.2.12.1.1.1 del presente decreto.) (Subrayas fuera del texto)

Con fundamento en lo expuesto, la ley ha otorgado un amparo especial a los empleados públicos que se encuentren en situación especial de protección, tales como las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que tienen la calidad de pre pensionados, es decir, que le faltan menos de tres años para cumplir los requisitos para acceder a la pensión (edad y/o tiempo de servicios). No obstante, dicho beneficio no es absoluto, en la medida en que para efectos de acceder al beneficio, el servidor público debe demostrar tal condición, y la entidad, deberá verificar que así sea.

Por otro lado, de acreditarse cualquiera de las condiciones descritas en la Ley 790 de 2002, el Decreto 190 de 2002⁵ y el Decreto 1083 de 2015, la entidad que se encuentre en desarrollo de procesos de reestructuración o liquidación, en los que eventualmente se pueda ver comprometida la estabilidad laboral de esta clase de servidores públicos, deberá asegurar y mantener en su cargo a quien se encuentre en dicha situación de debilidad manifiesta, entendiéndose madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años, inclusive cuando la naturaleza de su vinculación laboral no corresponda a la de empleado de carrera administrativa.

También es necesario mencionar que la figura del “Retén Social” es aplicable en las entidades del orden territorial, que se encuentren en procesos de reestructuración o liquidación, tal y como lo señala por la Corte Constitucional en Sentencia T 423 353 de 2010⁶, así:

"1.5. Del mismo modo, esta Corte ha indicado que las normas que regulan la especial protección que la Carta Política otorga a determinados grupos vulnerables de la población en procesos de reestructuración administrativa que tienen la calidad de servidores públicos que hacen parte de entidades del orden nacional, es igualmente predicable de aquellos trabajadores de la administración que prestan sus servicios en entidades del sector territorial. En efecto, en sentencia T-1031 de 2006, el Tribunal Constitucional señaló cuanto sigue:

"6. Así las cosas, para la Sala no cabe duda que si bien es cierto la Ley 790 de 2002 solamente se aplica a los procesos de reestructuración de las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional, no lo es menos que las entidades territoriales que deciden modernizar, actualizar y modificar las plantas de personal también deben diseñar programas dirigidos a proteger la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores que se ubican en el sector de los sujetos de especial protección del Estado, tales como los previstos en esa normativa. Luego, se concluye que en aplicación directa de los artículos 1, 13, 25, 43 y 44 de la Constitución, los beneficios previstos en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, también se aplican a los trabajadores de las entidades de la rama ejecutiva del sector territorial".

1.6. En conclusión, los servidores públicos que tengan la condición de madres o padres cabeza de familia; personas con limitaciones físicas, mentales o auditivas; o trabajadores próximos a pensionarse, tienen derecho a una estabilidad laboral reforzada en razón del llamado retén social. Este amparo (i) se prolonga hasta el momento en que se extinga definitivamente la existencia jurídica y material de la empresa objeto del proceso de reestructuración, o quede en firme el acta final de liquidación de la entidad de que se trate y; (ii) es otorgable en similares condiciones a los servidores públicos que estén vinculados con la administración en el orden territorial." (Destacado fuera del texto)

En este orden de ideas, la protección del Retén Social sólo cobija a los empleados públicos en condiciones de vulnerabilidad ya descritos, vinculados en entidades Estatales que se encuentren en proceso de reestructuración, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública, o liquidación, siempre y cuando se reglamente dentro de la entidad la aplicación de este beneficio.

En ese sentido, y para responder le tema objeto de consulta, como quiera que para el presente caso no se trata de un programa de renovación de la administración pública o una reestructuración o liquidación de la entidad, sino de la terminación del nombramiento provisional por orden judicial en el caso de que se haya declarado la nulidad del acto administrativo que creó una planta sin el lleno de requisitos legales, se considera entonces que la figura de retén social, no le será aplicable para los servidores públicos a quienes se les termine el nombramiento por esta causa.

Por lo tanto, el retiro del servicio se dará como consecuencia, por ejemplo, a una orden judicial, sin que las normas sobre retención social otorguen protección para este caso.

En virtud del fallo del Tribunal Administrativo de Antioquia, ¿esos empleados pueden ser removidos de sus cargos bajo el argumento de que se debe dar cumplimiento al fallo judicial que declaró la nulidad del acto administrativo que modificó la planta de personal?

RESPUESTA: La sentencia judicial debidamente ejecutoriada y proferida por autoridad competente es de obligatorio cumplimiento, el responsable deberá dar cumplimiento a la respectiva providencia judicial y atender los estrictos términos en los que fue dictada; de tal manera que corresponderá a la entidad realizar todas las acciones necesarias para dar cumplimiento a las providencias dentro de los términos legalmente establecidos y con sujeción estricta a las condiciones señaladas en los respectivos fallos judiciales.

Así las cosas, deberá analizarse si la sentencia de nulidad del acto administrativo en cuestión, tiene efectos hacia futuro (ex nunc) o si debe considerarse con efecto retroactivo (ex tunc).

En el evento en el que fallo tenga efectos retroactivos (ex tunc), quiere decir que el acto administrativo que creó los cargos (Acuerdo de la Junta) jamás existió y, consecuentemente los empleos creados tampoco existieron. Por lo tanto, los cargos en provisionalidad, como indica la jurisprudencia jamás existieron en el mundo jurídico, y por ende, el retiro del servicio se producirá por acto motivado, cuya motivación será la declaratoria de nulidad del acto administrativo que creaba los cargos mencionados sin el lleno de requisitos legales.

En todo caso, se reitera, la entidad deberá verificar el sentido y los estrictos términos en que fue dictada la respectiva providencia judicial.

En el evento en el que no se haya determinado los efectos de la sentencia, la entidad podría acudir al juez correspondiente, y solicitar aclaración del pronunciamiento para determinar el procedimiento a seguir con respecto a los nombramientos en provisionalidad realizados por la creación de los cargos mediante el acuerdo No 8 de octubre de 2016.

Los cargos que fueron creados mediante el Acuerdo N° 8 del 7 de octubre de 2016, pese a ser declarados nulos, ¿deben ser reportados en la oferta pública de empleos?"

RESPUESTA: Si al determinar que la sentencia de nulidad dio un efecto retroactivo a la situación generada por el acuerdo 8 de 2016, quiere decir que la creación de los cargos y los respectivos nombramientos en provisionalidad, nunca debieron existir, y por ende, al no nacer a la vida jurídica, no deberían ser reportados a la oferta pública de empleos.

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: A. Ramos

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.

2 Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Proceso No. 1001-03-06-000-2007-00092-00.

3 Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública

4 por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República

5"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 790 de 2002".

6 Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional; Magistrado Ponente: Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. - Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil diez (2010).

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:34:08