



## Concepto 384561 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000384561\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000384561

Fecha: 19/10/2022 07:19:28 a.m.

Bogotá D.C.

REF: RETIRO DEL SERVICIO. Revocatoria de nombramiento. RAD. 20229000481462 de 16 de septiembre del 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual se indica que en el año 2011 se realiza un proceso de restructuración en la planta de personal de una Empresa Social del Estado sin que las actas de posesión o nombramiento de los cargos de los funcionarios antiguos fueran modificadas, de la situación anterior se deriva que un funcionario público posesionado en el año 2006 como Profesional del Trabajo Social se encuentre desempeñando un cargo para un Profesional Universitario del área de la salud (Código 237), del mismo modo este funcionario posee fuero sindical, ha trabajado en la entidad poner periodo mayor a 15 años y actualmente tiene la edad de 56 años, surgiendo las siguientes inquietudes:

- 1) ¿Que implicaciones tendría para el funcionario esta situación teniendo en cuenta que según su profesión es del área de las ciencias humanas y no de la salud según el SNIES, teniendo como tiempo de servicio más de 15 años.
- 2) ¿Da lugar a una revocatoria de nombramiento para el funcionario?
- 3) ¿Se le violaría algún derecho al funcionario?
- 4) Qué implicaciones tiene para la entidad esta situación?
- 5)Cuál deberá ser el proceder de esta entidad teniendo en cuenta que al momento de elaborar su resolución de nombramiento, posesionar a la funcionaria, asignarles funciones y luego de la restructuración seguir en la misma situación y teniendo en cuenta que los funcionarios que generaron todos esos documentos de esa época ya no son los mismo que están actualmente? Observación: El funcionario tiene más de 15 años de servicio, tiene fuero sindical y tiene la edad de 56 años.

Me permito indicar que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En ese sentido, 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.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares.

Adicional a lo anterior, de la lectura de su consulta no se logra establecer de forma clara la situación planteada en cuanto al proceso de

reestructuración que se surtió en la entidad, siendo que no se evidencia modificación al cargo en mención, procediendo en todo caso esta Dirección Jurídica a enunciar de forma general las normas relacionadas con el ejercicio de cargos sin el cumplimiento de los requisitos legales de la siguiente forma:

El Decreto 785 de 2005, establece:

ARTÍCULO 18. Nivel Profesional. El Nivel Profesional está integrado por la siguiente nomenclatura y clasificación específica de empleos:

Cód.	Denominación del empleo
215	Almacenista General
202	Comisario de Familia
203	Comandante de Bomberos
204	Copiloto de Aviación
227	Corregidor
260	Director de Cárcel
265	Director de Banda
270	Director de Orquesta
235	Director de Centro de Institución Universitaria
236	Director de Centro de Escuela Tecnológica
243	Enfermero
244	Enfermero Especialista
232	Director de Centro de Institución Técnica Profesional
233	Inspector de Policía Urbano Categoría Especial y 1ª Categoría
234	Inspector de Policía Urbano 2ª Categoría
206	Líder de Programa
208	Líder de Proyecto
209	Maestro en Artes
211	Médico General
213	Médico Especialista
231	Músico de Banda
221	Músico de Orquesta
214	Odontólogo
216	Odontólogo Especialista
275	Piloto de Aviación
222	Profesional Especializado
242	Profesional Especializado Área Salud
219	Profesional Universitario
237	Profesional Universitario Área Salud
217	Profesional Servicio Social Obligatorio
201	Tesorero General

Ahora bien, el Decreto 1083 de 2015 en cuanto a las disciplinas académicas y núcleos del conocimiento establece:

“ARTÍCULO 2.2.3.5 Disciplinas académicas. Para efectos de la identificación de las disciplinas académicas de los empleos que exijan como requisito el título o la aprobación de estudios en educación superior, de que trata el Artículo 23 del Decreto Ley 785 de 2005, las entidades y organismos identificarán en el manual de funciones y de competencias laborales los Núcleos Básicos del Conocimiento -NBC- que contengan las disciplinas académicas o profesiones, de acuerdo con la clasificación establecida en el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior -SNIES, tal como se señala a continuación:

(...)

CIENCIAS DE LA SALUD	Bacteriología Enfermería Instrumentación Quirúrgica Medicina Nutrición y Dietética Odontología Optometría, Otros Programas de Ciencias de la Salud Salud Pública Terapias
----------------------	---

CIENCIAS SOCIALES Y HUMANAS	Antropología, Artes Liberales Bibliotecología, Otros de Ciencias Sociales y Humanas Ciencia Política, Relaciones Internacionales Comunicación Social, Periodismo y Afines Deportes, Educación Física y Recreación Derecho y Afines Filosofía, Teología y Afines Formación Relacionada con el Campo Militar o Policial Geografía, Historia Lenguas Modernas, Literatura, Lingüística y Afines Psicología Sociología, Trabajo Social y Afines
-----------------------------	--

PARÁGRAFO 1. Corresponderá a los organismos y entidades de orden territorial, a los que aplique el presente decreto, verificar que la disciplina académica o profesión pertenezca al respectivo Núcleo Básico del Conocimiento señalado en el manual específico de funciones y de competencias laborales, teniendo en cuenta la naturaleza de las funciones del empleo o el área de desempeño.

(...)”

ARTÍCULO 2.2.3.10. Requisitos ya acreditados. A los empleados públicos que al 2 de diciembre de 2014 estuvieren desempeñando empleos de conformidad con normas anteriores, para todos los efectos legales, y mientras permanezcan en los mismos empleos, o sean trasladados o incorporados a cargos equivalentes o de igual denominación y grado de remuneración, no se les exigirán los requisitos establecidos en el presente Título. (Decreto 2484 de 2014, art. 10) (Destacado Nuestro)

Así las cosas, una vez analizada la normativa que regula la materia, y dando respuesta a su interrogante, se observa que el título de Trabajo Social no pertenece a las áreas de conocimiento de la salud sino al área de las ciencias sociales y humanas, por lo que en criterio de esta Dirección Jurídica no es viable que un servidor público con el título de Trabajador Social desempeñe un cargo para el que no cumple con el perfil, para el caso concreto, uno del Área de la Salud.

No obstante, deberá tenerse en cuenta lo señalado en el artículo 2.2.3.10 por lo que, a los empleados públicos que al 2 de diciembre de 2014 estuvieren desempeñando empleos de conformidad con normas anteriores, para todos los efectos legales, y mientras permanezcan en los mismos empleos, o sean trasladados o incorporados a cargos equivalentes o de igual denominación y grado de remuneración, no se les exigirán los requisitos establecidos en el presente Título.

Por otro lado, la Ley 190 de 1995, dispuso:

“ARTICULO 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”.

Por su parte, la Ley 1952 de 2019, señala:

“ARTÍCULO 38. DEBERES. Son deberes de todo servidor público:

(...)

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

(...)

ARTÍCULO 39. PROHIBICIONES. A todo servidor público le está prohibido:

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 último, el Decreto 1083 de 2015, señala:

“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:

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.

Verificar directamente los antecedentes fiscales, disciplinarios y judiciales del aspirante, dejando las constancias respectivas. “

De acuerdo a las normas anteriormente referidas, en las entidades del Estado, en consonancia con el manual de funciones y requisitos, como instrumento de administración de personal, se establecen las funciones y los requisitos exigidos para el desempeño de los empleos que conforman la planta de personal para una institución.

En el mencionado instrumento, se pormenorizan los requisitos mínimos de los empleos en términos de conocimiento, experiencia habilidades y aptitudes, para la búsqueda y selección de personal, con los perfiles adecuados para ocuparlos; por tal razón quien va a desempeñar un empleo público debe cumplir con los requisitos específicos del cargo, definidos por cada organización en dicho manual.

Por lo tanto, es deber de todo funcionario público acreditar los requisitos exigidos por la ley, y los manuales internos para llevar a cabo posesión y desempeñar el cargo, razón por la cual la Ley prohíbe nombrar o designar, en cargos públicos, personas que no reúnan los requisitos constitucionales, legales o reglamentarios, o darles posesión a sabiendas de tal situación.

En consecuencia, en el evento en que se haya efectuado un nombramiento sin el cumplimiento de los requisitos establecidos para el cargo, de conformidad con lo indicado en su consulta, se deberá aplicar el procedimiento señalado en el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, es decir se deberá efectuar la revocatoria del nombramiento, por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial, quien tiene la facultad nominadora en estos empleos.

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.

Por lo tanto, teniendo en cuenta los artículos previamente referidos, que hacen referencia a los deberes y prohibiciones de los servidores públicos, y la información relacionada en su comunicación, la persona sobre la cual versa su consulta, presuntamente a trasgredido las disposiciones contenidas en estos artículos, por lo tanto la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Entidad, deberá adelantar la correspondiente actuación a efectos de determinar si hubo comisión de faltas disciplinarias, garantizando el derecho al debido proceso.

Ahora, en torno a la condición de sujeto prepensionado, la Corte delimitó el concepto para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador, en la sentencia C-795 de 2009:

*“(i) [Definición de prepensionado:] (...) tiene la condición de prepensionado para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de procesos de renovación de la administración pública, el servidor público próximo a pensionarse al cual le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”.*

*“(ii) El momento a partir del cual se [debe contabilizar] el parámetro temporal establecido para definir la condición de prepensionado (...) En relación con el (...) momento histórico a partir del cual se contabilizarían esos tres (3) años [previos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez], este debe adecuarse al nuevo contexto normativo generado por la expedición de la Ley 812 de 2003 y el pronunciamiento de la Corte efectuado en la sentencia C-991 de 2004 sobre esta norma. En ese nuevo marco, la jurisprudencia ha estimado que el término de tres (3) años o menos, debe contabilizarse a partir de la fecha en que se declara la reestructuración de la entidad de la administración pública”*

(...)

*Bajo tal entendimiento, la Corte Constitucional ha precisado que el fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los “prepensionados” no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional, es decir, “opera para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público”; así las cosas, sostuvo que la mencionada estabilidad no solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad, o en el marco de los procesos de reestructuración de la Administración Pública (retén social), siendo estos casos, apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales involucrados por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse.*

*Es por lo anterior que la estabilidad laboral de los prepensionados se convierte en un imperativo constitucional en cada uno de los escenarios en que se materialice alguna de las causales que lleven al retiro del servicio, evento en el cual, será necesario efectuar un ejercicio de ponderación entre los derechos al mínimo vital e igualdad de los pre pensionados y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de*

*no afectar el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión<sup>9</sup>.*

*Al respecto, la Subsección A de la Sección Segunda de la Corporación, ha sostenido que el simple hecho de estar próximo a consolidar el status pensional, con el cumplimiento de los requisitos legales, no produce un fuero de estabilidad relativa en el empleo de libre nombramiento y remoción; lo anterior, implica que en cada caso particular y concreto, será necesario que el nominador analice la situación en la que se encuentra el empleado, en aras de realizar una ponderación razonable, adecuada y proporcionada al momento de ejercer la facultad discrecional, con el fin de materializar el interés general del buen servicio público pero sin afectar la protección especial del personal próximo a ser pensionado.*

(...)

*a. La protección especial de estabilidad laboral conferida a quienes están próximos a consolidar el status pensional, es aplicable tanto a empleados en provisionalidad, como a empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera, respecto de cualquier escenario que materialice una causal objetiva de retiro del servicio.*

*b. Al ejercer la potestad discrecional de libre nombramiento y remoción, la administración deberá tener en cuenta que la protección especial de quienes están próximos a consolidar el status pensional es un imperativo constitucional, razón por la cual es necesario que el nominador realice un ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales de los pre pensionados (mínimo vital, igualdad, seguridad social) y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de tomar la decisión más “adecuada a los fines de la norma que la autoriza” y “proporcional a los hechos que le sirven de causa”, buscando en lo posible, armonizar el ejercicio de la facultad discrecional del literal a) del Artículo 41 de la Ley 909 de 2004 con las disposiciones que consagran la protección especial de los sujetos que están próximos a pensionarse.*

*c. La protección especial en razón a la condición de sujeto “pre pensionado”, resulta aplicable siempre y cuando el servidor público esté próximo a pensionarse, es decir, le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”, por lo tanto, quien para la fecha de retiro del servicio ya tiene consolidado su estatus pensional, no se encuentra en la situación fáctica de sujeto pre pensionable, aunque sí goza de otro tipo de garantía otorgada por el legislador para la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social, la cual se encuentra establecida en la Ley 797 de 2003, en su Artículo 9, parágrafo 1, al establecer que los fondos encargados tienen el deber de reconocer la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho, motivo por el cual la persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión. (Resaltado fuera de texto)*

*De conformidad con lo dispuesto en la normativa y jurisprudencia transcritas, la condición de prepensionado se adquiere y resulta aplicable siempre y cuando el servidor público esté próximo a pensionarse, es decir, le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez.*

En este orden de ideas, y atendiendo a su interrogante esta Dirección Jurídica considera que de acuerdo con dicha normativa, sin perjuicio de que el servidor público que considere encontrarse en este grupo adjunte los documentos que acreditan la condición que invoca, los jefes de personal o quienes hagan sus veces deben verificar que a los servidores que puedan encontrarse en estas circunstancias en efecto les falten tres (3) años o menos para reunir los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez, y expedir constancia escrita en tal sentido, y el jefe del organismo o entidad podrá verificar la veracidad de los datos suministrados por el destinatario de la protección.

Para el caso concreto, aún si se determina que el funcionario público en cuestión cumple con las condiciones para catalogarlo como sujeto prepensionado, considera esta Dirección Jurídica que la revocatoria del nombramiento por no cumplir los requisitos legales para ocupar el cargo es un justa causa para desvincular al servidor público.

Con respecto al fuero sindical del empleado a que se refiere su consulta, le informo que de conformidad con el Artículo 405 del Código Sustantivo de Trabajo, el fuero sindical se define así:

*“ARTÍCULO 405. DEFINICION. Se denomina “fuero sindical” la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo”.*

*El Artículo 406 del Código Sustantivo de Trabajo, modificado por el Artículo 12 de la Ley 584 de 2000 señala quiénes están amparados por el fuero sindical, a la vez que el Parágrafo 1 dispone que los servidores públicos gozan de la garantía del fuero sindical, exceptuando aquellos servidores que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración.*

El trámite para obtener esta autorización o sea el permiso para despedir está reglamentado en el Artículo 44 de la Ley 712 de 2001, así:

"ARTÍCULO 44. El Artículo 113 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social quedará así:

*II. Fuero sindical*

"ARTÍCULO 113. *Demanda del empleador. La demanda del empleador tendiente a obtener permiso para despedir a un trabajador amparado por fuero sindical, para desmejorarlo en sus condiciones de trabajo, o para trasladarlo a otro establecimiento de la misma empresa o a un municipio distinto, deberá expresar la justa causa invocada.*

*Con la certificación de inscripción en el registro sindical o la comunicación al empleador de la inscripción se presume la existencia del fuero sindical."*

De lo anterior se infiere que antes de retirar a un empleado que goza de fuero sindical, sea la causa que fuere, es obligatorio que la administración solicite el permiso ante el juez laboral.

En consecuencia, y atendiendo a su comunicación, esta Dirección Jurídica considera que si el empleado de que trata su consulta está amparado por el fuero sindical, la Entidad solo podrá proceder con el retiro del servicio del funcionario mediante revocatoria del nombramiento por no cumplir con los requisitos para ocupar el cargo, previo fallo judicial en firme que declare el levantamiento de fuero sindical.

En todo caso se deberá dar inicio al correspondiente proceso disciplinario y garantizar el derecho de defensa.

Ahora procederemos a dar respuesta a sus interrogantes en concreto del siguiente modo:

Para las preguntas: 1) ¿Que implicaciones tendría para el funcionario esta situación teniendo en cuenta que según su profesión es del área de las ciencias humanas y no de la salud según el SNIES, teniendo como tiempo de servicio más de 15 años. 2) ¿Da lugar a una revocatoria de nombramiento para el funcionario? y 3) ¿Se le violaría algún derecho al funcionario? me permito responder:

De acuerdo a la normativa citada previamente, en el caso en que un funcionario sea posesionado en un cargo sin el lleno de los requisitos legales para su desempeño procederá la revocatoria del nombramiento en los términos del artículo 5 de la Ley 190 de 1995, es decir se deberá efectuar la revocatoria del nombramiento, por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial, quien tiene la facultad nominadora en estos empleos.

Del mismo modo serán aplicables las sanciones disciplinarias a que haya lugar, teniendo en cuenta la obligación de la administración de respetar las garantías del debido proceso en aras de no vulnerar los derechos del trabajador.

No obstante, deberá tenerse en cuenta lo señalado en el artículo 2.2.3.10 por lo que, a los empleados públicos que al 2 de diciembre de 2014 estuvieren desempeñando empleos de conformidad con normas anteriores, para todos los efectos legales, y mientras permanezcan en los mismos empleos, o sean trasladados o incorporados a cargos equivalentes o de igual denominación y grado de remuneración, no se les exigirán los requisitos establecidos en el Decreto 1083 de 2015.

4) Qué implicaciones tiene para la entidad esta situación?

De acuerdo con lo señalado en acápites anteriores, los funcionarios de la entidad podrán ser sujetos de sanciones disciplinarias 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.

5) Cuál deberá ser el proceder de esta entidad teniendo en cuenta que al momento de elaborar su resolución de nombramiento, posesionar a la funcionaria, asignarles funciones y luego de la reestructuración seguir en la misma situación y teniendo en cuenta que los funcionarios que generaron todos esos documentos de esa época ya no son los mismo que están actualmente? Observación: El funcionario tiene más de 15 años de servicio, tiene fuero sindical y tiene la edad de 56 años.

Reiterando lo indicado en el cuerpo del concepto, la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Entidad deberá adelantar la correspondiente actuación a efectos de determinar si hubo comisión de faltas disciplinarias, garantizando el derecho al debido proceso de los funcionarios a que haya lugar, del mismo modo deberá proceder con el trámite de revocatoria del nombramiento por no cumplir con los requisitos para el desempeño del cargo, finalmente en caso de que exista fuero sindical en cabeza del funcionario, deberá procederse con el trámite judicial

respectivo para obtener el levantamiento de este.

No obstante, deberá tenerse en cuenta lo señalado en el artículo 2.2.3.10 por lo que, a los empleados públicos que al 2 de diciembre de 2014 estuvieren desempeñando empleos de conformidad con normas anteriores, para todos los efectos legales, y mientras permanezcan en los mismos empleos, o sean trasladados o incorporados a cargos equivalentes o de igual denominación y grado de remuneración, no se les exigirán los requisitos establecidos en el Decreto 1083 de 2015.

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: María Laura Zocadagui

Reviso: Maia Valeria Borja

Aprobó: Armando Lopez C

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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

"Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004"

Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el objeto de erradicar la corrupción administrativa

Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario.

Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:26:32*