



Función Pública

Concepto 80881 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000080881

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000080881

Fecha: 14-03-2019 07:41 am

Bogotá D. C

REF.: RETIRO DEL SERVICIO. Empleada embarazada que no cumple requisitos para ejercicio del cargo. RAD. 20199000055652 del 14 de febrero de 2019.

En atención a la consulta de la referencia, mediante la cual consulta si es procedente la revocatoria del nombramiento de una empleada que se encuentra embarazada y que no cumple los requisitos para el ejercicio del empleo y, me permito manifestarle lo siguiente:

El Decreto 1083 de 2015¹, establece:

“ARTÍCULO 2.2.5.1.4 Requisitos para el ejercicio del empleo. Para ejercer un empleo de la Rama Ejecutiva del poder público se requiere:

1.- Reunir los requisitos y competencias que la Constitución, la ley, los reglamentos y los manuales de funciones y de competencias laborales exijan para el desempeño del empleo. (...)” (Subrayado nuestro)

(Decreto 1950 de 1973, art. 25)

La Ley 909 de 2004² 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 adicionen o modifiquen;(…)*”

A su vez, la Ley 734 de 2002³, señala:

“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, el artículo 5 de la Ley 190 del 6 de junio de 1995⁴, estableció:

“I. REGIMEN DE LOS SERVIDORES PUBLICOS

A. *Control sobre el reclutamiento de los servidores públicos*

(…)

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.” (Subrayado fuera de texto)

El inciso primero del Artículo 5° de la Ley 190 de 1995 fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-672 del 28 de junio de 2001, Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis, 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.

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. (Subrayas fuera del texto)

(…)

Es decir que para esta Corporación, atendiendo el principio de buena fe y la presunción de legalidad que ostentan los actos de la administración⁵, 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 firme⁶, salvo una evidente violación del ordenamiento jurídico, un acto de carácter particular y concreto solo podrá ser revocado con el consentimiento expreso del particular.

-

(...)

Si la persona que asumió el cargo sin el cumplimiento de los requisitos obró de buena fe, circunstancia que ha de presumirse⁷, 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.

-

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 señala:

“Revocación directa de los actos administrativos

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 petitionerario 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.”

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, 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 previo consentimiento expreso del particular para la revocatoria del acto particular y concreto como es el nombramiento. En el evento de que la empleada no de su consentimiento, la administración deberá proceder a demandar el acto administrativo.

En ese orden de ideas, la Entidad debe 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.

Ahora bien, para abordar y responder su interrogante sobre la homologación de la formación académica de especialización con la experiencia laboral, es preciso indicar que para ser comisario de familia, la Ley 1098 de 2006, *por medio de la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*, estableció:

ARTÍCULO 85. Calidades para ser comisario de familia. Para ser comisario de Familia se requieren las mismas calidades que para ser Defensor de Familia.

ARTÍCULO 80. Calidades para ser Defensor de Familia. Para ser Defensor de Familia se requieren las siguientes calidades:

- 1. Ser abogado en ejercicio y con tarjeta profesional vigente.*
- 2. No tener antecedentes penales ni disciplinarios.*
- 3. Acreditar título de posgrado en Derecho de Familia, Derecho Civil, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Procesal, Derechos Humanos, o en Ciencias Sociales siempre y cuando en este último caso el estudio de la familia sea un componente curricular del programa. (Subrayas y negrillas fuera del texto)*

Por su parte, el Decreto Ley 785 de 2005⁸, contempla:

ARTÍCULO 24. Requisitos determinados en normas especiales. Para el ejercicio de los empleos correspondientes a los diferentes niveles jerárquicos, que tengan requisitos establecidos en la Constitución Política o en la ley, se acreditarán los allí señalados. (Negrilla y subrayas fuera del texto)

En consecuencia, debido a que los requisitos para ejercer el empleo de comisario de familia, están taxativamente contenidos en una ley especial (Ley 1098 de 2006) y entre ellos no se establece la equivalencia de formación académica con experiencia laboral, no es procedente realizar la mencionada equivalencia del título de posgrado por experiencia.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la empleada objeto de la consulta se encuentra embarazada, es pertinente señalar lo siguiente:

El Decreto 1083 de 2015, consagra la prohibición de despido de la empleada embarazada, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 2.2.31.1 Prohibición de despido.

- 1. Ninguna empleada pública ni trabajadora oficial podrá ser despedida por motivos de embarazo o lactancia.*
- 2. Durante el embarazo y los tres (3) meses subsiguientes a la fecha del parto o aborto, solamente podrá efectuarse el retiro de la empleada*

por justa causa comprobada y mediante la autorización expresa que al efecto deberá solicitarse del respectivo Inspector del Trabajo, cuando se trate de trabajadoras vinculadas por contrato de trabajo.

Si la empleada pública estuviere vinculada por una relación de derecho público, se requerirá para tal efecto resolución motivada de la correspondiente entidad nominadora. (Subrayas fuera del texto)

Conforme con esta disposición, el retiro de una empleada pública en estado de embarazo requerirá de la expedición de una resolución motivada por parte de la entidad nominadora, sin embargo, está prohibido retirarla del servicio por motivos de embarazo.

Sin embargo, se recuerda que el literal “j” del artículo 41 de la ley 909 de 2004, en relación con las causales de retiro del servicio de los empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, estableció la 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;

En el presente caso, dado que el posible retiro del servicio de la empleada se daría como consecuencia del procedimiento de revocatoria del nombramiento, en virtud de la aplicación del artículo 5 de la Ley 190 de 1995, por el no cumplimiento de requisitos, si una vez concluida la actuación administrativa correspondiente en la que se garantizó el debido proceso a la empleada, de conformidad con la Ley, se determina que efectivamente no cumple con los requisitos para el desempeño del empleo, será procedente dar cumplimiento a la normativa que se ha dejado indicada.

En este caso, la desvinculación de la empleada ocurre en razón a una causa legal, como es la revocatoria del nombramiento en virtud del artículo 5 de la Ley 190 de 1995, por el no cumplimiento de requisitos para el desempeño del cargo y no por motivos de embarazo.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link «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.

Cordialmente,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con funciones de la Dirección Jurídica

ACR / JFCA / GCJ

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

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

2. "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"

3. *Por la cual se expide el Código Disciplinario Único*

4. *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.*

5. *Sentencia T-276/00 M.P. Alfredo Beltrán Sierra*

6. *Sentencia T-347/94 M.P. Antonio Barrera Carbonell.*

7. *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)*

8. *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.*

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:12:02