Función Pública

Concepto 101381 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000101381

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000101381

Fecha: 07/03/2022 05:17:17 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: FUERO SINDICAL. Levantamiento. Radicado: 20222060063302 del 2 febrero de 2022.

Reciba un cordial saludo,

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto en respuesta a la siguiente pregunta:

"¿Es procedente revocar un nombramiento de un empleado aforado sin previa autorización de un juez laboral, argumentando que no paso los requisitos mínimos y según lo dispuesto por el Decreto 760 del 2005 aunque aún no se ha expedido la lista de elegibles?"

1.FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

El Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector Función Público, 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.

Igualmente, la Corte Constitucional mediante SU-917 de 2010, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio sobre el tema de retiro de los provisionales, refiere:

En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, esto es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente. (…)

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. (Destacado fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, 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 debe prestar el empleado público.

Ahora bien, y teniendo en cuenta la garantía de fuero sindical de la que goza el empleado provisional, el artículo 24 del Decreto Ley 760 de 2005[1] dispone tres causales en las cuales no es necesaria la autorización judicial:

ARTÍCULO 24. No será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados amparados con fuero sindical en los siguientes casos:

24.1 Cuando no superen el período de prueba.

24.2 Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él.

24.3 Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupare los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito.

Por ende, el retiro del empleado procede cuando el empleado no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito según la lista de elegibles.

De otra parte, respecto al cumplimiento de nuevos requisitos a quien ya está posesionado, el Decreto 785 de 2005[2], establece:

Artículo 32. Expedición. La adopción, adición, modificación o actualización del manual específico se efectuará mediante acto administrativo de la autoridad competente con sujeción a las disposiciones del presente decreto.

El establecimiento de las plantas de personal y las modificaciones a estas requerirán, en todo caso, de la presentación del respectivo proyecto de manual específico de funciones y de requisitos.

Corresponde a la unidad de personal de cada organismo o a la que haga sus veces, adelantar los estudios para la elaboración, actualización, modificación o adición del manual de funciones y de requisitos y velar por el cumplimiento de lo dispuesto en el presente decreto.

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», 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.

Conforme a lo anterior, corresponde a la unidad de personal de cada organismo adoptar o modificar el manual de funciones conforme a las funciones y los requisitos exigidos para cada uno de los empleos. En caso de haberse realizado nombramiento sin el cumplimiento de los mismos se debe solicitar su terminación o proceder a la revocatoria.

2.RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, antes de dar respuesta a sus preguntas, es importante precisar que conforme a lo establecido en el Decreto 430 de 2016 este Departamento Administrativo tiene competencia para establecer directrices jurídicas en la aplicación las normas que guardan directa relación con la interpretación general de aquellas expresiones que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación; sin que tales atribuciones comporten, de manera alguna, la definición de casos particulares que se presenten al interior de las diferentes entidades, ni tiene competencia para emitir concepto sobre los actos administrativos o determinaciones proferidas por las mismas.

Así las cosas, las respuestas a su consulta harán referencia al fundamento legal previamente descrito, sin que por este hecho las mismas, se encaminen a decidir en cada caso lo particular; por cuanto, tal competencia se le atribuye a la respectiva entidad nominadora por ser quien conoce de manera cierta y detallada la situación del personal a su cargo. Hecha esta aclaración, a continuación, nos referiremos a cada uno de los interrogantes propuestos en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

Para retirar al empleado aforado la entidad debe esperar a la expedición de la lista de los elegibles o de lo contrario, solicitar el levantamiento de la garantía de fuero sindical prevista en el artículo 39 de la Constitución Política de 1991 y en el artículo 12 de la Ley 584 de 2000[3].

Así mismo, se precisa que, si la modificación de los manuales de funciones se realiza con posterioridad a la posesión del servidor, en criterio de esta Dirección Jurídica no se considera viable que dichos requisitos sean exigidos al empleado que ya lo ejerce; no obstante, para su provisión definitiva mediante el concurso de méritos respectivo, se deben acreditar los nuevos requisitos contenidos en el manual de funciones correspondiente.

3.NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo – Ley 1437 de 2011.

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 botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en la web https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html encuentra la normativa expedida por el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el COVID–19.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Harold Israel Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1.«Por el cual se establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones»

2.«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»

3..«Por la cual se derogan y se modifican algunas disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo»

Fecha y hora de creación: 2025-12-20 04:58:38