



Concepto 23861 de 2015 Departamento Administrativo de la Función Pública

20156000023861

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20156000023861

Fecha: 13/02/2015 09:21:28 a.m.

Bogotá D. C.

REF.: RETIRO DEL SERVICIO. Incumplimiento de requisitos legales para tomar posesión de un cargo. Rad.: 20152060013172 de fecha 23 de enero de 2015.

En atención al oficio de la referencia, el cual fue remitido a esta entidad por parte del Ministerio del Trabajo, atentamente me permito efectuar el análisis respectivo a partir del siguiente planteamiento jurídico:

PLANTEAMIENTO JURÍDICO

¿Resulta procedente retirar del servicio, a una persona vinculada en provisionalidad que se posesionó en un empleo sin los requisitos de estudio contemplados en el Manual de Funciones y Competencias Laborales de la entidad?

FUENTES FORMALES

Con el objeto de abordar el tema sometido a estudio, es necesario mencionar las disposiciones legales que a continuación se relacionan:

. Artículo 122 de la Constitución Política.

. Artículos 34 y 35 de la Ley 734 de 2002.

. Artículo 5 de la Ley 190 de 1995.

. Artículos 25 y 41 de la Ley 909 de 2004.

. Artículo 10 del Decreto 1227 de 2005.

ANÁLISIS

Para abordar el planteamiento jurídico es indispensable realizar un análisis de los siguientes temas: (1) Desvinculación de los empleados en provisionalidad. (2) Cumplimiento de requisitos para el desempeño de empleos públicos.

(1) Retiro de los empleados nombrados en provisionalidad

Con relación a la desvinculación de empleados nombrados en la modalidad provisional en empleos públicos de carrera administrativa, es importante tener en cuenta que la Ley 909 de 2004 establece la procedencia de este tipo de nombramientos en el artículo 25, así:

“ARTÍCULO 25. Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.”

Con respecto a la terminación del nombramiento provisional, el Decreto 1227 de 2005, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998, señala:

“ARTÍCULO 10. 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.”

Este Departamento Administrativo ha venido conceptuando que el retiro de los empleados provisionales procede siempre y cuando se motive. La normatividad citada está ajustada a la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹, en la cual se ha sostenido que el empleado provisional debe conocer las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que ejerzan su derecho de contradicción.

El Acto de Insubsistencia de un nombramiento Provisional a partir de la expedición del Decreto 1227 de 2005 debe ser motivado, en este sentido lo ha interpretado en diversos fallos la Corte Constitucional, dentro de los cuales se resalta la Sentencia T-289 de 2011², en la cual señala:

“3.2.3. Protección constitucional a empleados en provisionalidad en cargos de carrera. Reiteración.

La Corte Constitucional a través de reiterada jurisprudencia, ha considerado la situación de aquellas personas que han sido nombradas en provisionalidad para ocupar cargos de carrera administrativa, toda vez que las circunstancias de vinculación y retiro del servicio se dan en condiciones que no son equiparables a las de los funcionarios públicos de libre nombramiento y remoción^[17] y los funcionarios inscritos en carrera administrativa^[18].

(...)

La jurisprudencia constitucional ha reconocido que si bien los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no gozan del fuero de estabilidad que ampara a quienes han ingresado al servicio mediante concurso de méritos, sí tienen cierto grado de estabilidad laboral, en la medida en que no pueden ser removidos de sus empleos mientras i) no sean sujetos de una sanción disciplinaria o ii) se provea el cargo respectivo a través de concurso y iii) la desvinculación se produzca mediante un acto motivado. En sentencia T-800 de 1998^[21], la Corte Constitucional expuso:

La facultad con que cuentan los órganos y entidades del Estado para desvincular a sus servidores depende del tipo de sujeción que éstos tengan con la Administración. Los que ocupan cargos de carrera administrativa, por haberse vinculado mediante calificación de méritos, tienen una estabilidad laboral mayor que la de los servidores que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción; ésta se traduce en la imposibilidad que tiene el ente nominador de desvincularlos por razones distintas a las taxativamente previstas en la Constitución y la Ley.

En cambio, la estabilidad de los servidores que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción es, por así decirlo, más débil, ya que pueden ser separados del mismo por voluntad discrecional del nominador, según lo exijan las circunstancias propias del servicio. Aunque a la luz de la Constitución y la jurisprudencia, se trata de un régimen excepcional, debido al grado de flexibilidad y a la preeminencia del factor discrecional que reposa en cabeza del nominador, el régimen legal tiene previsto un control judicial de los actos de desvinculación para evitar posibles abusos de autoridad.

No obstante, cabe aclarar que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad. La Administración sólo podría desvincularlo por motivos disciplinarios o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar.

(...)

La regla impuesta por la Corte Constitucional en sus diferentes fallos es que, quien ocupe un cargo de carrera en provisionalidad debe gozar del derecho a que el acto administrativo encaminado a declarar su insubsistencia, pueda tenerse como válido sólo cuando haya sido motivado^[24], toda vez que solo razones de interés general pueden conducir a la desvinculación. Por ello, quien goza de la facultad nominadora no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para tales efectos^[25]. Justa causa que debe ser expuesta en el acto administrativo de desvinculación. Al respecto, en sentencia de unificación SU-917 de 2010^[26], se concluyó:

En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas. (Subrayado fuera de texto)

- En primer lugar, el respeto a los principios constitucionales antes mencionados (Estado de derecho, garantía del derecho fundamental al debido proceso, principios democrático y de publicidad en el ejercicio de la función pública) exige motivar los actos de retiro de los cargos de provisionalidad.

- En segundo lugar, no existe ninguna ley o norma con fuerza material de ley que exonere a los nominadores del deber de señalar las razones para el retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad, por lo que debe apelarse a la regla general antes mencionada sobre la motivación de los actos administrativos.

- En tercer lugar, el artículo 125 de la Constitución señala que las causales de retiro de los servidores públicos son las contempladas en la propia Carta Política o en la ley, de manera que el administrado debe tener la posibilidad de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejerce un cargo en provisionalidad. Aquí es importante precisar que “las excepciones a este principio general únicamente pueden ser consignadas por vía legal o constitucional”, de manera que ni los decretos reglamentarios ni los demás actos administrativos pueden servir como sustento normativo para incumplir este mandato. Al respecto, apoyado en el artículo 125 Superior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del

Consejo de Estado ha considerado que “sólo el Legislador tiene competencia para señalar los motivos y el procedimiento que pueden dar lugar a la separación del cargo, por lo que la administración no puede a su arbitrio disponer el retiro de sus servidores”.

En concordancia con ello, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público y la carrera administrativa, reconoció expresamente, que la competencia para el retiro de los empleos de carrera es “reglada” y “deberá efectuarse mediante acto motivado”, mientras que para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción aceptó la competencia “discrecional” mediante “acto no motivado”. Cabe aclarar, en consecuencia, que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 no existe duda alguna respecto al deber de motivación de dichos actos.

- En cuarto lugar, el hecho de que un funcionario ejerza un cargo en provisionalidad no lo convierte en uno de libre nombramiento y remoción, por lo que no tiene cabida esa excepción al deber de motivar el acto de insubsistencia. En este sentido la Corte precisa que aun cuando los servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no tienen las garantías que de ella se derivan, porque no han superado las etapas para proveer un empleo en forma definitiva (especialmente a través del concurso de méritos), lo cierto es que si tienen el derecho a la motivación del acto de retiro, que constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al estado de derecho y del control a la arbitrariedad de la administración, y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera.

En síntesis, la Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador tiene la obligación de motivar el acto mediante el cual pretende la desvinculación, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión, sólo así podrá optar porque la jurisdicción de lo contencioso juzgue la juricidad de los motivos expuestos por la administración.

(...)

En conclusión, para esta Sala de Revisión es necesario hacer prevalecer la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha mantenido invariable desde el año 1998, según la cual el acto administrativo por medio del cual se desvincula a una persona que viene ocupando provisionalmente un cargo de carrera debe ser motivado, en defensa de derechos fundamentales como el debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia, así como para hacer prevalecer los principios que rigen la función administrativa tales como el de la igualdad, la transparencia y la publicidad, entre otros. (Negrita y subrayado fuera del texto).

Así las cosas, la Corte Constitucional ha mantenido su posición desde hace más de diez años en el sentido de instruir que los nombramientos provisionales, podrán ser terminados de acuerdo con las causales señaladas:

- Como resultado de una sanción de tipo disciplinario.
- Cuando el cargo respectivo se vaya a proveer por utilización de lista de elegibles obtenida a través de concurso de méritos.
- Cuando se declare mediante Acto Administrativo motivado, el cual deberá garantizar el debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia, así como los demás principios que rigen la función administrativa.

En este sentido, la Corte Constitucional emitió la sentencia de unificación SU-917 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, en la cual señaló:

“...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, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.

“(...)”

Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa^[66] 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 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”. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Finalmente, le remito copia de la Circular Conjunta No. 00000032 del 3 de agosto de 2012 expedida por el Ministerio del Trabajo y el Departamento Administrativo de la Función Pública en donde se dan orientaciones sobre el retiro de empleados con nombramiento provisional.

(2) Cumplimiento de requisitos para el desempeño de empleos públicos.

El Decreto 1950 de 1973, Por el cual se reglamentan los decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil, establece en sus artículos 25, 45 y 105, lo siguiente:

“ARTÍCULO 25. Para ejercer un empleo de la Rama Ejecutiva del Poder Público se requiere:

a) Reunir las calidades que la Constitución, la Ley, los Reglamentos y los Manuales de funciones exijan para el desempeño del empleo (...).”(Subrayado fuera de texto)

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, dispone:

“ARTÍCULO 23. Clases de nombramientos. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley.”

A su vez, la Ley 734 de 2002, Por la cual se expide el Código Disciplinario Único, expresa en el capítulo relativo a los deberes de los servidores públicos lo siguiente:

“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.”

De acuerdo con lo anterior, una de las condiciones para ejercer un empleo de la Rama Ejecutiva del Poder Público es reunir las calidades que la Constitución, la ley y los manuales de funciones y competencias laborales.

Es importante tener en cuenta que el hecho de no acreditar los requisitos del empleo, conlleva al retiro del servicio del empleado. Así lo señaló la Ley 909 de 2004:

“ARTÍCULO 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;(...)”

Por su parte, el artículo 5 de la Ley 190 del 6 de junio de 1995, 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, 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 hecho de no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, constituye una causal de retiro del servicio por revocatoria del nombramiento, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen

CONCLUSIONES:

En armonía con lo dispuesto en las normas anteriormente transcritas, esta Dirección Jurídica ha sido consistente en manifestar que para el ejercicio de un empleo público, el servidor público, al momento de la posesión, deberá cumplir con los requisitos que se exigen en la norma o en el manual de funciones y requisitos que tenga adoptado la entidad, sin que sea viable que dicho cumplimiento se pueda acreditar con el transcurso del tiempo.

Así las cosas, y como quiera que según su escrito el servidor público al momento de su posesión no acreditó los requisitos de formación académica, la administración debe proceder a dar cumplimiento a las normas que se han relacionado en el presente concepto.

En ese sentido, es importante tener en cuenta que el retiro de un empleado público por el no cumplimiento de los requisitos que se exigen para el ejercicio de un empleo público constituye una causal legal de retiro del servicio, consagrada en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

Finalmente es importante tener en cuenta, que la entidad no puede exigirle nuevos requisitos al empleado mientras aquel permanezca en el mismo empleo, o sea trasladado o incorporado a un cargo equivalente o de igual denominación y grado de remuneración, pues ellos ya fueron reunidos en el momento de la posesión inicial.

Por lo tanto, la administración no deberá exigir requisitos adicionales a los ya acreditados por los empleados al realizar ajustes de plantas de personal o traslados, más aun cuando al momento de la vinculación el empleado cumplía con los requisitos.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ LEON

Directora Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ Ver entre otras las sentencias, la SU-250 de mayo 26 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-884 de octubre 17 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-1011 de octubre 29 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T-951 de octubre 7 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1240 del 9 de diciembre de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil ;T-031 de enero 21 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-257 de marzo 30 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-432 de junio 1º de 2006, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

² Referencia: expediente T- 2.882.988 Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, Bogotá D.C., catorce (14) de abril de dos mil once (2011).

Anexos: Lo enunciado

Ernesto Fagua – MLH / GCJ

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 10:56:49