



Departamento Administrativo de la Función Pública

Concepto 523731

Fecha: 23/10/2020

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO. Requisitos. Radicado: 20209000468892 del 23 de septiembre de 2020

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta:

“Si un secretario de despacho de la alcaldía X fue nombrado y posesionado sin cumplir requisitos establecidos en el manual de funciones, ya que el título universitario que posee no lo relaciona el manual, (tiene un título diferente de los que exigen para el cargo) además no tiene el tiempo exigido de experiencia, como tampoco conocimientos en los temas específicos que requiere el cargo en el manual. PREGUNTO: ¿QUE SE DEBE HACER? ¿SE ESTA INCURRIENDO EN UNA FALTA DISCIPLINARIA? ¿SE DEBE RETIRAR EL SECRETARIO? ¿QUE NORMA CONSTITUCIONAL, LEGAL O REGLAMENTARIA SE ESTA VULNERANDO?”

Atentamente, nos permitimos manifestarle lo siguiente:

Sobre el particular es preciso señalar 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.

Por lo tanto, es importante precisar que las competencias relativas a establecer las directrices jurídicas para la aplicación de las normas, 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.

No obstante, lo anterior, nos referiremos al fundamento legal que se debe tener en cuenta para efectos del nombramiento en los empleos:

El Decreto Ley 785 de 2005, «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», indica:

«ARTÍCULO 2. NOCIÓN DE EMPLEO. Se entiende por empleo el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

Las competencias laborales, funciones y requisitos específicos para su ejercicio serán fijados por las autoridades competentes para crearlos, con sujeción a lo previsto en el presente decreto-ley y a los que establezca el Gobierno Nacional, salvo para aquellos empleos cuyas funciones y requisitos estén señalados en la Constitución Política o en leyes especiales». (Subrayado fuera de texto)

La Ley 734 de 2002, «Código Único Disciplinario», establece:

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.

(...)

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.

(...).

Así mismo, 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 objeto de erradicar la corrupción administrativa», expresa:

«**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 último, el Decreto 1083 de 2015, «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública», 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:

1. 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.

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

PARÁGRAFO 1. No se podrán exigir al aspirante constancias, certificaciones o documentos para el cumplimiento de los requisitos que reposen en la respectiva entidad.

PARÁGRAFO 2. Cuando los requisitos para el desempeño de un cargo estén señalados en la Constitución, la ley o los decretos reglamentarios, los manuales de funciones y de competencias laborales se limitarán a hacer transcripción de los mismos, por lo que no podrán establecer otros requisitos.

PARÁGRAFO 3. Quienes hayan adelantado estudios de pregrado o de postgrado en el exterior, podrán acreditarlos con la presentación de los certificados expedidos por la correspondiente institución de educación superior, de conformidad con lo señalado en el artículo 2.2.2.3.4 del presente Decreto.

PARÁGRAFO 4. Los nombramientos tendrán efectos fiscales a partir de la fecha de la posesión.

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

«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.

En uno y otro caso, como pasa a explicarse a continuación, se hace posible cumplir los objetivos fijados en la ley 190 de 1995 para la norma atacada, en el marco del debido proceso y el respeto al principio de buena fe que rige las actuaciones administrativas.

2.2 Las normas aplicables en materia de revocación de actos administrativos. El respeto del debido proceso y del principio de buena fe.

El Código Contencioso administrativo establece claramente un procedimiento aplicable para la revocación de los actos administrativos en el Título V del libro I (artículos 69 a 74)

Así según el artículo 69 procederá la revocatoria de los actos administrativos en los siguientes casos:

"ARTÍCULO 69. Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, 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".

El Código establece en relación con los actos de carácter particular y concreto que hayan creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría la obligación de obtener el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular para poder proceder a dicha revocatoria.

(...)

-

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

En una circunstancia de manifiesta ilegalidad, sin embargo, la aplicación del principio de buena fe deberá operar es en beneficio de la administración para proteger el interés público, pues en este caso la actuación fraudulenta con la que se dio origen o desarrollo a la actuación de la administración rompe la confianza legítima que sustenta la presunción de legalidad del acto expedido bajo tales circunstancias.

-

El acto administrativo que así lo declare deberá en todo caso hacer expresa mención de dicha circunstancia y de la totalidad de los elementos de juicio que llevaron al convencimiento de la administración, lo cual implica necesariamente la aplicación de un procedimiento que permita a la Administración reunir dichos elementos de juicio.

Al respecto la Corte constata que, de acuerdo con el Código Contencioso Administrativo, ya sea que la revocatoria proceda con o sin el consentimiento del particular, ésta está sometida en todo caso al procedimiento establecido en el artículo 74 del Código Contencioso Administrativo.

(...)

(...)

-

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

En el caso de que resulte manifiesta la utilización de medios ilegales no solamente procederá la revocatoria sin necesidad del consentimiento del implicado, respetando en todo caso el procedimiento señalado en el artículo 74 C.C.A., sino que serán aplicables

las sanciones a que haya lugar dentro del proceso penal o disciplinario respectivo, incluida la inhabilidad que establece el inciso segundo del artículo 5° atacado». (Subrayado fuera de texto)

La Corte Constitucional en sentencia T-224 del 21 de marzo de 2002, Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández, expresó:

«En la sentencia, se recordó la Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la revocatoria directa de un acto administrativo por medio del cual se creó una situación jurídica particular y concreta o se reconoció un derecho de igual categoría, y, al efecto, se indicó que la Corporación ha sostenido de manera reiterada (2) que la autoridad que expidió tal acto debe obtener el consentimiento expreso y escrito del titular de esa situación o ese derecho para poder proceder a revocarlo válidamente, salvo en los casos en los que la situación o derecho resulten del silencio administrativo positivo, se den las causales previstas en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, o fuere evidente que el acto se produjo por medios ilegales. Se precisó que este marco normativo general es relevante a nivel constitucional, por la consagración en el artículo 29 de la Carta Política de 1991 del debido proceso administrativo, como parte del derecho fundamental al debido proceso del que se hizo titular a toda persona.

Se puntualizó que no en todos los casos en los que el acto administrativo creó una situación particular y concreta o un derecho de igual categoría, y el titular de una u otro se niega a consentir en su revocación se ve precisada la autoridad que expidió dicho acto a demandarlo ante la jurisdicción contencioso administrativa, pues, según se había expuesto en la sentencia T-639 de 1996 (3), por ejemplo, la Corte fue muy clara al considerar que:

"Cuando la autoridad que ha proferido un acto administrativo de carácter particular y concreto, encuentra que el mismo se obtuvo con fundamento en actuaciones ilegales o fraudulentos, tiene la facultad de revocarlo, pues en este caso, el interés que prima es aquel que tiene el conglomerado social en que las actuaciones de la Administración no se obtengan por medios que vulneren el ordenamiento jurídico. Ello atenta contra el derecho que tiene la ciudadanía a que las actuaciones del Estado se adelanten en forma equitativa, respetando el derecho que tienen los asociados de acceder a la Administración en igualdad de condiciones, derecho que no puede claudicar en favor de quienes utilizan mecanismos contrarios a la ley para obtener un pronunciamiento favorable a sus intereses». (Subrayado fuera de texto)

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, 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 peticionario 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 95. Oportunidad. La revocación directa de los actos administrativos podrá cumplirse aun cuando se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda.

Las solicitudes de revocación directa deberán ser resueltas por la autoridad competente dentro de los dos (2) meses siguientes a la presentación de la solicitud.

Contra la decisión que resuelve la solicitud de revocación directa no procede recurso.

PARÁGRAFO. No obstante, en el curso de un proceso judicial, hasta antes de que se profiera sentencia de segunda instancia, de oficio o a petición del interesado o del Ministerio Público, las autoridades demandadas podrán formular oferta de revocatoria de los actos administrativos impugnados previa aprobación del Comité de Conciliación de la entidad. La oferta de revocatoria señalará los actos y las decisiones objeto de la misma y la forma en que se propone restablecer el derecho conculcado o reparar los perjuicios causados con los actos demandados.

Si el Juez encuentra que la oferta se ajusta al ordenamiento jurídico, ordenará ponerla en conocimiento del demandante quien deberá manifestar si la acepta en el término que se le señale para tal efecto, evento en el cual el proceso se dará por terminado mediante auto que prestará mérito ejecutivo, en el que se especificarán las obligaciones que la autoridad demandada deberá cumplir a partir de su ejecutoria.

ARTÍCULO 96. Efectos. Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para demandar el acto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo.

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 ese orden de ideas, le corresponde a la Entidad iniciar una actuación administrativa, informándole al servidor del inicio de la misma mediante una comunicación, dándole la oportunidad de controvertir la decisión, de pedir y aportar pruebas, solicitándole el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

El anterior procedimiento es viable, independientemente de si con el transcurso del tiempo el empleado dio cumplimiento al requisito de formación académica o experiencia.

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.

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.

Adicionalmente, en el link <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa que ha emitido el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el Covid-19.

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 LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. 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)

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.