



Concepto 288701 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000288701

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000288701

Fecha: 06/08/2021 02:35:21 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. RETIRO DEL SERVICIOS. Edad de retiro forzoso. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Encargo RADICACIÓN. 20219000553152 de fecha 30 de julio de 2021.

En atención a su petición contenida en el oficio de la referencia, por medio de la cual realiza varias consultas relacionadas con la edad de retiro forzoso, así como el cumplimiento de requisitos para ser encargado en un empleo, me permito manifestar lo siguiente frente a cada uno de sus interrogantes:

1. *"Si un servido cumple la edad de retiro forzoso (70 años), ¿Es posible retirarlo del servicio por esta causal aunque no haya realizado los trámites para su pensión o Debe esperarse hasta que inicie los trámites y el reconocimiento respectivo, sea por Colpensiones o por alguna de las empresas privadas?"*

La Ley 1821 de 2016, que modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas de 65 a 70 años. Esta ley señala:

"ARTÍCULO 1. Corregido por el Decreto 321 de 2017¹. La edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años. Una vez cumplidos, se causará el retiro inmediato del cargo que desempeñen sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna circunstancia.

Lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el Artículo 29 del Decreto ley 2400 de 1968, modificado por el Artículo 1 del Decreto-Ley 3074 de 1968".

En consecuencia, esta Ley amplía de 65 a 70 años la edad máxima para desempeñar funciones públicas en el Estado, a los servidores públicos que prestan sus servicios en las ramas del poder público, órganos autónomos e independientes, órganos de control, entidades o agencias públicas y a los particulares que cumplen funciones públicas, con excepción de los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el Artículo 29 del Decreto-ley 2400 de 1968, modificado por el Artículo 1 del Decreto-Ley 3074 de 1968.

Ahora bien, sobre la aplicación de la Ley 1821 de 2016, el Gobierno Nacional elevó consulta al Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, el cual emitió concepto del 8 de febrero de 2017, radicación No. 2326, señalando lo siguiente:

"Como se observa, esta parte de la norma, a pesar de las deficiencias que presenta en su redacción, contiene un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. El supuesto de hecho consiste en que una persona, a la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, "acceda" al ejercicio de funciones públicas o se encuentre ejerciéndolas y haya cumplido o cumpla los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación. La consecuencia jurídica, por su parte, consiste en que tal persona puede permanecer en el ejercicio de su cargo o de las funciones respectivas, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social. Aunque la norma no dice explícitamente hasta cuándo podría permanecer aquella persona en su cargo o en el ejercicio de las funciones que ejerce, la integración de esta disposición con el Artículo 1° de la misma ley, permite deducir, sin mayores esfuerzos, que puede hacerlo hasta llegar a la edad de retiro forzoso que la Ley 1821 establece (70 años).

Este entendimiento de la norma resulta confirmado especialmente por lo dispuesto en la última parte del Artículo y en los respectivos antecedentes legislativos.

En efecto, la parte final del Artículo estatuye: "A las personas que se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo, en los términos de la presente ley, no les será aplicable lo dispuesto en el parágrafo 3° del Artículo 9° de la Ley 797 de 2003". [...]

Merece la pena aclarar que la Ley 1821 no modificó ni suprimió la referida disposición de la Ley 100 de 1993, pues el cumplimiento de los requisitos para adquirir la pensión de jubilación en el régimen de prima media y la inclusión del empleado en la nómina de pensionados, siguen constituyendo justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal y reglamentaria, según el caso, para los trabajadores particulares y para aquellos servidores públicos que no "se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo" (por ejemplo si un servidor público, después de

reconocida la pensión y de ser incluido en nómina de pensionados, no manifiesta su deseo de permanecer en el cargo que ocupa y, en consecuencia, que se le postergue el pago de la respectiva pensión). [...]"

En este sentido, la "opción voluntaria de permanecer en el cargo" a que se refieren el Artículo 2° de la Ley 1821 de 2016, no es otra que la posibilidad de mantenerse en el empleo o en el ejercicio de las funciones públicas que se ejerzan hasta cumplir la edad de retiro forzoso, a pesar de haber completado los requisitos para pensionarse, en lugar de retirarse para disfrutar de la pensión de jubilación.

Ahora bien, el Decreto 1083 de 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, aduce:

"ARTÍCULO 2.2.11.1.7 Edad de retiro forzoso. A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, la edad de setenta (70) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo las excepciones señaladas en el Artículo 2.2.11.1.5.

Las personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 tuvieran 65 años o más y continúan vinculadas al servicio público, deberán ser retiradas del servicio. Lo anterior, por cuanto no son destinatarias de la regulación de que trata la citada ley."

La Corte Constitucional, en Sentencia T- 012 de 2009 referente al retiro del empleado que cumple la edad de retiro forzoso, preceptuó:

"Es por ello que la Corte debe precisar, tal y como se señaló, que si bien la fijación de una edad de retiro como causal de desvinculación del servicio es constitucionalmente admisible, su aplicación debe ser razonable de tal manera que, en cada caso concreto, responda a una valoración de las especiales circunstancias de los trabajadores, toda vez que ella no puede producir una vulneración de sus derechos fundamentales, máxime teniendo en cuenta que se trata de personas de la tercera edad, y que por esa causa merecen una especial protección constitucional. De otra forma, una aplicación objetiva de la medida, sin atender a las particularidades de cada situación, tendría un efecto perverso para sus destinatarios, porque podría desconocer sus garantías fundamentales de los trabajadores, en razón a que se les privaría de continuar trabajando y percibiendo un ingreso, sin que su solicitud de pensión hubiese sido decidida de fondo, avocándolos inclusive de manera eventual a una desprotección en lo relacionado con su servicio de salud.

Muestra de este propósito de protección del Estado a los trabajadores, es la expedición de normas por parte del legislador para proteger a personas que se encuentran en circunstancias similares a las del accionante en esta tutela, y garantizar sus derechos fundamentales.

Así, dimensionada la situación del accionante de manera integral, estima la Sala que la administración pública, vista en su conjunto, le ha infringido una vulneración grave de sus derechos. Por una parte, incumpliendo las normas en la materia, guarda silencio por un periodo superior a un año con respecto a la solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación elevada por el actor. Por otra parte, la administración procede a la desvinculación del accionante del servicio, conforme con una simple aplicación objetiva de las normas de retiro forzoso del servicio por cumplimiento de la edad de 65 años, sin hacer una valoración de sus circunstancias particulares, como son (i) la entera dependencia de su salario para la satisfacción de sus necesidades; y (ii) la falta de respuesta de fondo de la solicitud de pensión que había presentado, privándolo con ese proceder, desproporcionado e injustificado, de la posibilidad de percibir un ingreso que le permita proveerse su subsistencia y la de su familia, con lo cual se vulnera su derecho fundamental al mínimo vital." (Subrayado fuera de texto)

De lo anterior se puede concluir que la edad máxima para desempeñar funciones públicas en el Estado es de 70 años, a los servidores públicos que prestan sus servicios en las ramas del poder público, órganos autónomos e independientes, órganos de control, entidades o agencias públicas y a los particulares que cumplen funciones públicas, con excepción de los funcionarios de elección popular y los mencionados en el Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto ley 3974 de 1968.

Por lo tanto y conforme con las normas y jurisprudencias anteriormente citadas, esta Dirección Jurídica considera que aquel servidor público que ha cumplido la edad de 70 años, se encuentra inhabilitado para seguir trabajando en una entidad pública o vincularse como servidor público, excepto los casos permitidos por la Ley. Por lo tanto, el trabajador que cumpla 70 años deberá ser retirado del servicio.

2. Es posible que la entidad con la debida anticipación le sugiera que inicie sus trámites de pensión para que a la fecha de su retiro forzoso cuente con el reconocimiento e inclusión en nómina de pensionados sin que esto se considere acoso laboral?

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 tanto, este Departamento Administrativo, no es el competente para pronunciarse con relación al tema de su pregunta. Sin embargo, el competente para pronunciarse en torno a los presuntos actos de acoso laboral es el comité de convivencia laboral o la instancia creada para tal fin por la Administración, o la Procuraduría General de la Nación.

3. Si es un servidor aforado, debe solicitarse levantamiento del fuero sindical antes de poder retirarlo del servicio por edad de retiro forzoso?

La Corte Constitucional, en Sentencia C-563 de 1997, Magistrado Ponente, doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, expreso:

"El cumplimiento de la edad de retiro forzoso como causal para desvincular a un servidor público de su cargo se encuentra directamente consagrada por el Estatuto Superior para el caso de los magistrados de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (C.P., Artículo 233). De otra parte, el personal civil al servicio de la rama ejecutiva del poder público (Decreto 2400 de 1968, Artículo 1°) deberá ser retirado del servicio, sin posibilidad de reintegro, al cumplir los sesenta y cinco años de edad, según lo dispone el Artículo 31 del Decreto 2400 de 1968. Así mismo, la edad, como causal de retiro forzoso, se encuentra consignada en los regímenes especiales de administración de personal aplicables a los servidores de la rama judicial del poder público (Ley 270 de 1996, Artículo 149-4), del Ministerio Público (Ley 201 de 1995, Artículo 166-f), de la Contraloría General de la República (Ley 106 de 1993, Artículo 149-6) y de la Registraduría Nacional del Estado Civil (Decreto 3492 de 1986, Artículo 100-d).

"En efecto, la posibilidad de retirar a un servidor público de su empleo, una vez ha alcanzado una determinada edad fijada en la ley, es un instrumento de que disponen el legislador y la administración para lograr el principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos (C.P., Artículos 13 y 40-7) y el derecho al trabajo de los ciudadanos que aspiran a desempeñarse como trabajadores al servicio del Estado (C.P., Artículo 25)."

"En suma, es posible afirmar que la fijación de una edad de retiro forzoso como causal de desvinculación del servicio público, constituye una medida gracias a la cual el Estado redistribuye y renueva un recurso escaso, como son los empleos públicos, con la finalidad de que todos los ciudadanos tengan acceso a éste en condiciones de equidad e igualdad de oportunidades."

"En efecto, la restricción impuesta a los servidores públicos que cumplen la edad de retiro forzoso es compensada por el derecho que adquieren al disfrute de la respectiva pensión de jubilación (C.P., Artículo 48) y a las garantías y prestaciones que se derivan de la especial protección y asistencia que el Estado está obligado a dispensar a las personas de la tercera edad (C.P., Artículos 13 y 46), lo cual deja a salvo la integridad del indicado derecho fundamental."

"En los términos anteriores, se pronunció la Corporación al declarar la exequibilidad del Artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, el cual establece que el personal civil que presta sus servicios en la rama ejecutiva del poder público será retirado del servicio al cumplir los sesenta y cinco años de edad. En dicha oportunidad, la Corte anotó que, el retiro forzoso a los sesenta y cinco años de edad, constituye un mecanismo puesto al servicio de bienes constitucionales superiores tales como el acceso de todos, en igualdad de oportunidades, a los cargos públicos, sin que alcance a comprometer, de manera irrazonable o desproporcionada, los derechos fundamentales del grupo de trabajadores a quienes se aplica". (Subrayado fuera del texto)

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, en concepto de esta Dirección, el empleado público que ha cumplido 70 años de edad, está impedido para seguir laborando en una entidad pública o vincularse como servidor público, excepto los cargos permitidos por la Ley; Artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 y Artículo 1° del Decreto 583 de 1995.

Ahora bien, con relación al fuero sindical, de conformidad con el Artículo 405 del Código Sustantivo de Trabajo, se define así:

"ARTÍCULO 405. DEFINICION. <Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo 204 de 1957. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

Respecto del retiro de empleados públicos con fuero sindical, la Corte Constitucional mediante sentencia de Tutela T-203 de 2004 del 4 de marzo de 2004, Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández, señaló:

"El interrogante que se plantea entonces consiste en determinar si en los casos de supresión de cargos públicos, debido a la ejecución de un proceso de reestructuración de pasivos, la entidad pública debe o no acudir previamente ante el juez laboral con el propósito de que sea

levantado el fuero sindical, es decir, para que sea un funcionario judicial quien decida si tuvo o no ocurrencia una justa causa. La Sala de Revisión, siguiendo la jurisprudencia sentada por la Corte, considera que la respuesta es afirmativa, por las razones que pasan a explicarse.

Con posterioridad a la expedición de la Ley 362 de 1997, no existe duda alguna sobre la necesidad de la autorización judicial para afectar el fuero sindical de los empleados públicos. Más recientemente, en sentencia T-731 de 2001¹, con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, esta Corporación consideró lo siguiente:

“Al respecto es necesario resaltar que la ley en ningún momento establece que el permiso judicial previo para despedir trabajadores aforados no se aplique a los casos de reestructuración de entidades administrativas. Por el contrario, la garantía del fuero sindical, expresamente reconocida en el Artículo 39 de la Constitución, así como el derecho de asociación sindical son aplicables también a los servidores públicos. Al respecto, la Corte se pronunció, mediante la Sentencia C-593 de 1993 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), en la cual declaró inexecutable el Artículo 409 del Código Sustantivo del Trabajo, en la medida en que dicha disposición restringía el fuero sindical para quienes fueran empleados públicos. En dicha oportunidad, la Corte puso de presente la necesidad de un desarrollo legislativo que regulara lo referente al fuero sindical de esta categoría de trabajadores.” (subrayado fuera de texto)

En posteriores fallos, la Corte ha mantenido esas mismas consideraciones, razón por la cual, en la actualidad, existe una clara línea jurisprudencial en la materia. Así por ejemplo, en sentencia T-1334 de 2001, con ponencia del Magistrado Jaime Araujo Rentería, esta Corporación señaló lo siguiente:

“Acorde a lo anterior, se considera que si bien toda causa legal de retiro del servicio de un servidor público constituye una justa causa, esta no puede ser calificada motu proprio por la entidad estatal, sino que en virtud de la garantía constitucional del fuero sindical, se debe solicitar la calificación judicial de esa justa causa, al juez laboral a fin de que se pueda proceder a la desvinculación del servidor público en forma legal; de lo contrario, dicha omisión generaría una vulneración al debido proceso y a los derechos de asociación, libertad y fuero sindical, para cuya protección no debe acudir a la acción de tutela sino al mecanismo judicial idóneo y eficaz establecido por la ley, como lo es la acción de reintegro.”

Posteriormente, en sentencia T-1189 de 2001, con ponencia del Magistrado Jaime Araujo Rentería, la Corte abordó el tema de la acción de reintegro frente a la supresión de entidades públicas, en los siguientes términos:

“Vale decir, en los casos de supresión de una entidad estatal no resulta viable la acción de reintegro por sustracción de materia, a menos que la entidad suprimida sea sustituida por otra que comporte los mismos propósitos y funciones de la anterior. Evento en el cual la antigua planta de personal apenas si experimentaría una novedad que no implica solución de continuidad en la existencia de los cargos o empleos, sin perjuicio del cambio de denominación que pueda darse sobre los mismos. Por contraste, en los casos de simple reestructuración o modificación de plantas de personal el retiro de los servidores públicos aforados deberá ajustarse a las reglas del C.P.L., es decir, a la previa autorización del juez del trabajo, siendo por tanto procedente la acción de reintegro en los términos de ley.”

Más recientemente, en sentencia T- 1061 de 2002, con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, esta Corporación señaló lo siguiente en relación con la acción de reintegro:

“Como se aprecia, las normas que consagran el fuero sindical no son simples normas programáticas. Son disposiciones jurídicas garantistas (antes de carácter legal y ahora con respaldo constitucional) que se traducen en la imposibilidad de despedir o trasladar o desmejorar al trabajador aforado sin previa autorización judicial.”

En este orden de ideas, la Sala de Revisión considera que en los casos de reestructuración de pasivos de entidades públicas, la Administración tiene el deber de acudir previamente ante el juez laboral cuando quiera que sea necesario suprimir un cargo que viene siendo ocupado por un trabajador aforado. Así pues, el funcionario judicial determinará si el proceso de reestructuración constituye o no una justa causa para levantar la garantía constitucional del fuero a un dirigente sindical.

De tal suerte que no tramitar previamente una autorización judicial para despedir al trabajador aforado, incluso en los casos de reestructuración de pasivos, constituye una omisión que genera una vulneración al debido proceso y a los derechos de asociación, libertad y fuero sindicales. (Subrayado fuera del texto).

Frente al tema, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, dentro del expediente No. 43219-2498-99, siendo Consejero Ponente el Doctor Carlos A. Orjuela Góngora, consideró:

“Con arreglo al Artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo:

“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”

Es decir, que en hipótesis del empleado con fuero sindical su retiro estará siempre sujeto a la ocurrencia de una justa causa, previamente examinada y calificada por el juez del trabajo; de suerte que la decisión a tomar por parte del nominador no gozará de la autonomía e independencia que quiere dar a entender la entidad demandada, pues, como se ve, se trata de un acto reglado de expedición concurrente.

(...)

Sin que por otra parte sea dable inferir, por contraste, una supresión de dicha autorización judicial para el evento de los empleados no inscritos en el escalafón de carrera". (Subrayado fuera del texto)

De conformidad con las normas que buscan garantizar el derecho de asociación de los empleados – de rango constitucional-, y en consonancia con los pronunciamientos de la Corte Constitucional anteriormente señalados, para proceder a retirar a un servidor público como es el caso del empleado o un trabajador oficial con fuero sindical, es necesario que previamente se obtenga la autorización del juez laboral, al determinar que existe justa causa para dicho retiro.

Sin embargo, la edad de retiro forzoso es una justa causa y no requerirá la evaluación del juez laboral para determinar la justa causa.

Por lo tanto y conforme con las normas y jurisprudencias anteriormente citadas, esta Dirección Jurídica considera que la edad de retiro forzoso es una causal (justa causa) para el retiro del servicio de empleados públicos. Por lo tanto, aquel servidor público que ha cumplido la edad de 70 años, se encuentra inhabilitado para seguir trabajando en una entidad pública o vincularse como servidor público, excepto los casos permitidos por la Ley. En consecuencia, el trabajador que cumpla 70 años deberá ser retirado del servicio independientemente si tiene o no fuero sindical.

4. Si un servidor, sobre el que se estudia un encargo, no remite la certificación anual que está solicitando el CONPIA que acredita que su profesión de estudios internacionales está siendo legalmente ejercida, es posible indicarle que no cumple los requisitos de ley sobre el particular?

Sea lo primero 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.

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.

Ahora bien, previo a desarrollar el tema, es importante definir los tipos de vacancia que existen, de conformidad con lo señalado en los Artículos [2.2.5.2.1](#) y [2.2.5.2.2](#) del Decreto [1083](#) de 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, se establece que hay vacancia definitiva y temporal.

Así mismo, los Artículos [2.2.5.3.1](#) y [2.2.5.3.3](#) del mismo Decreto establecen las formas de provisionar los empleos en las respectivas vacancias, veamos:

"ARTÍCULO [2.2.5.3.1](#) Provisión de las vacancias definitivas. Las vacantes definitivas en empleos de libre nombramiento y remoción serán provistas mediante nombramiento ordinario o mediante encargo, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

Las vacantes definitivas en empleos de carrera se proveerán en periodo de prueba o en ascenso, con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, de conformidad con lo establecido en la Ley [909](#) de 2004 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera, según corresponda.

Mientras se surte el proceso de selección, el empleo de carrera vacante de manera definitiva podrá proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional, en los términos señalados en la Ley [909](#) de 2004 y en el Decreto Ley [760](#) de 2005 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera.

Las vacantes definitivas en empleo de periodo o de elección se proveerán siguiendo los procedimientos señalados en las leyes o decretos que los regulan.

ARTÍCULO [2.2.5.3.3](#) Provisión de las vacancias temporales. Las vacantes temporales en empleos de libre nombramiento y remoción podrán ser provistas mediante la figura del encargo, el cual deberá recaer en empleados de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

Las vacantes temporales en empleos de carrera, podrán ser provistas mediante nombramiento provisional, cuando no fuere posible proveerlas mediante encargo con empleados de carrera.

Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente título, mediante acto administrativo expedido por el nominador.

PARÁGRAFO. Los encargos o nombramientos que se realicen en vacancias temporales, se efectuarán por el tiempo que dure la misma.” (Negrillas propias)

Sobre el Encargo el Decreto ibidem estableció;

“ARTÍCULO 2.2.5.5.42 Encargo en empleos de carrera. El encargo en empleos de carrera que se encuentren vacantes de manera temporal o definitiva se regirá por lo previsto en la Ley 909 de 2004 y en las normas que la modifiquen, adicione o reglamenten y por las normas que regulan los sistemas específicos de carrera.”

Por su parte, el Artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el Artículo 1° de la Ley 1960 de 2019, establece:

ARTÍCULO 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.

En el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las entidades. Adicionalmente el empleado a cumplir el encargo deberá reunir las condiciones y requisitos previstos en la ley.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.

Los cargos de libre nombramiento y remoción, en caso de vacancia temporal o definitiva, podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

PARÁGRAFO 1. Lo dispuesto en este Artículo se aplicará para los encargos que sean otorgados con posteridad a la vigencia de esta ley.

PARÁGRAFO 2. Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nombramiento o en quien este haya delegado, informara la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del medio que esta indique. (Negrillas propias)

De acuerdo con lo anterior, todas las entidades del estado deben condicionar o supeditar los encargos conforme a la normatividad ya descrita, sin omitir requisitos o extralimitarse en los mismos.

Así mismo podemos indicar que, el encargado debe acreditar los requisitos para el ejercicio del cargo contenidos en el manual específico de funciones y de competencias laborales que tenga adoptado la entidad, debido a que la norma indica que quien sea encargado debe cumplir con los requisitos exigidos para el cargo vacante. En todo caso corresponde a la Administración determinar, de conformidad con el procedimiento que se ha dejado descrito, determinar cuál empleado tiene derecho al encargo.

Ahora bien, con relación a la verificación del cumplimiento de los requisitos, el Decreto 1083 de 2015, establece:

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. (Negrilla propia)

(...)

Sobre la exigencia de la tarjeta profesional o certificados de antecedentes, es pertinente citar lo expuesto por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-670/02, de fecha 20 de agosto de 2002, Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett:

«3.- Este Tribunal se ha referido en múltiples ocasiones al tema del ejercicio de las profesiones y las posibilidades que tiene el Estado para su regulación de conformidad con el Artículo 26 superior. Es así como en la sentencia C-606 de 1992 determinó que el contenido de este derecho se concreta en el respeto a las condiciones de igualdad para acceder a un puesto de trabajo, si se cumplen los requisitos de capacitación propios de cada tarea. Pero la fijación de tales criterios responde a una relación de estricta equivalencia entre el interés protegido y las limitaciones fijadas, “pues una excesiva, innecesaria o irrazonable reglamentación violaría el contenido esencial del derecho”. Además, anotó en aquella ocasión la Corte, le está vedado al poder público, sin justificación razonable, establecer condiciones desiguales para circunstancias iguales y viceversa.

De acuerdo con lo anterior, es claro que el legislador puede exigir títulos de idoneidad para el ejercicio de algunas profesiones a fin de obtener certificación sobre la cualificación del sujeto para ejercer una tarea determinada. Con todo, las normas que regulen tal cualificación no pueden establecer exigencias que superen los requisitos que en la práctica se requieren para proteger los derechos de otras personas. En algunas ocasiones y para poder garantizar “la autenticidad de dichos títulos en actividades que comprometen el interés social se requiere, en algunos casos, la creación de licencias, tarjetas o en fin certificaciones públicas de que el título de idoneidad fue debidamente adquirido”¹. Pero a pesar de ello, ante el fenómeno del tránsito legislativo, deben ser protegidas las situaciones jurídicas concretas y consolidadas a partir del cumplimiento de los supuestos fácticos de la ley vigente al momento del acto.

4.- Similar posición asumió la Corte en la sentencia C-377 de 1994, en cuya oportunidad señaló que la libertad de escoger profesión encuentra una limitación consistente en la exigencia del título de idoneidad y en la inspección y vigilancia que las autoridades competentes lleven a cabo frente al ejercicio de las profesiones, función que no es sólo una facultad del legislador, sino también una obligación constitucional. Tal obligación encuentra su fundamento en las consecuencias sociales que, por regla general, conlleva el ejercicio de cualquier profesión.

En conclusión, la regulación de las profesiones se encuentra demarcada por el derecho a ejercerlas y el respeto por los derechos ajenos y la protección de los riesgos sociales. Así, tal regulación sólo es legítima constitucionalmente si se fundamenta de manera razonable en el control de un riesgo social, y no se traduce en una restricción desproporcionada o inequitativa del libre ejercicio de las actividades profesionales o laborales.» (Subrayado fuera del texto)

De conformidad con la sentencia citada, para determinar si es exigible la tarjeta profesional o un certificado de antecedentes de la profesión, se requiere revisar las leyes que las regulan cada profesión, con el objeto de determinar los requisitos establecidos para su ejercicio, considerando el número de profesiones reconocidas en nuestro país.

En ese sentido, para la vinculación de personas o el encargo de las mismas en la administración pública que practiquen profesiones en las que se exija la presentación de tarjetas profesionales y certificado de antecedentes de la profesión, para cuyo ejercicio el legislador haya considerado pertinente su expedición, deberá presentarse tal requisito, en los términos señalados en el Decreto 1083 de 2015.

Por lo tanto, si dentro del procedimiento para la verificación del cumplimiento de los requisitos para acceder a un encargo, el jefe de la unidad de personal o quien haga sus veces requiere que el aspirante presente el certificado emitido por la entidad responsable de la supervisión del ejercicio de una profesión como soporte del cumplimiento de 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, este deberá allegar dicha documentación para poder continuar con el proceso de encargo.

5. Si para un encargo en un Técnico 18, sobre el cual se permitió la alternativa de estudios y la equivalencia de un año de experiencia por un año de estudios superiores, que para este nivel es de hasta tres años, es posible que con la presentación de constancias de semestres o créditos aprobados en diferentes universidades en las cuales realizó de a 1 semestre en cada una, de una misma carrera, pueda completar y demostrar sumándolos de manera independiente los 4 que le hacen falta? o Debe haberlos cursado todos (los 4 faltantes) en una misma institución educativa?

Respecto a las equivalencias, es preciso indicar que al respecto el Decreto [1083](#) de 2015 consagra:

“ARTÍCULO 2.2.2.5.1. Equivalencias. Los requisitos de que trata el presente decreto no podrán ser disminuidos ni aumentados. Sin embargo, de acuerdo con la jerarquía, las funciones, las competencias y las responsabilidades de cada empleo, las autoridades competentes al fijar los requisitos específicos de estudio y de experiencia para su ejercicio, podrán prever la aplicación de las siguientes equivalencias:

1. Para los empleos pertenecientes a los niveles Directivo, Asesor y Profesional.

(...)

1. Para los empleos pertenecientes a los niveles técnico y asistencial:

Título de formación tecnológica o de formación técnica profesional, por un (1) año de experiencia relacionada, siempre y cuando se acredite la terminación y la aprobación de los estudios en la respectiva modalidad.

Tres (3) años de experiencia relacionada por título de formación tecnológica o de formación técnica profesional adicional al inicialmente exigido, y viceversa.

Un (1) año de educación superior por un (1) año de experiencia y viceversa, o por seis (6) meses de experiencia relacionada y curso específico de mínimo sesenta (60) horas de duración y viceversa, siempre y cuando se acredite diploma de bachiller para ambos casos

Diploma de bachiller en cualquier modalidad, por aprobación de cuatro (4) años de educación básica secundaria y un (1) año de experiencia laboral y viceversa, o por aprobación de cuatro (4) años de educación básica secundaria y CAP de SENA.

Aprobación de un (1) año de educación básica secundaria por seis (6) meses de experiencia laboral y viceversa, siempre y cuando se acredite la formación básica primaria.

La equivalencia respecto de la formación que imparte el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA-, se establecerá así: Tres (3) años de educación básica secundaria o dieciocho (18) meses de experiencia, por el CAP del SENA.

Dos (2) años de formación en educación superior, o dos (2) años de experiencia por el CAP Técnico del SENA y bachiller, con intensidad horaria entre 1.500 y 2.000 horas.

Tres (3) años de formación en educación superior o tres (3) años de experiencia por el CAP Técnico del SENA y bachiller, con intensidad horaria superior a 2.000 horas.

(...)

PARÁGRAFO 5. En todo caso, cuando se trate de equivalencias para los empleos pertenecientes a los niveles Asistencial y Técnico, los estudios aprobados deben pertenecer a una misma disciplina académica o profesión.

"ARTÍCULO 2.2.2.5.2. Prohibición de compensar requisitos. Cuando para el desempeño de un empleo se exija una profesión, arte u oficio debidamente reglamentados, los grados, títulos, licencias, matrículas o autorizaciones previstas en las normas sobre la materia no podrán compensarse por experiencia u otras calidades, salvo cuando la ley así lo establezca." (Subrayado fuera del texto)

En consecuencia, para el nivel técnico o asistencial, el Decreto 1083 de 2015 permite que haya una equivalencia de un (1) año de educación superior por un (1) año de experiencia y viceversa. Adicionalmente el Parágrafo 5 del Artículo 2.2.2.5.1 del citado decreto, establece que cuando se trate de equivalencias para los empleos pertenecientes a los niveles Asistencial y Técnico, los estudios aprobados deben pertenecer a una misma disciplina académica o profesión, más no señala que deban haberse realizado en la misma institución de educación.

Por lo tanto, esta Dirección Jurídica considera que dentro de un proceso de equivalencia para el nivel técnico o asistencial de un (1) año de educación superior por un (1) año de experiencia y viceversa, no es obligatorio que el año de educación superior se haya realizado en la misma institución educativa. Lo que se requiere es que dichos estudios aprobados pertenezcan a una misma disciplina académica o profesión.

Me permito indicarle que 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 imparte en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:53:54