



## Concepto 224221 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000224221\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000224221

Fecha: 24/06/2021 11:35:21 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO. Edad de Retiro Forzoso. Radicado: 20219000461622 del 03 de Junio de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante el cual consulta acerca del retiro forzoso de una persona que manifiesta estar en edad de riesgo por temas relacionados con el COVID y no desarrolla su trabajo de manera óptima, me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto [430](#) de 2016, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración concreta de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos y no se encuentra facultado para ni dirimir controversias, competencias atribuida a los jueces de la república.

*¿Se puede realizar retiro forzoso, si una persona ya cumple con los requisitos de la pensión de jubilación?*

La Ley [1821](#) de 2016 "Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas", corregida por el Decreto [321](#) de 2017, establece:

«ARTÍCULO 1. 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»*

Por otra parte, el Decreto [1083](#) de 2015 Único reglamentario del sector función pública establece:

«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.»*

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.*

Por lo tanto, a partir de la expedición de la Ley 1821, la edad de retiro forzoso es de 70 años y para hacer efectiva la misma, se requiere la manifestación voluntaria del empleado de permanecer en el cargo.

Por su parte el Decreto 1083 de 2015 en cuanto al retiro del empleado que reúne los requisitos para pensionarse, consagra:

*«ARTÍCULO 2.2.11.1.4 Retiro por pensión. El empleado que reúna los requisitos determinados para gozar de pensión de retiro por jubilación, por edad o por invalidez, cesará en el ejercicio de funciones en las condiciones y términos establecidos en la Ley 100 de 1993 y demás normas que la modifiquen, adicionen, sustituyan o reglamenten.*

*De conformidad con lo señalado en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se considera justa causa para dar por terminada la relación legal o reglamentaria del empleado público que cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión.*

*El empleador podrá dar por terminada la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones, siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión, se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.*

*Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si éste no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel. Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones.» (Subrayado y negrilla nuestro).*

Por lo anterior el empleador puede dar por terminada la relación legal o reglamentaria cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones y además el trabajador esté debidamente incluido en la nómina de pensionados. Luego de lo anterior, transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de esta en nombre del trabajador.

*¿Puede el funcionario demandar al municipio por la razón argumentada en la pregunta anterior?*

La resolución de los casos particulares, como resulta apenas obvio, corresponderá en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal, y además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho.

En ese sentido, este Departamento en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para determinar si en su caso concreto es procedente la demanda de un funcionario público pues este Departamento Administrativo no es la entidad empleadora ni nominadora en su caso.

*La persona no cumple con sus funciones asignadas argumentando el factor de riesgo debido al COVID-19*

como en la ejecución del Plan Nacional de Vacunación, adoptado por medio del Decreto 580 del 31 de mayo de 2021 el cual establece:

**ARTÍCULO 1.** Objeto. El presente Decreto tiene por objeto regular la fase de Aislamiento Selectivo, Distanciamiento Individual Responsable y Reactivación Económica Segura, que regirá en la República de Colombia, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19.

**ARTÍCULO 9.** Alternativas de Organización Laboral. Durante el tiempo que dure la emergencia sanitaria por causa de la pandemia del Coronavirus COVID-19, las entidades del sector público y privado para el cumplimiento de sus funciones podrán establecer las modalidades como el teletrabajo, trabajo remoto y trabajo en casa u otras similares de acuerdo con sus necesidades.

Siendo así, se regula la fase de aislamiento selectivo, distanciamiento individual responsable y la reactivación económica segura en el país, las entidades del sector público y el sector privado pueden establecer las distintas modalidades de trabajo de acuerdo con las necesidades que presenten.

En tal medida, mediante la Directiva Presidencial 04 del 09 de junio de 2021: se instruye a todas las entidades del orden nacional que, para el cumplimiento de las labores que tienen a cargo las entidades públicas del orden nacional con sujeción al protocolo de bioseguridad, el Índice de Resiliencia Epidemiológica Municipal - IREM y los ciclos adoptados por el Ministerio de Salud y Protección Social en la ya mencionada Resolución, deberán:

1. Los servidores públicos y demás colaboradores del Estado de todas las entidades públicas de la rama ejecutiva del orden nacional deberán retornar a sus labores presenciales en cada uno de los municipios en que se encuentren sus instalaciones, conforme al ciclo en que se encuentre cada distrito o municipio y demás disposiciones contenidas en la Resolución 777 del 2 de junio de 2021.
2. En todo caso, todos los servidores públicos que hayan completado el esquema de vacunación, deben regresar al servicio presencial.
3. Habilitar los parqueaderos para bicicletas de las entidades con el fin que las personas que lo deseen puedan trasladarse a la oficina en este medio.

Las entidades públicas del orden nacional deberán continuar con el cumplimiento estricto del protocolo de bioseguridad adoptado por el Ministerio de Salud y Protección Social e implementarán acciones para el bienestar de los servidores públicos y demás colaboradores, que permitan garantizar la prestación del servicio presencial y, ante todo, preservar la vida y la salud.

En igual medida, se invita a las demás ramas del poder público, a los entes autónomos, a los organismos de control y a las entidades territoriales para que adopten las directrices que se imparten en la presente Directiva, permitiendo el retorno a las actividades presenciales de los servidores públicos y demás colaboradores para seguir garantizando la prestación de los servicios y el cumplimiento de funciones públicas, todo con sujeción al protocolo de bioseguridad adoptado por el Ministerio de Salud y Protección Social. (subrayado y negrilla nuestro)

Teniendo en cuenta que el propósito de la Directiva Presidencial es el retorno a las actividades presenciales de los servidores públicos y contratistas, para continuar garantizando la prestación de los servicios y el cumplimiento de las funciones públicas, con sujeción a los protocolos de bioseguridad adoptados por el Ministerio de la Protección Social, en criterio de esta Dirección Jurídica, serán las diferentes entidades territoriales, las que, de acuerdo con las condiciones que se estén presentando en el municipio correspondiente, decidan la forma en que se acogerán y adoptarán las directrices de dicha directiva.

Así las cosas, se colige que la entidad a la que presta sus servicios es la única facultada para determinar cuáles de sus servidores públicos pueden prestar sus servicios desde trabajo en casa o en las instalaciones de la Entidad, y la forma como se pueden cumplir con las funciones propias del cargo; pues es la única que conoce de manera cierta la forma como se cumplen las mismas y la situación particular de su personal. En desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho.

Por otro lado, este Departamento ha emitido un documento denominado "ABC preguntas frecuentes en aislamiento preventivo obligatorio" en el que se plasman preguntas frecuentes con sus respectivas respuestas, en el que se contempló lo siguiente:

"5. ¿Es obligatorio que los servidores y contratistas presten los servicios a través del trabajo en casa?"

Respuesta: El trabajo en casa tiene como propósito proteger la salud de los servidores y contratistas del Estado, y garantizar la prestación del servicio, razón por la cual mientras persista la medida de aislamiento preventivo obligatorio ordenada por el presidente de la República y

siempre que no se trate de servicios esenciales que deben prestarse de manera presencial, los trabajadores y contratistas deben continuar prestando sus servicios y desarrollando sus obligaciones desde la casa.

Esta modalidad de trabajo se mantendrá de acuerdo con las medidas que adopte el Gobierno nacional mientras persista la Emergencia Sanitaria.

Es de anotar que los servidores públicos tienen el deber de “cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente”.

6. ¿Cómo se maneja la situación de los servidores que no han querido desempeñar funciones desde casa y no tienen justificación?

Respuesta: Para proteger la vida de los servidores públicos se autorizó la modalidad del trabajo en casa, en consecuencia, es deber de todo servidor público cumplir las funciones que se le han asignado, así lo señala el artículo 34 de la Ley 734 de 2002:

“ARTÍCULO 34. DEBERES. Son deberes de todo servidor público:

1.- Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.

2.- Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función.

(...)

10. Realizar personalmente las tareas que le sean confiadas, responder por el ejercicio de la autoridad que se le delegue, así como por la ejecución de las órdenes que imparta, sin que en las situaciones anteriores quede exento de la responsabilidad que le incumbe por la correspondiente a sus subordinados.

11. Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales.

(...)”

En consecuencia, le corresponde al jefe inmediato hacer seguimiento al cumplimiento de las funciones y compromisos que deba desarrollar el personal a su cargo y reportar a la dependencia competente su incumplimiento.”

De acuerdo con lo anterior, se considera que es deber de todo servidor público ejercer las funciones propias del cargo en el que se encuentra vinculado, la Administración determinará la forma como se debe efectuar el cumplimiento de estas funciones, siendo la principal, la modalidad de trabajo en casa, utilizando las tecnologías de la información y las comunicaciones.

En el caso que el empleado sea renuente al cumplimiento de sus deberes, le corresponde al jefe inmediato reportar a la dependencia competente su incumplimiento, evento en el cual la Administración se encuentra facultada para efectuar las diligencias disciplinarias que correspondan, por el incumplimiento de los deberes.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web [www.funcionpublica.gov.co/eva](http://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,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Lucianny G

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:16:56