



Concepto 008841 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000008841

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000008841

Fecha: 12/01/2021 12:46:02 p.m.

Bogotá D.C.

REF. EMPLEOS. Funciones. Ejercicio de funciones durante la emergencia sanitaria ocasionada por el Covid-19. Radicado: 2020-206-058282-2 del 3 de diciembre de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida a este Departamento Administrativo por parte del Ministerio del Trabajo, mediante la cual presenta varias inquietudes relacionadas con el ejercicio de funciones de empleados públicos asistenciales de una Empresa Social del Estado durante la emergencia ocasionada por el covid-19, me permito dar respuesta a los mismos, previas las siguientes consideraciones:

1.- A su primer interrogante, relacionado con determinar el tiempo que los empleados públicos mayores de 60 años con enfermedades de base pueden permanecer en sus casas y si es procedente asignar funciones diferentes, le indico lo siguiente:

a). De conformidad con lo dispuesto 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, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la transparencia en 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.

De lo anterior, se deduce que, este Departamento Administrativo no tiene la facultad legal para ordenar a las demás entidades públicas la forma como deben administrar su personal, y carece de competencia para pronunciarse en relación con la orden de la Administración encaminada a que sus servidores públicos cumplan con las funciones de sus empleos en la sede física de la entidad.

b). Precisado lo anterior, de manera general, respecto del ejercicio de las funciones de los empleados públicos durante la emergencia sanitaria ocasionada por el covid-19, el Decreto Ley 491 de 2020, establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 3. Prestación de los servicios a cargo de las autoridades. Para evitar el contacto entre las personas, propiciar el distanciamiento

social y hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, las autoridades a que se refiere el artículo 1 del presente Decreto velarán por prestar los servicios a su cargo mediante la modalidad de trabajo en casa, utilizando las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Las autoridades darán a conocer en su página web los canales oficiales de comunicación e información mediante los cuales prestarán su servicio, así como los mecanismos tecnológicos que emplearán para el registro y respuesta de las peticiones.

En aquellos eventos en que no se cuente con los medios tecnológicos para prestar el servicio en los términos del inciso anterior, las autoridades deberán prestar el servicio de forma presencial. No obstante, por razones sanitarias, las autoridades podrán ordenar la suspensión del servicio presencial, total o parcialmente, privilegiando los servicios esenciales, el funcionamiento de la economía y el mantenimiento del aparato productivo empresarial...." (Subraya fuera de texto)

De acuerdo con la norma transcrita, se tiene que, con el fin de evitar el contacto entre las personas, propiciar el distanciamiento social y hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, las entidades u organismos públicos velarán por prestar los servicios a su cargo mediante la modalidad de trabajo en casa, utilizando las tecnologías de la información y las comunicaciones, señala igualmente la norma que, en aquellos eventos en que no se cuente con los medios tecnológicos para prestar el servicio en los términos del inciso anterior, las autoridades deberán prestar el servicio de forma presencial o, las autoridades podrán ordenar la suspensión del servicio presencial, total o parcialmente.

En ese sentido, en aquellos eventos en que no se cuente con los medios tecnológicos para prestar el servicio, las autoridades deberán prestar el servicio de forma presencial; no obstante, por razones sanitarias, las autoridades podrán ordenar la suspensión del servicio presencial, total o parcialmente.

c). Frente al particular 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".

De acuerdo con lo anterior, 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.

d). De otra parte, es preciso indicar que los servidores públicos tienen el deber de cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos, entre otros, en los manuales específicos de funciones y competencias laborales que tenga adoptado la entidad, en ese sentido, se considera que será

la entidad pública a la que presta sus servicios la única facultada para determinar 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, y, 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.

Para tal efecto, las autoridades deberán estudiar si se requiere el ejercicio de las funciones del empleo en las instalaciones físicas de la entidad.

e). Ahora bien, es preciso indicar que, por razones sanitarias, y en aras de cumplir con el aislamiento preventivo obligatorio ordenado por el Presidente de la República las autoridades podrán ordenar la suspensión del servicio presencial, total o parcialmente, o asignar otras funciones¹ al empleado de acuerdo con el nivel del cargo, de tal suerte, que las mismas puedan desarrollarse mediante el trabajo en casa utilizando las tecnologías de la información y las comunicaciones.

En lo que tiene que ver con la asignación de funciones, el Decreto 1083 de 2015 establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 2.2.5.5.52 Asignación de funciones. Cuando la situación administrativa en la que se encuentre el empleado público no genere vacancia temporal, pero implique separación transitoria del ejercicio de sus funciones o de algunas de ellas, el jefe del organismo podrá asignar el desempeño de éstas a otro empleado que desempeñe un cargo de la misma naturaleza.

Esta situación no conlleva el pago de asignaciones salariales adicionales, por cuanto no se está desempeñando otro empleo.

El empleado a quien se le asignen las funciones no tendrá derecho al pago de la diferencia salarial y no se entenderá desvinculado de las funciones propias del cargo del cual es titular." (Subraya fuera de texto)

De acuerdo con lo previsto en la norma, se tiene que, por necesidades del servicio, el jefe del organismo o entidad pública podrá asignar a un empleado público las funciones de otro cargo, siempre que corresponda a la misma naturaleza. El empleado a quien se le asignen las funciones no tendrá derecho al pago de la diferencia salarial y no se entenderá desvinculado de las funciones propias del cargo del cual es titular.

Sobre el tema de asignación de funciones, vale la pena referirnos al análisis realizado por la Corte Constitucional en Sentencia T - 105 de 2002, en la cual se indicó lo siguiente:

"(...) Considera la Sala del caso, llamar la atención sobre la forma impropia como usualmente dentro de la administración pública se asignan funciones de un cargo, a través del mecanismo denominado "asignación de funciones" mecanismo o instituto que no existe jurídicamente como entidad jurídica autónoma dentro de las normas que rigen la administración del personal civil al servicio del Estado.

¿De dónde proviene dicho uso? Pues, no de otro diferente al acudir o echar mano (como en el común de la gente se diría) por parte de la administración pública, de la última función que se relaciona para cada cargo dentro de los Manuales de Funciones y Requisitos de las entidades estatales, al señalar que el empleado cumplirá, además de las expresamente señaladas: "Las demás funciones que se le asignen por el jefe inmediato".

Se considera del caso precisar, que dicha función de amplio contenido no puede ser ilimitada, sino que debe referirse siempre y en todos los casos a un marco funcional y concreto, esto es, que dichas funciones deben hacer referencia a las funciones propias del cargo que se desempeña por el funcionario a quien se asignan. No es procedente su descontextualización, de tal manera que el jefe inmediato sí puede asignar otras funciones diferentes a las expresamente contempladas en el respectivo Manual de Funciones y Requisitos de la entidad, de acuerdo a las necesidades del servicio, a los fines y objetivos propios de cada entidad, pero, dentro del contexto de las funciones propias del funcionario y acordes al cargo que ejerce y para el cual ha sido nombrado.

No es procedente utilizar esta función para asignar “todas y cada una de las funciones correspondientes a otro cargo” diferente al que se desempeña por el funcionario, pues, esto equivale a asignar un “cargo por su denominación específica”, bajo el ropaje de la asignación de funciones que como se dijo no es una figura jurídica autónoma, como el encargo, el traslado, etc.; costumbre que a ultranza se viene realizando en diferentes entidades del Estado, en forma impropia cuando para ello existe en la normatividad la figura jurídica del “encargo”. (Negrilla original, subrayado fuera de texto)

En ese sentido, se considera procedente que a un empleado público se le asignen funciones adicionales a las contenidas en el manual específico de funciones y de competencias laborales que tenga adoptado la entidad atendiendo a las necesidades del servicio, a los fines y objetivos propios de cada entidad, dentro del contexto de las funciones propias del empleado y acordes al cargo que ejerce y para el cual ha sido nombrado, de tal manera que, su evaluación de desempeño evidencie la labor desempeñada.

Finalmente, le indico que en el caso que la entidad u organismo público considere necesario que sus servidores públicos deban cumplir con las funciones propias de su cargo en las instalaciones físicas de la entidad, deberá adoptar y dar cumplimiento estricto al protocolo general de bioseguridad emitido por el Ministerio de Salud mediante Resolución 666 del 24 de abril de 2020, en aras de mitigar y controlar la propagación del covid-19.

2.- A su segundo interrogante, relacionado con la posibilidad de otorgar vacaciones anticipadas a los empleados públicos, le indico que, una vez revisadas las situaciones administrativas en las que se puede encontrar un empleado público, previstas en el Decreto 1083 de 2015 no se evidencia una que faculte a la administración para otorgar vacaciones anticipadas a los empleados públicos.

No obstante, el inciso segundo del artículo 19 del Decreto Ley 1045 de 1978 determina que, cuando se concedan vacaciones colectivas, aquellos servidores que no hayan completado el año continuo de servicio autorizarán por escrito al respectivo pagador de la entidad para que, en caso de que su retiro se cause antes de completar el año de labor, se descuento de sus emolumentos y prestaciones el valor recibido por descanso vacacional y prima de vacaciones.

Así las cosas, en caso del otorgamiento de vacaciones colectivas otorgados a favor de los empleados públicos que no han causado el derecho, deberán autorizar por escrito al pagador de la entidad para que, en caso de que su retiro se cause antes de completar el año de labor, se descuento de sus emolumentos y prestaciones el valor recibido por descanso vacacional y prima de vacaciones.

3.- A su tercer interrogante, en relación con la posibilidad para que renuncie a su cargo el empleado público que cuenta con resolución de pensión, pero no ha sido incluido en nómina de pensionados, le indico lo siguiente:

A partir del 30 de diciembre de 2016 entró en vigencia 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, en los siguientes términos:

“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 1º del Decreto-ley 3074 de 1968.

ARTÍCULO 2. La presente ley no modifica la legislación sobre el acceso al derecho a la pensión de jubilación. Quienes a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas podrán permanecer voluntariamente en los mismos, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales), aunque hayan completado los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. 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 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003.”

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 1968²

Ahora bien, de lo previsto en el artículo 2 de la mencionada Ley 1821 de 2016, se colige que quienes a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas podrán permanecer voluntariamente en los mismos, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales), aunque hayan completado los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, en consecuencia, 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 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

Así las cosas, se tiene que el empleado público que se encuentre en ejercicio de funciones públicas podrá acogerse a lo dispuesto en la Ley 1821 de 2016 y de esta forma continuar prestando sus servicios a la entidad hasta la edad de 70 años.

No obstante, en relación con la posibilidad para que los empleados que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 hayan cumplido con la edad de 65 años permanezcan en el servicio público hasta la edad de 70 años, el Gobierno Nacional elevó consulta al Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, el cual emitió concepto del 8 de febrero de 2016, radicación No. 2326 señalando lo siguiente:

"Así, el cumplimiento de la edad prevista en la ley, para los servidores públicos o los particulares sujetos a dicha causal de retiro, constituye una situación jurídica consolidada, en el sentido de que, a partir de ese momento, se genera para la persona el deber de retirarse del cargo o de cesar en el ejercicio de las funciones públicas, y para la administración, el deber de retirarlo, si dicha persona no lo hace voluntariamente.

Podría pensarse que la situación jurídica descrita no está consolidada mientras la persona concernida no se haya retirado efectivamente del cargo ni cesado efectivamente en sus funciones. Sin embargo, a juicio de la Sala, esta interpretación resulta equivocada, desde un punto de vista conceptual, pues no debe olvidarse que una cosa son las situaciones jurídicas, que se clasifican en hechos jurídicos y actos jurídicos, y otra son las situaciones de hecho o los simples acontecimientos.

Por lo tanto, el efecto general inmediato de la Ley 1821 de 2016 excluye cualquier interpretación con efectos retroactivos."

En conclusión, esta Dirección Jurídica considera que quienes hayan cumplido la edad de 65 años antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 (30 de diciembre de 2016) y aún continúen en ejercicio de sus funciones por necesidad del servicio o su retiro no se haya efectuado por algún motivo, no podrán permanecer voluntariamente en sus cargos hasta los 70 años de edad, y la administración deberá proceder a su retiro, de igual forma frente a quienes tengan reconocida su pensión de vejez y falte su inclusión en nómina de pensionados, los que con posterioridad a la ley en mención, llegaren a la edad de 70 años y se encuentren vinculados al servicio y todos aquellos cuya situación jurídica se encuentre resuelta. Dicho estudio y decisión es propio de la entidad u organismo público, pues es la única autoridad que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de sus empleados, 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.

4.- A su cuarto interrogante, le reitero la respuesta a su primer interrogante.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid -19, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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 LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó. Harold Herreño

Aprobó: Armando López Cortes

GCJ-601 - 11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. *Artículo 2.2.5.5.52 del Decreto 1083 de 2015*

2. Decreto 321 de 2017 "Por el cual se corrigen unos yerros en 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".

Fecha y hora de creación: 2026-02-09 06:55:33