

**Función Pública**

# Concepto 105751 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20236000105751\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000105751

Fecha: 14/03/2023 08:00:55 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: PRESTACIONES SOCIALES- Vacaciones- Compensación- Adulto mayor Radicado N° 20239000084292 de fecha 07/ 02/ 2023.

En atención a su solicitud por medio de la cual consulta: *Un servidor público causó el derecho a las vacaciones por el periodo comprendido entre el 05 de enero de 2020 al 04 de enero de 2021, las cuales por necesidad del servicio le fueron compensadas o indemnizadas en dinero al funcionario en el mes de enero de 2021. Actualmente se le causaron las correspondientes al periodo 05 de enero de 2021 al 04 de enero de 2022 y del 05 de enero de 2022 al 04 de enero de 2023.*

1. *¿Se puede nuevamente compensar en dinero las vacaciones las correspondientes al periodo enero de 2021 a enero de 2022, por necesidad del servicio?*
2. *¿Se puede contratar como Contratista o como Trabajador Oficial, a una persona que tiene 72 años?*
3. *¿De ser así y de ser el funcionario mayor de 72 años estoy obligado a retirarlo del servicio?*

Sea lo primero señalar que este Departamento Administrativo, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016<sup>1</sup>, le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, razón por la cual no es de nuestra competencia intervenir en situaciones internas de las entidades, actuar como ente de control, investigación, ni señalar los procedimientos a seguir en caso de que se presenten singularidades.

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, 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. Sin embargo, en aras de responder a su inquietud, nos permitimos transcribir cada pregunta, respondiendo motivadamente cada una, así:

1. *¿Se puede nuevamente compensar en dinero las vacaciones las correspondientes al periodo enero de 2021 a enero de 2022, por necesidad del servicio?*

Para la compensación de vacaciones en dinero, se deberá seguir lo dispuesto por el Decreto Ley 1045 de 1978<sup>2</sup>, el cual, respecto al tema, indica:

**ARTÍCULO 13.** *De la acumulación de vacaciones. Solo se podrán acumular vacaciones hasta por dos años, siempre que ello obedezca a aplazamiento por necesidad del servicio.*

ARTÍCULO 20. De la compensación de vacaciones en dinero. Las vacaciones solo podrán ser compensadas en dinero en los siguientes casos:

- a) Cuando el jefe del respectivo organismo así lo estime necesario para evitar perjuicios en el servicio público, evento en el cual solo puede autorizar la compensación en dinero de las vacaciones correspondientes a un año;
- b) Cuando el empleado público o trabajador oficial quede retirado definitivamente del servicio sin haber disfrutado de las vacaciones causadas hasta entonces. (Subrayado y resaltado por fuera del texto original)

Finalmente, sobre la compensación de vacaciones, la Corte Constitucional en sentencia C-598 de 1997 afirmó:

*Las vacaciones constituyen un derecho del que gozan todos los trabajadores, como quiera que el reposo es una condición mínima que ofrece la posibilidad de que el empleado renueve la fuerza y la dedicación para el desarrollo de sus actividades. Las vacaciones no son entonces un sobre sueldo sino un derecho a un descanso remunerado. Por ello, la compensación en dinero de las vacaciones está prohibida, salvo en los casos taxativamente señalados en la ley, puesto que la finalidad es que el trabajador efectivamente descanse. Una de las situaciones de excepción es en caso de que los trabajadores se desvinculen del servicio, y no hayan gozado de su derecho al descanso remunerado, pueden recibir una indemnización monetaria.* (Negrilla y Subrayado nuestro).

A su vez la directiva presidencial N° 08 de septiembre 17 de 2022, dirigida a todos los empleados de las entidades del orden nacional dentro de las Directrices hacia un Gasto Público Eficiente, establece:

## 2.1. PROHIBICIÓN DE INDEMINIZACIÓN DE VACACIONES.

*Los Jefes de Talento Humano se encargarán de la planeación de los periodos de disfrute de vacaciones de todo el personal de planta desde el inicio de cada anualidad, y propenderán por el cumplimiento del plan anual de vacaciones.*

[...]

*Se invita a las demás ramas del poder público, así como a todas las entidades territoriales, a evaluar la adopción de las directrices de la presente Directiva, en aplicación del principio de colaboración armónica previsto en el artículo 113 de la Constitución Política y disponer dentro de su planeación actividades que permitan la austeridad del gasto, en el marco de su competencia.*

Según lo expuesto, para responder su primer interrogante, se concluye que, la compensación de las vacaciones sólo procede cuando el jefe del respectivo organismo, así lo considere necesario, para evitar perjuicios en la prestación del servicio, lo cual debe hacer de manera motivada. Además, sólo puede autorizarse la compensación en dinero de las vacaciones correspondientes a un año, para que el servidor público pueda disfrutar de sus vacaciones, los Jefes de talento humano se encargarán de la planeación de los periodos de disfrute de vacaciones.

Respecto de las entidades del orden nacional se encuentra prohibida la compensación de vacaciones, de forma que los jefes de Talento Humano se encargarán de la planeación de los periodos de disfrute de vacaciones de todo el personal de planta desde el inicio de cada anualidad, y propenderán por el cumplimiento del plan anual de vacaciones.

En cuanto a las entidades territoriales, se les invita a evaluar la adopción de las directrices señaladas en la Directiva 08 de 2022, en aplicación del principio de colaboración armónica previsto en el artículo 113 de la Constitución Política y disponer dentro de su planeación actividades que permitan la austeridad del gasto, en el marco de su competencia.

## 2. ¿Se puede contratar como Contratista o como Trabajador Oficial, a una persona que tiene 72 años?

Sea lo primero señalar, frente al trabajador oficial, lo consagrado en el Concepto N° 1330321 de 2021, emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, el cual señala que:

*La Ley de edad de retiro forzoso acoge a todos los trabajadores oficiales, quienes pueden continuar laborando hasta los 70 años, a pesar de cumplir con los requisitos en edad y tiempo de servicio para adquirir la pensión de jubilación Sin embargo, como la modalidad de vinculación de los trabajadores oficiales es contractual, les permite discutir las condiciones laborales aplicables con el empleador, en criterio de esta Dirección Jurídica resulta procedente aplicar las cláusulas fijadas en el contrato y en la convención colectiva, términos pactados entendido como un instrumento regulatorio de la relación laboral de este tipo de servidores públicos, por lo tanto, podrá darse por terminada la relación contractual en los términos señalados en el contrato o la convención.*

Ahora bien con relación a de los contratistas de prestación de servicios Ley 80 de 1993<sup>3</sup>, indica:

**ARTÍCULO 32.** De los Contratos Estatales. *Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación*

[...]

*3. Contrato de prestación de servicios Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializados.*

*En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.*

Por su parte el Consejo de Estado mediante Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de mayo 10 de 2001, Radicación 1.344, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce dispuso:

*"La vinculación jurídica derivada del contrato de prestación de servicios es diferente de la que emana de la relación laboral de origen contractual con los trabajadores oficiales. En efecto, el de prestación se refiere a actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad; el contratista es autónomo para ejecutar el contrato; no se causan prestaciones sociales y no responde disciplinariamente -Sentencia C-280/96-, mientras que el trabajador oficial, en su orden, labora en la construcción y sostenimiento de obras públicas o está vinculado a una empresa industrial o comercial del Estado; está, por esencia, subordinado a la administración; las prestaciones sociales le son consustanciales y responde disciplinariamente.*

*Es así como los trabajadores oficiales perciben por sus servicios un salario, que constituye asignación, la retribución de los contratistas de prestación de servicios son los honorarios, que no tienen tal carácter. Así, la fuente del reconocimiento es bien distinta: en el primero, la vinculación laboral administrativa y, en el segundo, el negocio jurídico, fundado en la autonomía de la voluntad.*

*De los presupuestos de la definición legal y de los elementos analizados, se concluye que particulares que colaboran con el Estado mediante un contrato de prestación de servicios o cualquier otro, tipificado en la ley 80 de 1993 o producto de la autonomía de la voluntad, no están subsumidos en el contexto de la función pública, ni son, por tanto, servidores públicos y, por lo mismo, no reciben "asignación" en los términos establecidos, lo que hace imposible aplicarles el régimen de estos.*

De conformidad con lo señalado anteriormente, es posible afirmar que los contratistas de prestación de servicios no están inmersos en el contexto de la función pública, ni son, por tanto, servidores públicos, por esa razón, no reciben "asignación" en los términos establecidos para los empleados públicos y trabajadores oficiales.

Así las cosas y respondiendo puntualmente su interrogante, teniendo en cuenta que, de la normativa citada, se desprende que las disposiciones de forzoso retiro resultan aplicables a los servidores públicos, dentro de los cuales se no encuentran los contratistas, no existe impedimento legal, para contratar con una persona de setenta y dos (72) años de edad.

3. *¿El funcionario mayor de 72 años estoy obligado a retirarlo del servicio?*

Con relación a la pregunta formulada, sea pertinente indicar que la Ley 1821 de 2016<sup>4</sup>, 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 (...)*

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015<sup>5</sup>, señala:

**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.

Con respecto a las inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos, la Corte Constitucional en Sentencia C-546 de 1993<sup>6</sup>, señaló lo siguiente:

*Las inhabilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, en empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción, deben estar consagradas en forma expresa y clara, y pueden hacer parte del estatuto general que rige la función pública, o de manera específica, del estatuto de carrera, o de personal de cada entidad, sector o rama del poder público.*

Igualmente, en Concepto N° 20176000001391 de 2017 de esta entidad, relacionado con el campo de aplicación de la Ley 1821 de 2016, señala:

*(i) Campo de aplicación de la Ley 1821 de 2016. Con la ley 1821 del 30 de diciembre de 2016 se amplía a 70 años la edad máxima para desempeñar funciones públicas en el Estado, en consecuencia, esta ley aplica a los servidores públicos que prestan sus servicios en las ramas del poder público, en los órganos autónomos e independientes (universidades, corporaciones autónomas, Banco de la República, Comisión Nacional del Servicio Civil) órganos de control (Contralorías, Procuraduría; Defensoría, Personerías) y demás entidades o agencias públicas.*

*Así mismo, aplica a los particulares que cumplen funciones públicas, como los notarios, curadores, miembros de las cámaras de comercio, por cuanto la posibilidad de desempeñar funciones públicas se predica no solo de las personas que se vinculan con el Estado mediante elección o nombramiento y la posesión en un cargo, sino también de los particulares que, en los casos taxativamente señalados en la Constitución y la Ley, puedan investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones administrativas públicas judiciales. (Subraya fuera de texto)*

La Corte Constitucional, como tribunal autorizado para la interpretación de la Ley, respecto de la constitucionalidad de la Ley 1821, mediante sentencia C-135 de 2018, precisó:

*Sin embargo, cabe hacer referencia a la edad de retiro forzoso. En primer lugar, no existe en la Constitución precepto alguno que prohíba al Congreso otorgar la alternativa a los servidores del Estado de acceder a la pensión de vejez o, en su lugar, de continuar en el servicio hasta llegar a la edad de retiro forzoso, lo que implica, correlativamente, la facultad de inaplicar las disposiciones que impidan hacer de uso de dicha opción. Por el contrario, una regulación como la adoptada se apoya en la amplia libertad de configuración con la que cuenta el legislador no solo para establecer las condiciones de acceso, permanencia y retiro del servicio (CP art. 125), sino también para fijar los supuestos en los que se operativiza el goce de una pensión, como expresión del derecho a la seguridad social (CP art. 48). Esta misma decisión se adoptó en la Sentencia C-584 de 1997, en la que se analizó la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley 344 de 1996, cuyo rigor normativo guardaba similitud con lo previsto en el precepto legal demandado, conforme se expuso con anterioridad.*

*En segundo lugar, la inaplicación del párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 responde a una finalidad legítima, que concuerda con los objetivos que justifican el aumento de la edad de retiro forzoso, básicamente en lo que atañe a la necesidad de permitir que las personas mayores puedan continuar desarrollando una vida laboral activa, como expresión del derecho al trabajo, con ocasión del aumento en la expectativa promedio de vida de la población, en el mayor envejecimiento de la misma y en la importancia de utilizar un recurso humano cualificado y dotado de una experiencia específica, que se conoce con el nombre de inteligencia depurada.*

*En tercer lugar, se considera que la medida adoptada es adecuada para lograr el citado fin, pues sin ella simplemente las personas mayores no podrían hacer uso de la alternativa que les da el artículo 2 de la Ley 1821 de 2016, toda vez que se mantendrían separadas ambas causales de retiro, con la probabilidad de que al ser reconocido el derecho pensional a favor del funcionario, y una vez formalizada su inclusión en nómina, lo cual podría ocurrir a los 57 años en el caso de las mujeres y de los 62 en el caso de los hombres, ya no se permita a la persona continuar en el servicio hasta llegar a la edad de retiro forzoso (70 años). De este modo, es claro que la medida es apta para conseguir el objetivo perseguido, toda vez que de no haberse previsto la inaplicación del párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, nada aseguraría que las personas mayores pudiesen seguir desarrollando una actividad laboral, propósito para el cual fue que se incrementó el tope máximo de edad en que se permite continuar en el servicio, a partir de la existencia de las razones objetivas expuestas en esta providencia y señaladas igualmente en la Sentencia C-084 de 2018.*

Teniendo en cuenta lo preceptuado por la Corte Constitucional, las inhabilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en el Estatuto General que rige la función pública y son taxativas y de interpretación restrictiva, lo cual significa que deben sujetarse estrictamente a las causales previstas por el legislador, por lo que podemos concluir que la edad de setenta (70) años es la edad de retiro forzoso, por tanto, el empleado debe ser retirado.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e

incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo](#) podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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 LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: José Humberto Quintana Rodríguez

Revisó Maia Valeria Borja Guerrero

Aprobó Dr. Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

2 Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.

3 Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

4 Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas

5 Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública

6 Corte Constitucional- Expediente D-320. Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ. 25-11-1993.

---

Fecha y hora de creación: 2025-12-20 03:12:45