

**Función Pública**

Concepto 441821 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000441821

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000441821

Fecha: 13/12/2021 08:47:52 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO – Empleado Provisional. Retiro Forzoso. Ley 1821 de 2016. Radicado: 20219000714212 del 23 de noviembre de 2021.

Acuso recibido de la comunicación de referencia, en la cual solicita orientación frente a los alcances jurídicos que tiene una entidad territorial para el retiro del servicio de los funcionarios que cuentan con edad y semanas cotizadas, contando algunos con la respectiva resolución de pensión, con vinculación en provisionalidad, toda vez que en firme la lista de elegibles de que trata la convocatoria territorial del año 2019, se verifica que un funcionario con nombramiento provisional se acogió a lo dispuesto en el Decreto 321 de 2017, me permito indicarle lo siguiente:

En primer lugar, es preciso indicar que por medio de la expedición del Decreto 321 de 2017, se corrigieron unos yerros que presentaba 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”.

En ese sentido, la mencionada ley, que entró en vigor a partir del 30 de diciembre de 2016, dispuso lo siguiente sobre la edad máxima para el retiro del servicio de personas que desempeñen funciones públicas, a saber:

“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 1 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 párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

ARTÍCULO 3. Esta ley no modifica el régimen de acceso a ningún cargo público, ni el de permanencia y retiro de los mismos, salvo en la edad máxima de retiro forzoso aquí fijada. Tampoco modifica las condiciones, requisitos, circunstancias y demás situaciones establecidas en el régimen general y los regímenes especiales que regulan el acceso al derecho a la pensión de jubilación.” (Subrayado fuera del texto original)

De igual forma, el Decreto 1083 de 2015, en la materia, dispuso:

“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."

De tal manera que con la expedición de la ley 1821 de 2016, se modificó la edad de retiro del servicio, la cual pasó de 65 a 70 años y para el caso consultado, el empleado público que cumpla con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación podrá permanecer voluntariamente en su empleo, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social, a quienes, no les será aplicable lo dispuesto en el parágrafo 3° del artículo 9° 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.

Ahora bien, abordando su tema objeto de consulta, una entidad territorial ya cuenta con lista de elegibles para proveer empleos vacantes de carrera administrativa; frente a la terminación del nombramiento provisional, el Decreto 1083 de 2015, dispuso:

"ARTÍCULO 2.2.5.3.4 Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados".

Al respecto, la Corte Constitucional mediante sentencia consideró lo siguiente en relación a la motivación que debe contener los actos administrativos que emita la administración y permitan el derecho de contradicción del administrado para declarar la insubsistencia de un empleado vinculado mediante provisionalidad, a saber:

"En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos son, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.

(...)

Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación.

(...)

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto". (Subrayado fuera del texto original).

De conformidad con las normas y el criterio expuesto por la Corte Constitucional, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede mediante la expedición de acto administrativo motivado a efectos que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula y pueda ejercer su derecho de contradicción con base en causales que otorgan la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera (Art. 125 C.P).

En ese sentido, la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente.

En consecuencia, es procedente que dentro de una entidad territorial se adelante ante la Comisión Nacional del Servicio Civil la oferta pública de empleos de carrera administrativa que presenten vacancia definitiva, y aquellos empleados que se encuentran bajo nombramiento provisional en dichos empleos, su declaratoria de insubsistencia resultará procedente mediante acto motivado por argumentos puntuales como es por la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo.

Así entonces, y para dar respuesta a su tema objeto de consulta, en esta situación donde ya cuenta la respectiva entidad territorial con lista de elegibles para proveer empleos vacantes definitivos provistos mediante nombramiento provisional, no es procedente dar aplicación a lo dispuesto en la Ley 1821 de 2016, sobre la edad máxima para el retiro del servicio de personas que desempeñen funciones públicas y la persona que ocupa el cargo en nombramiento provisional debe ceder el empleo a quien haya ganado el concurso.

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

Proyectó: Valeria B.

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública."*
2. *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública"*
3. Corte Constitucional, Sala Plena, 16 de noviembre de 2010, [SU-917](#) de 2010, [MP Jorge Iván Palacio Palacio]

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 10:55:28