



Concepto 265401 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000265401

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000265401

Fecha: 26/07/2021 11:44:04 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: CARRERA ADMINISTRATIVA. Proceso de Selección y/o concurso de méritos Radicado: 20219000492222 del 28 de junio de 2021.

En atención a la radicación de la referencia, en la cual consulta si teniendo la calidad de prepensionada puede participar en un concurso público de méritos, se da respuesta en los siguientes términos:

En primer lugar, es importante precisar que conformidad con el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo, efectúa la interpretación general de la normatividad vigente, por lo tanto, no tiene competencia para intervenir en situaciones particulares de las entidades, ni es competente para dirimir conflictos sobre derechos, razón por la cual solo se dará información general, respecto del tema objeto de consulta.

La Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, establece:

"ARTÍCULO 29. Concursos. Los concursos para el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño.

ARTÍCULO 30. Competencia para adelantar los concursos. Los concursos o procesos de selección serán adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de contratos o convenios interadministrativos, suscritos con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin. Los costos que genere la realización de los concursos serán con cargo a los presupuestos de las entidades que requieran la provisión de cargos. (...)" (Subrayado nuestro).

De esta manera, los concursos para proveer los empleos públicos serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño y no se encuentren inhabilitadas; así mismo se precisa que será la Comisión Nacional del Servicio Civil es el organismo facultado por la Constitución y la Ley para administrar la carrera administrativa, así como para adelantar los procesos de selección.

Ahora bien, el numeral 1.5 del Artículo 1º del Decreto 190 de 2003, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 790 de 2002, definió que el servidor próximo a pensionarse será aquel que le falten tres (3) años o menos, contados a partir de la promulgación de la respectiva ley, y que reúnan los requisitos de edad, 57 años mujeres y 62 años hombres, y tiempo de servicio o 1.300 semanas para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez o de jubilación.

Por su parte, la Ley 797 de 2003, por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales, dispuso lo siguiente:

"ARTÍCULO 9. El Artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

ARTÍCULO 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1º de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.
2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015." (Subrayado fuera de texto original)

De acuerdo con lo anterior, esta Dirección Jurídica considera que los servidores públicos que ostentan calidad de "prepensionados" son aquellos a quienes les faltan 3 años o menos para cumplir requisitos para adquirir la pensión de vejez dispuestos en el Artículo 33 de la ley citada anteriormente.

Ahora bien, por su parte la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, sobre las causales de retiro del servicio, el Artículo 41, dispone:

"ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:
(...)

e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez; (...)"

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, de manera explícita contempla la obligación de retirar a un empleado que haya obtenido la pensión de jubilación, así:

"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. (...)"

De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que una de las causales de retiro de un empleado público, es el haber obtenido el reconocimiento a la pensión de vejez, caso en el cual, el empleador dará por terminada la relación legal o reglamentaria, siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión, se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.

En consecuencia, y respondiendo su interrogante se indica en primer lugar que los concursos públicos de méritos, serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño, es decir, si su deseo es concursar por el cargo de Comisario de Familia, en el Municipio de Tangüa, siempre y cuando como se indicó cumpla con los requisitos descritos en la convocatoria.

En todo caso, deberá tener en cuenta que una vez se realice el reconocimiento de la pensión y se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente, la entidad estará en la obligación de retirarle del servicio, por haber obtenido la pensión de vejez.

Es decir, la decisión de participar o no en el concurso será suya, y dependerá de la valoración que respecto de caso específico realice.

Por último, se indica que en el evento de salir ganadora en el proceso de selección y ser nombrada en periodo de prueba, y en el evento que supere el mismo con evaluación satisfactoria, podrá permanecer en el empleo hasta la edad de retiro forzoso, regulada en la normatividad que se desarrolla a continuación.

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 así:

"ARTÍCULO 1. Corregido por el Decreto 321 de 2017. 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".

Esta Ley amplió 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 1º 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 3º del Artículo 9º 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 2º 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. Así quedó consignado, además, en los antecedentes legislativos de la norma, tal como se explicó en el aparte B) de este concepto.

Se reitera entonces que en todo caso será usted la que decida la opción que más le convenga a la luz de los preceptos normativos que se han indicado.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web de la entidad en el link <https://www.funcionpublica.gov.co/web/eva/gestor-normativo>, «Gestor Normativo», donde podrá consultar entre otros temas, los Concepto 265401 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

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.

Atentamente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Janne Alexandra Guzmán Quintero.

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:13:15