



ORIGEN: SUBDIRECCION TECNICA/VARGAS ACHE HERNANDO
DESTINO:
ASUNTO: RESPUESTA RAD 2016ER1445 CONCEPTO SOBRE POSIBILID/
OBS: N/A

ST
Bogotá D.C.,

Bogotá

ASUNTO: Respuesta Radicado 2016-ER 1445, concepto sobre posibilidad de vinculación de Servidores Públicos en empleos de Libre Nombramiento y remoción.

De manera atenta este Despacho da respuesta a su solicitud contenida en el asunto, en los siguientes términos:

1. ENTORNO FACTICO

"El presente oficio es para solicitar a este Departamento concepto técnico en cuanto a la posibilidad de vincular una persona pensionada en un empleo de Libre Nombramiento y Remoción, teniendo en cuenta la normatividad vigente en la materia, es decir el artículo 29 del Decreto – ley 2400 de 1968, el artículo 1 del Decreto 2040 de 2002, el artículo 1 del Decreto 4229 de 2004, el Decreto 863 de 2008, artículo 1 del Decreto 583 de 1995 y el artículo 19 de la Ley 4 de 1992. Se requiere este concepto dadas las distintas interpretaciones dadas a la norma en cuanto a la aplicabilidad de la misma dependiendo de la calidad de vinculación".

2. ENTORNO JURIDICO

La Corte Constitucional en Sentencia C-124 de 1996, Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, referente a la vinculación de pensionados a la Administración Pública expuso:

"Por su parte, el artículo 25 del Decreto 2400 de 1968 establece que "la cesación definitiva de funciones se produce en los siguientes casos: (...) d) Por retiro con derecho a jubilación".

Igualmente, el artículo 29 ibidem señala como regla general para efectos del retiro, que:

Carrera 30 No 25 – 90,
Piso 9 Costado Oriental.
Tel: 3 68 00 38
Código Postal: 111311
www.serviciocivil.gov.co



BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS



“El empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación cesará definitivamente en sus funciones y será retirado del servicio”.

No obstante, en la misma disposición en su inciso 2º se establecen los casos en los cuales la persona pensionada por jubilación puede ser eventualmente reintegrada al servicio, en los cargos allí determinados en forma taxativa, a saber: Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio y de Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y Secretarios Privados de los Despachos de los funcionarios aquí previstos.

Adicionalmente y complementando este precepto, el artículo 31 del decreto ibídem, determina que:

“Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años, será retirado del servicio y no será reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos.

Exceptúanse de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2o. del artículo 29 de este decreto”.

Ahora bien, según el artículo 125 de la Carta Política, el legislador está habilitado para determinar las formas de ingreso y retiro de los empleados en los órganos y entidades del Estado. No obstante la regla general, según la cual el cumplimiento de la edad de retiro forzoso o de los requisitos para poder disfrutar de una pensión de jubilación, da lugar al retiro del servicio del empleado, sin que pueda ser reintegrado al mismo, el legislador está facultado para consagrar excepciones a dicha prohibición, pudiendo señalar algunos cargos de libre nombramiento y remoción, susceptibles de ser desempeñados por personas jubiladas, como los mencionados en el precepto acusado (artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, subrogado por el Decreto 3074 del mismo año), cuya norma no ha perdido vigencia a juicio de esta Corporación con la expedición de la Constitución Política de 1991, en aras de la eficacia y eficiencia de la función pública.

Desde luego que en este evento se entiende que el pensionado reincorporado al servicio para desempeñar alguno de los cargos señalados en la norma acusada no podrá, mientras dure en ejercicio de las funciones inherentes al respectivo empleo, recibir la asignación pensional correspondiente, sino aquellas derivadas del empleo respectivo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 128 superior que prohíbe “recibir más de una asignación que provenga del tesoro público”.

Resulta entonces claro para la Corte que las excepciones previstas en la norma sub-examine, se refieren a los cargos mencionados, a los cuales se accede en virtud de elección popular -en el caso del Presidente de la República- o en ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción en los demás eventos, y dada la naturaleza e importancia de los mismos, requieren ser desempeñados por personas cuya experiencia, conocimientos y trayectoria garanticen la eficiencia de la función pública.

Carrera 30 No 25 – 90,
Piso 9 Costado Oriental.
Tel: 3 68 00 38
Código Postal: 111311
www.serviciocivil.gov.co



**BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS**



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
GESTIÓN PÚBLICA

Departamento Administrativo del Servicio Civil

A lo anterior debe agregarse que las normas consagradas en el Decreto 2400 de 1968, subrogado por el Decreto 3074 del mismo año, regula la administración del personal civil que presta sus servicios en los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público, sin hacer referencia en ellos a las autoridades del orden departamental, distrital o municipal.

Por el contrario, estima la Corporación que dicho precepto desarrolla el mandato superior que habilita al legislador para regular las normas relacionadas con el ingreso y retiro del servicio -artículo 125 CP-, y adicionalmente, establece situaciones excepcionales que permitan a los pensionados por jubilación desempeñar los empleos señalados en la misma disposición, los cuales por su naturaleza y delicada función, demandan un alto grado de confianza, experiencia y conocimientos para la verdadera y real eficacia de la función pública dentro del adecuado cumplimiento de los fines del Estado."

Igualmente, con relación al Vocablo ASIGNACIÓN, el Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación No 1344 de mayo 10 de 2001, Consejero Ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce, relativo al artículo 128 de la C.P, expresó:

"Para efectos de lo dispuesto en los artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la ley 4ª de 1992, el vocablo "asignación" es un término genérico que comprende las sumas provenientes del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, percibidas por los servidores públicos - sin excepción, dado que la expresión "nadie" no excluye a ninguno de ellos -, por concepto de remuneración, consista ésta en salario o prestaciones, honorarios o cualquier otro emolumento o retribución, salvo aquellas exceptuadas de forma expresa por el legislador."

Ahora bien, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante radicado No. 786 del 26 de marzo de 1996, Consejero Ponente: Doctor César Hoyos Salazar, respecto del tema objeto de la consulta expresó lo siguiente:

(...)

Retomando la disposición de la Ley 100 de 1993, según la cual no se puede retirar al empleado público que satisface las exigencias para gozar de pensión de jubilación mientras no cumpla sesenta y cinco (65) años, puede afirmarse que ella le está otorgando al empleado el derecho a seguir trabajando y a disfrutar de los beneficios que de ese hecho se deriven, entre ellos cotizar para aumentar el monto de la pensión, en el caso de los servidores que se jubilen con arreglo a la Ley 100 de 1993 y bajo el régimen de prima media con prestación definida (art. 33 parágrafo 3º). Frente a quien está jubilado sin tener la edad de retiro forzoso, la prohibición de reintegro resulta discriminatoria porque lo priva del derecho de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40 - 7 C.N.) y de recibir los beneficios que de ese derecho se derivan.

La anterior interpretación tiene apoyo en el derecho fundamental a la igualdad ante la ley, estatuido en el artículo 13 de la Carta Política. Sobre este derecho se ha pronunciado la Corte Constitucional en varias sentencias, precisando que "la discriminación, en su doble acepción de acto o resultado, implica la violación del derecho a la igualdad. Su prohibición constitucional va dirigida a impedir que se coarte, restrinja o excluya el ejercicio de los

Carrera 30 No 25 – 90,
Piso 9 Costado Oriental.
Tel: 3 68 00 38
Código Postal: 111311
www.serviciocivil.gov.co



**BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS**



derechos y libertades de una o varias personas, se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio sólo a algunas, sin que para ello exista justificación objetiva y razonable" (Corte Constitucional, Sentencia T - 098 de marzo 7 de 1994).

El derecho al reintegro se entiende, obviamente, sin perjuicio de la prohibición de recibir dos o más asignaciones del tesoro público contenida en el artículo 128 de la Carta Política. Esta incompatibilidad tiene algunas excepciones consignadas en el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, que son taxativas y no pueden ampliarse por analogía; por tanto, en los casos eximidos, la persona que sea reintegrada al servicio público dejará de percibir la pensión de jubilación, salvo que esta fuere superior, caso en el cual recibirá únicamente ésta.

El artículo 150 de la Ley 100 de 1993, dispone: "(...). *Parágrafo. No podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el sólo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso.*"

El artículo 71 del Código Civil Colombiano, consagra: "La derogación de las Leyes podrá ser expresa o tácita.

Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior".

La Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil - en Sentencia del 28 de marzo de 1984, sobre la derogatoria de las normas, expresó: "(...) la derogación de una ley puede ser expresa, tácita y orgánica. Es de la primera especie cuando la nueva ley suprime formalmente la anterior; es de la segunda, cuando la norma posterior contiene disposiciones incompatibles con las de la antigua; y es de la tercera, cuando una ley nueva regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.

La derogación tácita encuentra su fundamento o razón de ser en que, existiendo dos leyes contradictorias de diversas épocas tiene que entenderse que la segunda ha sido dictada por el legislador con el propósito de modificar o corregir la primera; (...)". (Subrayas fuera del texto).

3. ANALISIS

De conformidad con el marco jurídico, le manifestamos que en el caso de su consulta, al haber expedido el Legislador la Ley 100 de 1993 y al prever ésta en el párrafo del artículo 150 que el funcionario que ha cumplido los requisitos para pensión, sin haber llegado a la edad de retiro forzoso (65 años), pueda seguir vinculado a la administración, a su vez, y por razones de igualdad ante la ley se permitiría que aquellos pensionados que no se encuentren dentro del límite de edad de retiro forzoso, puedan acceder a empleos dentro de la administración pública.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
GESTIÓN PÚBLICA

Departamento Administrativo del Servicio Civil

El precitado artículo, de manera tácita derogó aquellas disposiciones que establecían la limitación del acceso a la administración pública, para quienes tuvieran la condición de pensionados, teniendo en cuenta que, al existir leyes contradictorias expedidas en diferentes épocas, se entiende que prevalece la última dictada por el legislador, en razón a que ésta modifica o corrige las primeras, como lo expresó la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 28 de marzo de 1984, arriba transcrita.


Por lo anterior, y dado que las restricciones pertinentes señaladas en los decretos 2400 y 3074 de 1968, 1950 de 1973, fueron derogados tácitamente por el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con el pronunciamiento del Consejo de Estado en Concepto 786 del 26 de marzo de 1996, es viable que pueda acceder al desempeño de empleos públicos, hasta tanto, no se encuentre dentro de la edad de retiro forzoso, puesto que en caso contrario, sólo podría acceder al servicio, para el ejercicio de los empleos señalados en los Decretos 2400 de 1968, 1950 de 1973, 2040 de 2002, 4229 de 2004 y 863 de 2008.

Finalmente, cabe anotar, que en el evento de que sea vinculado deberá tener en cuenta la incompatibilidad prevista en el artículo 128 de la Constitución Política, relacionada con el hecho de encontrarse percibiendo doble asignación del tesoro público (salario y pensión), es decir, que por mandato expreso de la ley, el pensionado incorporado al servicio público no puede recibir sino la asignación del cargo o ésta y la diferencia en monto con relación al de su pensión, pero no podrá percibir en forma simultánea sueldo y pensión completos.

El pensionado deberá informar de su situación a la entidad de previsión social que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión para que suspenda el pago o asuma la diferencia.

El presente concepto se emite, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la ley 1755 de 2015.


HERNANDO VARGAS ACHE
Subdirector Técnico

Funcionario/Contratista	Nombre	Cargo	Firma	Fecha
Proyectado por:	Alvaro León Pachón	Profesional Especializado		Mayo 1 de 2016
Revisado por:	Dr. Hernando Vargas Ache	Subdirector Técnico		Mayo 6 de 2016
Declaramos que hemos revisado el presente documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales, y por lo tanto, lo presentamos para firma del (cargo de la persona que firma el oficio) del Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital (DASCD)				

Carrera 30 No 25 – 90,
Piso 9 Costado Oriental.
Tel: 3 68 00 38
Código Postal: 111311
www.serviciocivil.gov.co



**BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS**