



Concepto 075501 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000075501

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000075501

Fecha: 21/02/2023 12:03:08 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: REINTEGRO AL SERVICIO. RADICACIÓN: 20239000042872 Del 23 de enero de 2022.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta:

¿Puede ser reintegrado una persona pensionada que gano un concurso en un empleo del nivel asistencial?

Es importante señalar que de acuerdo con la Corte Constitucional: *“las inhabilidades son requisitos negativos para acceder a la función pública o circunstancias fácticas previstas en el ordenamiento jurídico que impiden que una persona tenga acceso a un cargo público o permanezca en él. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la inhabilidad no es una pena sino una garantía de que el comportamiento o cargo anterior del aspirante no afectará el desempeño de las funciones públicas que pretende ejercer.*

Las inhabilidades tienen como propósito: (i) garantizar la transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad en el acceso y la permanencia en el servicio público; y (ii) asegurar la primacía del interés general sobre el interés particular del aspirante. Así, las inhabilidades son un mecanismo determinante “para asegurar ciertas cualidades y condiciones en los aspirantes a ejercer un cargo o función públicos en forma acorde con los intereses que se pretenden alcanzar con ese desempeño”¹

En virtud de lo anterior, las inhabilidades son situaciones taxativas determinadas por el constituyente y legislador en la Constitución y en la Ley su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede su aplicación analógica ni extensiva y su finalidad es impedir quienes se encuentren inmersos en dichas situaciones puedan ejercer funciones de públicas con el fin de evitar un menoscabo o cualquier afectación al interés general.

Ahora bien, con ocasión a las incompatibilidades señala la Corte Constitucional lo siguiente: *“las incompatibilidades consisten en una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado.”²*

De conformidad con la jurisprudencia constitucional transcrita, las incompatibilidades son situaciones donde el servidor se vea impedido para ejercer funciones públicas, al considerarse que por la ejecución de las mismas se vea afectado el interés superior.

Así las cosas, con ocasión a su interrogante es preciso indicar que la Constitución Política establece frente a la prohibición de recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, lo siguiente:

“ARTÍCULO. 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.” (Subrayado fuera de texto)

Aunando a lo anterior ley 4 de 1992³ en su artículo 19 reconoce una lista de las excepciones determinadas por el legislador bajo las cuales un empleado podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público.

En este sentido, las excepciones contenidas en esta disposición son:

- “a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;*
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;*
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;*
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;*
- e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;*
- f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;*
- g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados”*

De lo anterior que, los empleados públicos no podrán recibir más de una asignación por parte del tesoro público, salvo que se encuentre bajo una de las excepciones establecidas por el legislador contenidas en la norma arriba mencionada.

En este orden de ideas, es clara la norma en advertir sobre la prohibición que tienen los empleados públicos para recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, por lo que en respuesta a su consulta no es procedente que bajo su calidad de empleado público se encuentre como beneficiario de la nómina pensional, recibiendo así dos asignaciones.

Así mismo, resulta oportuno mencionar que, la Ley 797 de 2003⁴, señala:

“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:

(...)

PARÁGRAFO 3. Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones.” (subrayado fuera de texto)

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-1037 de 2003 analizó la constitucionalidad de esta disposición, y respecto al retiro de los servidores públicos con derecho a pensión de las entidades del Estado, afirmó lo siguiente:

“La Corte constata que con este condicionamiento no se incurre en la prohibición constitucional conforme a la cual no se pueden recibir dos asignaciones que provengan del tesoro público (C.P., art.128), en relación con los pensionados del sector público, pues una vez se incluye en la nómina correspondiente el pago de la mesada pensional respectiva debe cesar la vinculación laboral.” (subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo expuesto por la Honorable Corte Constitucional, es claro que una vez se haya incluido al servidor público en la respectiva

nómina de pensionados, se debe cesar el vínculo laboral, en este caso la relación laboral y reglamentaria."

De acuerdo con lo anterior, la norma señala que en efecto una vez sea reconocida la pensión por parte de la administradora del sistema general de pensiones, El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria.

Siguiendo lo contemplado por la norma, la Corte sostiene que los pensionados del sector publico deben ser desvinculados de las entidades una vez sean incluidos dentro de la nómina de pensionados por parte de la administradora del sistema general de pensiones, para efectos de no encontrarse dentro de la prohibición contemplada por el artículo 128 de la constitución política arriba transcrito, por lo anterior y para efectos de dar respuesta puntual a su consulta, se permite indicar esta Dirección Jurídica que una vez el empelado se encuentre dentro de la nómina pensional deberá de ser retirado del cargo.

Ahora, en este punto cabe aclarar que existe un tratamiento diferente para aquellos casos en donde los aportes son provenientes de empleos del sector privado, dado que, lo que genera que se esté frente a la prohibición del artículo 128 de la constitución es la naturaleza de los aportes, de este modo que dependerá del sector de la empresa que realizó los aportes y no del fondo en el que se haya realizado el ahorro.

Sobre el particular el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, en sentencia con ponencia de la magistrada Bertha Lucía Ramírez de Páez, dictada dentro del expediente con Radicación número: 2701 del 30 de junio de 2011, explicó:

"La Sala comparte la apreciación del Departamento Administrativo de la Función Pública, que recoge en su concepto el Agente del Ministerio Público, en cuanto considera que la norma demandada no es aplicable a los jubilados particulares.

En efecto, dichos jubilados, siendo trabajadores activos, estuvieron sometidos al régimen privado (C.S.T.), en consecuencia, su pensión proviene de aportes de la empresa privada y no del tesoro público, condición está última que contempla el artículo 128 de la Constitución Política, para que se configure la prohibición que consagra; frente a esta situación, al referirse a sus destinatarios, el precepto demandado menciona a quienes reciben pensión de jubilación o de vejez y se reintegren al servicio en uno de los empleos señalados en el artículo 29 del Decreto N 2400 de 1968, los cuales, evidentemente, pertenecen a las Entidades de la Rama Ejecutiva del poder público.

Se tiene entonces, que si las personas pensionadas con aportes de empresas del sector privado no estuvieron vinculadas al servicio público, incluidas las Entidades señaladas en el artículo 29 del Decreto N 2400 de 1968, no podrían se reintegradas al servicio en uno de los empleos señalados en la norma citada, o vincularse en uno de elección popular, porque no puede hablarse de reintegro de quienes nunca integraron o fueron parte del servicio público, en conclusión, la norma está reservada a quienes de pensionaron en el servicio público.

Se concluye entonces, que no le asiste la razón al demandante cuando sostiene que el artículo 1 del Decreto N 583 de 1995 infringe el artículo 128 Superior transcrito, porque, a su juicio, desconoce el derecho de quienes han trabajado para adquirir una pensión que proviene de dineros diferentes a los del tesoro público, pues, en contra de su afirmación, quienes perciben pensión por aportes de Entidades privadas, pueden vincularse laboralmente con el Estado y recibir tanto el salario correspondiente al empleo como la pensión respectiva, vale decir que no es cierto lo que sostiene el actor, en el sentido de que dichos pensionados son privados de su derecho por el solo hecho de laborar en cargos públicos.

Por las mismas razones no se evidencia infracción de los artículos 150, numeral 19, literales e) y f), de la Constitución Política y 19 de la ley 4ª de 1992.

Sobre el alcance de la expresión doble asignación a que se refieren los artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la Ley 4ª de 1993, se ha pronunciado esta Corporación en los siguientes términos¹:

(...)

"Adicionalmente, la Sala, en esta oportunidad, considera importante agregar a lo ya dicho sobre el particular, que el contenido de la expresión "asignación proveniente del tesoro público" está intrínsecamente vinculada a obligaciones que se deban sufragar con recursos del presupuesto público (nacional, departamental o municipal y sus entidades descentralizadas), por lo cual no se puede afirmar que las pensiones pagadas por el ISS, entidad descentralizada de la rama ejecutiva del poder público, por ese solo hecho, provienen del tesoro público, pues tal instituto administraba en buena medida, recursos provenientes de los empleadores y trabajadores del sector privado y, en la actualidad, administra recursos parafiscales, por lo cual debe concluirse que tales recursos no son ni provienen del tesoro público.

"...

"Así, y luego de analizar este primer aspecto planteado en la consulta, encuentra la Sala que, desde el punto de vista de la prohibición

constitucional consagrada en el artículo 128 de la Carta, no se configura ninguna incompatibilidad entre la recibir sueldo en un cargo público y pensión de vejez, pues no se trata de dos asignaciones provenientes del tesoro público, pues los recursos con los cuales se pagan estas últimas a cargo del ISS, provienen o de los aportes patronales y de los aportes del trabajador efectuados antes de la vigencia de la ley 100 de 1.993, o son recursos parafiscales aportados después de su vigencia, aunque es el ISS, en calidad de administrador de pensiones o del sector privado o de los afiliados al Sistema General de Pensiones, quien reconoció y se encuentra pagando las mesadas pensionales a que tienen derecho los trabajadores, bien porque en el régimen anterior hubieren cumplido los requisitos de tiempo de cotización y edad al servicio del sector privado, o bien las semanas de cotización en cualquier sector después de la vigencia de la ley 100.(...)" (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, es oportuno indicar que de acuerdo con lo establecido por el Consejo de Estado no se encuentra impedimento legal para que quienes perciben pensión por aportes realizados exclusivamente por entidades privadas, puedan vincularse a un empleo de una entidad del pública y que en consecuencia reciban tanto el salario correspondiente al empleo como la pensión respectiva, en tanto la pensión provenga de dineros diferentes a los del tesoro público, con el fin de no vulnerar lo establecido en el artículo 128 Constitucional.

Por lo que, en caso de que el interesado perciba la pensión con ocasión al aporte de entidades del sector privado, no encuentra impedimento legal para que pueda acceder a un empleo en una entidad pública si a la fecha no ostenta la edad de retiro forzoso.

Sin perjuicio de lo anterior, el Decreto 1083 de 2015⁵ en su artículo 2.2.11.1.5, establece:

"ARTÍCULO 2.2.11.1.5 Reintegro al servicio de pensionados. La persona mayor de 70 años o retirada con derecho a pensión de vejez no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar los cargos de:

Presidente de la República.

Ministro del despacho o Director de Departamento Administrativo.

Superintendente.

Viceministro o Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo.

Presidente, Gerente o Director de entidades descentralizadas.

Miembro de misión diplomática no comprendida en la respectiva carrera.

Secretario privado de los despachos de los servidores anteriores.

Consejero o asesor.

Elección popular.

Las demás que por necesidades del servicio determine el Gobierno Nacional, siempre que no sobrepasen la edad de retiro forzoso.

PARÁGRAFO. La persona que se encuentre gozando de pensión de jubilación y que no haya llegado a la edad de 70 años, podrá ser reintegrada al servicio al empleo de:

Director General o Subdirector de Unidad Administrativa Especial con o sin personería jurídica.

Subdirector de Departamento Administrativo.

Secretario de Despacho código 020, de las Gobernaciones y Alcaldías.

Subdirector o Subgerente de establecimiento público.

Secretario General de Establecimiento Público del Orden Nacional

Presidente, Gerente o Subgerente de Empresa Oficial de Servicios Públicos del orden nacional o territorial.

Rector, Vicerrector General, Vicerrector Nacional, Vicerrector de Sede, Secretario General, Gerente Nacional, Directores Nacionales y Decanos de los entes universitarios autónomos.

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." (subrayado fuera del texto).

De acuerdo con la norma citada, quien sea mayor de 70 años o se haya retirado con derecho a pensión de vejez solo podrá ser reintegrada al servicio en los cargos taxativamente señalados en el artículo 2.2.11.1.5 del Decreto 1083 de 2015. A su vez, la persona que se encuentre gozando de pensión y que no haya llegado a la edad de 70 años, podrá reintegrarse a los cargos señalados en el parágrafo del citado artículo.

En este orden de ideas y para efectos de dar respuesta puntual a su consulta, podrá ser reintegrada al servicio en los empleos establecidos por la norma cuando la persona que pretenda desempeñar tal dignidad tenga 70 años o se haya retirado con derecho a la pensión de vejez.

Ahora bien, frente a si debe suspender su mesada pensional o le es permitido recibir simultáneamente la asignación mensual como Ministro (a), me permito informar que esta Dirección Jurídica se pronunció frente a consulta similar con radicado No. 2014600000291 del 02 de enero de 2014, concluyendo lo siguiente:

“Con fundamento en la normatividad y la jurisprudencia que se ha dejado transcrita, es necesario considerar adicionalmente que esta Dirección Jurídica, ha precisado el alcance del Decreto 583 de 1995, en el sentido que si bien en un principio la redacción de este artículo segundo y una interpretación literal del mismo podrían dar lugar a establecer que la prohibición allí señalada se extiende a los dos eventos contemplados en el artículo primero, una lectura armónica del inciso segundo del artículo segundo, en consonancia con el resto del articulado del decreto permiten inferir que la intención del Gobierno al regular estos eventos, era la de precisar el procedimiento a seguir tanto por el pensionado como por la entidad de previsión a cargo de la cual se encuentra el pago de la mesada pensional, cuando se presentara alguna de las dos circunstancias, es decir, que la mesada pensional fuera superior a la asignación básica o que esta última fuera inferior a aquella.

Para el caso en que la asignación sea superior a la mesada pensional, la persona que se reintegre al servicio en uno de los empleos señalados en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 o en uno de elección popular, tendrá derecho a percibir la asignación mensual correspondiente, quedando, en consecuencia, suspendida la mesada pensional. En este caso, el artículo 4 del Decreto 583 en estudio señala que procederá la revisión del valor de la mesada pensional, si a ello hubiere lugar, para lo cual se sujetará a los términos y condiciones previstas en el artículo 4º de la ley 171 de 1961.

Para el evento que la asignación sea inferior a la mesada pensional y sólo para este evento y no el primero, se establece la limitación de que el conjunto de sumas percibidas en un año por conceptos salariales y prestacionales, más la diferencia pensional, no podrá superar lo que le habría correspondido en el período de un año por concepto de mesadas pensionales

(...)”.

De acuerdo con lo anterior, no existe ninguna prohibición para que la persona que se encuentra gozando de la pensión de jubilación o vejez y se reintegra al servicio en un empleo de los exceptuados en el artículo 2.2.11.1.5 del Decreto 1083 de 2015, perciba la asignación mensual del cargo para el cual fue nombrado, con sus respectivas prestaciones sociales y demás emolumentos a los cuales tiene derecho por tal, siempre y cuando quede suspendida la mesada pensional con lo cual se daría cumplimiento a la disposición constitucional, en el sentido de que nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado.

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 <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

Lo anterior 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: Ana María Naranjo

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ Corte Constitucional, Sentencia C -393 de 2019 MP: Carlos Bernal Pulido

² Corte Constitucional, Sentencia C - 903 de 2008 M.P: JAIME ARAUJO RENTERIA. 17 de Septiembre de 2008.

³ Ley 4 de 1992 *“Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política”.*

⁴ 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

⁵ Decreto 1083 de 2015 *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.”*

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:40:16