



Concepto Sala de Consulta C.E. 786 de 1996 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

EMPLEADO LOCAL / REGIMEN DE PERSONAL / NORMA NACIONAL - Aplicación

Por mandato de la Ley 27 de 1992, las disposiciones de los Decretos - ley 2400 y 3074 de 1968, la Ley 61 de 1987, sus decretos reglamentarios y las normas que la modifiquen o adicione son aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades u organismos de los niveles nacional, departamental, distrital (incluido el Distrito Capital conforme al Decreto 1421 de 1993), municipal y sus entes descentralizados, en las asambleas departamentales, en los concejos municipales y distritales y en las juntas administradoras locales.

PENSIONADO / CAUSAL DE RETIRO - Derogación / REINTEGRO AL SERVICIO / EDAD DE RETIRO FORZOSO / DOBLE ASIGNACION DEL TESORO - Incompatibilidad

La prohibición de reintegrar al servicio empleados públicos retirados para disfrutar la pensión de jubilación, establecida en los Decretos - ley 2400 (art. 29) y 3074 de 1968 (art. 1º) y 1950 de 1973 (arts. 120, 121 y 124) quedó derogada tácitamente por el párrafo del artículo 150 de la Ley 100 de 1993. El reintegro podrá hacerse si la persona no ha llegado a la edad de retiro forzoso; cumplida esa edad sólo podrá ser reintegrada a los empleos consignados en el artículo 29 del Decreto - ley 2400 de 1968, o a los de elección popular. No obstante, se tendrá en cuenta la incompatibilidad establecida por el artículo 128 de la Constitución, consistente en que 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 que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Ver los Decretos Nacionales [2040](#) de 2002, [4229](#) de 2004 y [863](#) de 2008

PENSIONADO / REINTEGRO AL SERVICIO / EDAD DE RETIRO FORZOSO - Excepciones / CARGO DE ELECCION POPULAR / LEY DE SEGURIDAD SOCIAL

Las personas pensionadas al amparo de la Ley 100 de 1993 también podrán ser reintegradas al servicio público, siempre que no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, y en caso contrario sólo a los cargos exceptuados por el artículo 29, en armonía con el 31, del Decreto - ley 2400 de 1968, o a los de elección popular. Las excepciones a la prohibición de reintegrar personas jubiladas al servicio público perdieron eficacia, porque están derogadas tácitamente las normas que consignaban el impedimento.

Autorizada su publicación con oficio número 174 del 11 de abril de 1996.

ALCALDE - Inhabilidad / GOBERNADOR - Inhabilidad / PENSION DE JUBILACION / CAUSAL DE INHABILIDAD - Inexistencia / DOBLE ASIGNACION DEL TESORO - Excepción

En cuanto a los gobernadores y alcaldes, elegidos por votación popular, la ley no ha erigido la situación de jubilado como inhabilidad para ser elegido. Y, en cuanto a la incompatibilidad entre la pensión de jubilación y las asignaciones del cargo, el Decreto 583 de 1995 consigna que los jubilados que se reintegren a uno de los empleos señalados en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 o en uno de elección popular, percibirán la asignación mensual correspondiente; si esta es inferior a la mesada pensional, percibirán además la diferencia hasta concurrencia del valor total de la prestación. Esta norma debe entenderse como una excepción a la prohibición de percibir dos o más asignaciones del tesoro público.

MINISTRO DEL DESPACHO / SECRETARIO DE GOBERNACION / SECRETARIO DE ALCALDIA / ANALOGIA - Inaplicación

No es posible asimilar jurídicamente los empleos de ministro con los empleados de despacho de gobernaciones y alcaldías, porque aquel tiene origen en la Carta Política (artículos 206 a 208) mientras estos son creados por ordenanza o acuerdo; su diferencia de nivel implica también una marcada diferencia de funciones. Los secretarios privados de los gobernadores, alcaldes y secretarios de despacho de gobernaciones y alcaldías, no están comprendidos en las excepciones que consagran los Decretos 2400 y 3074 de 1968 y su Reglamentario 1950 de 1973; su naturaleza exceptiva no permite entender su aplicación por analogía.

UNIDAD DE APOYO - Personal / CONCEJAL / DIPUTADO / EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION

Las unidades de apoyo de los concejales y diputados se rigen por las disposiciones legales aplicables al personal que, por no estar sometido al régimen de carrera administrativa, es de libre nombramiento y remoción.

Ver el [Concepto del D.A.S.C. 705 de 2008](#), Ver las Sentencias de la Corte Constitucional [C-124 de 1996](#) y [C-563 de 1997](#).

Consejero Ponente: Doctor César Hoyos Salazar.

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Radicación número 786.

Referencia: Jubilados. Prohibición de reintegro al servicio público en departamentos, distritos y municipios. Decretos 2400 y 3074 de 1968 y 1950 de 1973.

El señor Ministro del Interior, doctor Horacio Serpa Uribe, atendiendo una solicitud de la señora Gobernadora de Cundinamarca, formula a la Sala la siguiente consulta:

"1. ¿Las personas que gozan de pensión de jubilación reconocida por la Caja de Previsión Social de Cundinamarca, Caprecundi, pueden legalmente tomar posesión del empleo de Consejero de este Despacho?

2. ¿Las prohibiciones y limitaciones a los pensionados, de que tratan los Decretos 2400 y 3074 de 1968, solamente se predicen de los pensionados oficiales que adquirieron la calidad de tales conforme a las disposiciones anteriores a la Ley 100 de 1993, en virtud de la prohibición consignada en el artículo 128 constitucional? ¿O se hace extensiva también a los pensionados particulares?

3. ¿Existen las mismas limitaciones para las personas que se pensionen al amparo de la Ley 100 de 1993?

4. ¿Las excepciones a la incompatibilidad de los pensionados para ocupar empleo público, aplicadas a las entidades territoriales, permite establecer la analogía del empleo de Presidente de la República con el de gobernador y alcalde; es decir, que un candidato a la gobernación o a la alcaldía que goce de pensión oficial, si resulta elegido puede percibir simultáneamente la pensión y las asignaciones del cargo? ¿O puede entenderse que la pensión oficial se erige en una inhabilidad para el candidato a gobernador o alcalde?

5. ¿Asimismo, es permisible jurídicamente asimilar, para el caso en consulta, los empleos de Ministro de Estado, con los de secretarios de despacho de gobernaciones y alcaldías?

¿Los secretarios privados de los gobernadores, alcaldes y secretarios de despacho de gobernaciones y alcaldías, también están comprendidos en la excepción que consagra el Decreto 1950 de 1973?

6. ¿Si las disposiciones sobre administración de personal indicadas en el artículo 2º de la Ley 27 de 1992 no se aplican a las unidades de apoyo de los concejales y diputados, se siguen estos rigiendo por las respectivas normas de los departamentos y municipios?

I. CONSIDERACIONES

1.1 Régimen de personal civil del nivel territorial. Por mandato de la Ley 27 de 1992, las disposiciones de los Decretos - ley 2400 y 3074 de 1968, la Ley 61 de 1987, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen son aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades u organismos de los niveles nacional, departamental, distrital (incluido el Distrito Capital conforme al Decreto 1421 de 1993), municipal y sus entes descentralizados, en las asambleas departamentales, en los concejos municipales y distritales y en las juntas administradoras locales.

Los empleados de las unidades de apoyo de los concejales y diputados quedaron excluidos del régimen de carrera administrativa. En consecuencia, están sometidos a las disposiciones legales aplicables a los cargos de libre nombramiento y remoción.

1.2 Retiro del empleo por reconocimiento de pensión de jubilación. Los artículos 25 letra d) del Decreto - ley 2400 de 1968, 105 numeral 6 y 119 de su reglamentario 1950 de 1973 y 7º letra d) de la Ley 27 de 1992 establecen, dentro de las causales de cesación definitiva de funciones en un empleo público, el acontecimiento de reunir los requisitos para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación.

Por su parte, el artículo 29 del mismo Decreto - ley 2400 de 1968, modificado por el artículo 1º del 3074 de 1968, y los artículos 120, 121 y 124 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, prescribían que el empleado estaba obligado a comunicar a la autoridad nominadora que había reunido los requisitos para jubilarse, y como resultado de la ocurrencia de este hecho la administración debía proceder a retirar al empleado del

Concepto Sala de Consulta C.E. 786 de 1996 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil **2** **EVA - Gestor Normativo**

servicio, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que cumpliera los requisitos. Posteriormente, el inciso 3º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 modificó parcialmente aquella norma al ordenar que ningún empleado oficial podía ser obligado a jubilarse antes de la edad de sesenta (60) años. Finalmente, el parágrafo del artículo 150 de la Ley 100 de 1993 deroga tácitamente, en lo pertinente, las normas antes mencionadas. Este último precepto ordena:

"No podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el solo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso".

En consecuencia, actualmente, no hay retiro de un empleado público por tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, sino por alcanzar la edad de retiro forzoso, estatuida en el artículo 31 del mismo Decreto - ley 2400 de 1968 en sesenta y cinco (65) años.

A esta conclusión se llega, porque el parágrafo del artículo 150 de la Ley 100 de 1993 no puede conciliarse con las disposiciones citadas de los Decretos - ley 2400 y 3074 de 1968, de la Ley 33 de 1985, de la Ley 27 de 1992, y por lo mismo estas deben considerarse derogadas tácitamente (art. 71 C.C.) en cuanto establecen el derecho a jubilación como causal de retiro, ordenan a la entidad pública que separe del cargo al empleado que reúna los requisitos para disfrutar de ese derecho y prohíben el reintegro al servicio de personas jubiladas. Por consiguiente, en este caso la separación ocurrirá cuando el empleado cumpla la edad de retiro forzoso (65 años), y no podrá ser reintegrado al servicio en empleos distintos a los consignados en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, modificado por el 3074 del mismo año, artículo al cual remite el 31 del mismo ordenamiento; estos empleos son los de presidente de la república, ministro del despacho, jefe de departamento administrativo, superintendente, viceministro, secretario general de ministerio o departamento administrativo, presidente, gerente o director de establecimientos públicos o de empresas industriales y comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidas en la respectiva carrera y secretario privado de los despachos de los funcionarios de que trata el mencionado artículo. El reintegro también puede hacerse a un cargo de elección popular por las razones que más adelante se expresan.

La interpretación del inciso 2º del artículo 29 del Decreto 2400, en el contexto del artículo y del resto de las disposiciones del mencionado decreto, indica que hay una relación de causalidad entre los dos incisos. El primero preceptúa que el empleado "será retirado" por la entidad y el segundo asigna a ese retiro la consecuencia de no poder ser reintegrado al servicio, salvo en los cargos que la misma norma sustrae de la prohibición. En síntesis, si no media el retiro por parte de la administración, con base en la mencionada causal, no puede darse el impedimento para el reintegro.

Cabe precisar que las normas que se vienen analizando no se aplicaban a los particulares, porque ellas sólo regulaban el régimen de los empleados de la Rama Ejecutiva del nivel nacional. Por igual razón el impedimento para ingresar a un empleo público no comprendía a los jubilados particulares.

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 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.

Al absolver una consulta sobre posible impedimento para tomar posesión del cargo de alcalde por parte de una persona con pensión de jubilación reconocida por la Caja Nacional de Previsión, esta Sala, en pronunciamiento de enero 30 de 1995 radicado bajo el número 661, dijo:

"Por consiguiente, de la prohibición de reincorporación al servicio público por parte de los jubilados o de las personas mayores de sesenta y cinco (65) años es menester excluir, además, los cargos que en la última década han adquirido la característica de ser de elección popular, verbigracia, los de gobernadores y alcaldes. El fundamento jurídico se encuentra no solamente en el derecho que en principio tiene todo ciudadano de elegir y ser elegido, prescrito por el artículo 40 - 1 de la Constitución Política, sino en la reglamentación especial que por mandato de ella debe establecer la ley, en la cual se determinarán, entre otros aspectos, las inhabilidades, incompatibilidades, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por el voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales (ibidem, art. 293)."

Concluye el concepto afirmando que entre las causales de inhabilidad para acceder al desempeño del cargo de alcalde no está la condición de jubilado ni la exigencia de ser menor de sesenta y cinco (65) años.

Con posterioridad a esta consulta el gobierno dictó el Decreto 583 de 1995, cuyo artículo 1º dispone que los jubilados que se reintegren a uno de los empleos señalados en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 o a uno de elección popular, percibirán la asignación mensual correspondiente; si esta es inferior a la mesada pensional, percibirán además la diferencia hasta concurrencia del valor total de la prestación. El alcance de esta disposición constituye otra excepción a la prohibición de percibir dos o más asignaciones del tesoro público.

En cuanto a si es posible homologar los cargos de secretarios de despacho de gobernaciones y alcaldías con los de Ministro de Estado, la Sala considera que ella no procede. El empleo de Ministro tiene origen en la Constitución Política (artículos 206 a 208), los de los mencionados secretarios son creados por ordenanza o acuerdo. Además, tienen nivel y funciones diferentes.

En consecuencia,

LA SALA RESPONDE:

1. Las personas retiradas del servicio público para disfrutar de la pensión de jubilación reconocida por la Caja de Previsión Social de Cundinamarca, Caprecundi, que no hubieren cumplido sesenta y cinco (65) años, pueden ser reintegradas al empleo de Consejero de la Gobernación de Cundinamarca. Al tomar posesión del cargo y mientras lo desempeñen, dejarán de percibir la pensión de jubilación, salvo que esta fuere superior, caso en el cual recibirán únicamente ésta.
2. La prohibición de reintegrar al servicio empleados públicos retirados para disfrutar la pensión de jubilación, establecida en los Decretos - ley 2400 (art. 29) y 3074 de 1968 (art. 1º), y 1950 de 1973 (arts. 120, 121 y 124), quedó derogada tácitamente por el parágrafo del artículo 150 de la Ley 100 de 1993. El reintegro podrá hacerse si la persona no ha llegado a la edad de retiro forzoso; cumplida esa edad sólo podrá ser reintegrada a los empleos consignados en el artículo 29 del Decreto - ley 2400 de 1968, o a los de elección popular. No obstante, se tendrá en cuenta la incompatibilidad establecida por el artículo 128 de la Constitución, consistente en que 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.
3. Las personas pensionadas al amparo de la Ley 100 de 1993 también podrán ser reintegradas al servicio público, siempre que no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, y en caso contrario sólo a los cargos exceptuados por el artículo 29, en armonía con el 31, del Decreto - ley 2400 de 1968, o a los de elección popular.
4. Las excepciones a la prohibición de reintegrar personas jubiladas al servicio público perdieron eficacia, porque están derogadas tácitamente las normas que consignaban el impedimento.

En cuanto a los gobernadores y alcaldes, elegidos por votación popular, la ley no ha erigido la situación de jubilado como inhabilidad para ser elegido. Y, en cuanto a la incompatibilidad entre la pensión de jubilación y las asignaciones del cargo, el Decreto 583 de 1995 consigna que los jubilados que se reintegren a uno de los empleos señalados en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 o en uno de elección popular, percibirán la asignación mensual correspondiente; si esta es inferior a la mesada pensional, percibirán además la diferencia hasta concurrencia del valor total de la prestación.

Esta norma debe entenderse como una excepción a la prohibición de percibir dos o más asignaciones del tesoro público.

No es posible asimilar jurídicamente los empleos de ministro con los de secretario de despacho de gobernaciones y alcaldías, porque aquel tiene origen en la Carta Política (artículos 206 a 208) mientras estos son creados por ordenanza o acuerdo; su diferencia de nivel implica también una marcada diferencia de funciones.

5. Los secretarios privados de los gobernadores, alcaldes y secretarios de despacho de gobernaciones y alcaldías, no están comprendidos en las excepciones que consagran los Decretos - ley 2400 y 3074 de 1968 y su Reglamentario 1950 de 1973; su naturaleza exceptiva no permite extender su aplicación por analogía.

6. Las unidades de apoyo de los concejales y diputados se rigen por las disposiciones legales aplicables al personal que, por no estar sometido al régimen de carrera administrativa, es de libre nombramiento y remoción.

Transcríbase en sendos ejemplares al señor Ministro del Interior y Gobernadora de Cundinamarca. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

Luis Camilo Osorio Isaza,

Presidente de la Sala (con salvamento parcial de voto);

Javier Henao Hidrón,

César Hoyos Salazar,

Roberto Suárez Franco.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: La Sala reitera el concepto del 30 de enero de 1995, Radicación 661, según el cual entre las causales de inhabilidad para acceder al desempeño del cargo de alcalde no está la condición de jubilado ni la exigencia de ser menor de 65 años.

EDAD DE RETIRO FORZOSO / REINTEGRO AL SERVICIO - Improcedencia / CARGO DE ELECCION POPULAR / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Excepción / ALCALDE / GOBERNADOR (Salvamento de voto)

Me aparto del criterio mayoritario de los colegas de la Sala en cuanto a la afirmación a la respuesta, según la cual, las disposiciones sobre la edad de retiro forzoso cumplidos los 65 años consignada en los Decretos 2400, art. 31 y 3074 de 1968, y el 1950 de 1973, art. 122, no genera efectos para los cargos de gobernador y de alcalde, por ser de elección popular. Argumentar que el mandato es obtenido por votación popular no es válido porque, por ejemplo, el Presidente de la República también lo es y lo fue al momento de la expedición de los decretos del año 68, sin embargo, la ley tuvo que ocuparse de excluirlo expresamente de los efectos del retiro forzoso, porque el solo voto ciudadano no lo exoneraba del régimen general. La Sala ha debido afirmar que el régimen aplicable para reintegrarse a la administración departamental o municipal por quienes habiendo cumplido la edad de retiro, o sea, 65 años, para ejercer cargos de gobernador o alcalde no es posible, porque no existe privilegio en la ley.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Me aparto del criterio mayoritario de los colegas de la Sala en cuanto a la afirmación en la respuesta, según la cual, las disposiciones sobre la edad de retiro forzoso cumplidos los 65 años consignada en los Decretos 2400, artículo 31 y 3074 de 1968, y el 1950 de 1973, artículo 122, no genera efectos para los cargos de gobernador y de alcalde, por ser de elección popular.

El régimen de retiro forzoso que fue extendido al nivel departamental y municipal según la Ley 27 de 1992, artículo 2º para todos los empleos, no previó exclusiones para estos niveles de la administración, como en efecto sí existen conforme al artículo 29 del Decreto 2400 para los de presidente, ministros, jefes de departamento administrativo, secretarios generales de estos y de los ministerios, superintendentes, viceministros, para los representantes legales de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, miembros de misiones diplomáticas no pertenecientes a la carrera y secretarios privados de los anteriores.

Argumentar que el mandato es obtenido por votación popular no es válido porque, por ejemplo, el Presidente de la República también lo es y lo fue al momento de la expedición de los Decretos del año 68, sin embargo, la ley tuvo que ocuparse de excluirlo expresamente de los efectos del retiro forzoso, porque el solo voto ciudadano no lo exoneraba del régimen general.

Item más, si la razón de no estar cobijados los alcaldes y gobernadores de la observancia del retiro forzoso, cumplida la edad, consiste en haber accedido mediante elección, ¿qué pasaría en el evento de que la vinculación no tenga lugar por votaciones sino que opere nombramiento Presidencial al gobernador o al alcalde de Santa Fe de Bogotá?; ¿o para el caso de cualquiera de los demás alcaldes del país, cuando el respectivo gobernador sea quien los nomine en los casos previstos por la ley?

Finalmente, tampoco tiene soporte jurídico efectivo pretender que el Decreto 582 de 1995 "por el cual se dictan disposiciones en materia prestacional del sector oficial", habilite a los gobernadores y alcaldes por la sola referencia del artículo 1º cuando indica a quienes gozan de pensión de vejez y se reintegren "en uno de los empleos señalados en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 o en uno de elección popular...", porque en todo caso es entendido para este último evento, que se trata de aplicar el beneficio prestacional a quienes estén autorizados por su régimen propio para hacerlo, como sería el caso de los congresistas que están excluidos también del régimen general de retiro al tener señalados en la Constitución las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos sin mencionar la edad de retiro forzoso.

Por estas razones considero que en el punto correspondiente, la Sala ha debido afirmar que el régimen aplicable para reintegrarse a la administración departamental o municipal por quienes habiendo cumplido la edad de retiro, o sea, 65 años, para ejercer cargos de gobernador o alcalde no es posible, porque no existe privilegio especial en la ley.

Luis Camilo Osorio Isaza.

Fecha y hora de creación: 2023-02-02 09:21:12