



## Concepto 300821 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000300821\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000300821

Fecha: 17/08/2022 12:01:23 p.m.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Docente  $\hat{\alpha}$  pensionado Docente puede estar pensionado y vincularse a la universidad. Radicación No. 20229000356522 del 7 de julio de 2022.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual presenta diferentes interrogantes relacionados con la procedencia de una doble remuneración para docentes universitarios, me permito manifestarle que las mismas serán resueltas en el orden en que fueron presentadas así:

Sea lo primero señalar que el artículo 69 de la Constitución Política de Colombia consagra:

*"Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley.*

*La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado (...)"*.

La Constitución Política ha reconocido a las universidades la autonomía, en virtud de la cual tienen el derecho a regirse por sus estatutos, de acuerdo a la ley. Es decir, el régimen especial de los entes universitarios es de origen constitucional.

En cumplimiento del mandato constitucional, se expidió la Ley 30 de 1992<sup>1</sup>, disponiendo en su artículo 28 el reconocimiento del derecho a las universidades a darse y modificar sus estatutos, a saber:

*"La autonomía universitaria consagrada en la Constitución Política de Colombia y de conformidad con la presente Ley, reconoce a las universidades el derecho a darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos y adoptar sus correspondientes regímenes y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional". (Subrayado fuera de texto)*

A su turno, el artículo 57 de la citada Ley se refiere a la organización del personal docente y administrativo, en los siguientes términos:

*"Las universidades estatales u oficiales deben organizarse como entes universitarios autónomos, con régimen especial y vinculados al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector educativo.*

*Los entes universitarios autónomos tendrán las siguientes características: personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente y podrán elaborar y manejar su presupuesto de acuerdo con las funciones que le corresponden.*

*El carácter especial del régimen de las universidades estatales y oficiales comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero y el régimen de contratación y control fiscal, de acuerdo con la presente ley (...)" (Subrayado fuera de texto)*

Bajo ese entendido, las universidades en virtud de su autonomía y carácter especial tienen el derecho a darse y modificar sus estatutos y adoptar sus correspondientes regímenes para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional, fijando sus reglas académicas, administrativas y financieras.

A partir del precepto normativo anterior, la reglamentación relacionada con las inhabilidades para los miembros del consejo directivo, edad de retiro, etc., se deberá acudir a lo dispuesto en sus respectivos estatutos.

No obstante, daremos respuesta a sus interrogantes de manera general así:

¿Existe alguna inhabilidad o incompatibilidad para que un funcionario de la Universidad, perciba al mismo tiempo asignación salarial por el empleo que desempeña y mesada pensional bien sea del régimen de prima media con prestación definida o del régimen de ahorro individual?

La Constitución Política en su artículo 128, dispone:

*“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. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.”* (Subrayado nuestro)

Al respecto, la Ley 4ª de 1992<sup>2</sup> estableció las excepciones generales a la prohibición constitucional de recibir más de una asignación del erario, así:

*“ARTÍCULO 19. 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. Exceptuánse las siguientes asignaciones:*

- 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 benefician a los servidores oficiales docentes pensionados.*

(...)” (Subrayado nuestro)

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia C-133 de 1993, expresó:

*“Si bien es cierto que en el artículo 128 C.P. se consagra una incompatibilidad, no lo es menos que ésta se encuentra en íntima relación de conexidad con la remuneración de los servidores estatales; basta ver que en ella se prohíbe la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona, tanto como recibir más de una asignación que provenga del erario público. El término "asignación" comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario, mesada pensional, etc. Siendo así, bien podía el legislador ordinario establecer dicha incompatibilidad dentro de la citada Ley 4a. de 1992, sin contrariar mandato constitucional alguno. Aún en el remoto caso de que se hubiere concluido que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los funcionarios públicos debía ser regulado por medio de ley ordinaria, el artículo 19, objeto de acusación, tampoco sería inconstitucional, por cuanto el legislador estaba perfectamente facultado para hacerlo”.* (Destacado nuestro)

Por su parte, la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado, en sentencia de febrero 23 de 2017, con Radicado No. 230012333000201400142 01, Magistrada Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, consideró:

*“La Constitución Política de 1886, estableció la prohibición de percibir más de una asignación proveniente del tesoro público o de empresas o*

instituciones en que tuviera parte el Estado, con excepción de los casos especialmente establecidos por el legislador. Así se observa en el artículo 64 *ibidem*:

*“Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndase por tesoro público el de la nación, los departamentos y los municipios.”*

Con posterioridad, el Decreto Ley 1317 de 18 de julio de 1960<sup>9</sup>, reiteró la prohibición prevista en el artículo 64 de la Constitución Política de 1886. No obstante, estableció algunas excepciones a dicha regla, y entre ellas la referida a las asignaciones provenientes de establecimientos educativos oficiales, siempre y cuando no se tratara de docentes que cumplieran su labor en tiempo completo, así:

*“ART. 1. Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo las excepciones que se determinan a continuación: a) Las asignaciones que provengan de establecimientos docentes de carácter oficial, siempre que no se trate de profesorado de tiempo completo;*

*(...)”* (Negrilla fuera de texto original)

De igual forma, el Decreto 1042 de 7 de junio de 1978<sup>10</sup> lo reiteró, en los siguientes términos:

*“ART. 32. De la prohibición de recibir más de una asignación. De conformidad con el artículo 64 de la Constitución Nacional, ningún empleado público podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro, o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, ya sea en razón de contrato, de comisión o de honorarios.*

*Se exceptúan de la prohibición contenida en el presente artículo las asignaciones que a continuación se determinan:*

*a) Las que provengan del desempeño de empleos de carácter docente en los establecimientos educativos oficiales, siempre que no se trate de profesorado de tiempo completo.*

*(...)”.*

Con la expedición de la Ley 91 de 1989<sup>11</sup>, el legislador permitió la compatibilidad de la pensión ordinaria de jubilación con la pensión gracia, esto teniendo en cuenta el carácter especial de que ésta última, entendida como una recompensa por parte de la Nación a la labor docente, sin que para su reconocimiento sea necesario acreditar requisitos distintos a la edad y tiempo de servicio<sup>1</sup>.

Con la promulgación de la Constitución Política de 1991, el constituyente en el artículo 128 mantuvo la prohibición de percibir más de una asignación proveniente del tesoro público, e incluso estableció la imposibilidad de desempeñar simultáneamente dos empleos públicos, en los siguientes términos:

*“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.”.*

*Dentro de esta prohibición ha de entenderse no sólo la percepción de más de una asignación proveniente de varios empleos públicos, sino la de otras remuneraciones o asignaciones que tengan la misma fuente, tales como pensiones.*

*Este precepto, fue desarrollado por el artículo 19 de la Ley 4ª del 18 de mayo 1992<sup>12</sup>, en el que se dispuso:*

*“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. Exceptúanse las siguientes asignaciones:*

*Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la rama legislativa; (...)*

*Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados.”* (Negrillas originales. Subrayado nuestro)

En este mismo sentido, esa Corporación, mediante sentencia de 30 de marzo de 2017, dictada dentro del expediente con radicado Rad. No.: 50001-23-31-000-2010-00085-01(4375-13), Magistrado Ponente César Palomino Cortés, señaló respecto del régimen de los docentes del sector oficial:

*“Desde ahora la Sala advierte, que los docentes al servicio de la educación del sector oficial, gozan de un régimen especial respecto del ejercicio de la profesión docente, a la administración y pago de las pensiones y de la administración y prestación del servicio médico de salud; tal como se evidencia en lo dispuesto en las Leyes 91 de 1989 y 115 de 1994<sup>3</sup>, pero no de un régimen pensional especial, pues conformidad con el parágrafo transitorio 1, del artículo 1 del Acto Legislativo de 2005,<sup>4</sup> las Leyes 812 de 2003, 91 de 1989<sup>5</sup> y 115 de 1994, en ese aspecto se rige por las normas generales consagradas en las leyes tales como el Decreto*

*Ley 3135 de 1968, los Decretos 1848 de 1969, 1045 de 1978, Ley 33 de 1985<sup>6</sup> y finalmente por la Ley 100 de 1993.*

*Con todo, el legislador ha dotado al personal docente al servicio de entidades oficiales de algunos beneficios especiales, entre estos: a) la pensión gracia prevista en leyes 114 de 1993, 116 de 1928 y 37 de 1933, b) disfrutar simultáneamente de pensión gracia y pensión de ordinaria de jubilación<sup>7</sup> c) compatibilidad de éstas con el salario recibido por los servicios docentes que pueden continuar prestando hasta la edad de retiro forzoso<sup>8</sup>, d) Antes de la Constitución de 1991 y Ley 4 de 1992<sup>9</sup>, doble vinculación no de tiempo completo; empero, esos privilegios no se extienden a que los docentes estén facultados para percibir simultáneamente dos pensiones ordinarias de jubilación a cargo del tesoro público, pues ninguna norma del ordenamiento jurídico lo prevé ese beneficio.”*

Se deduce de la jurisprudencia transcrita que antes de la expedición de la constitución de 1991, los docentes de establecimientos públicos oficiales podían tener doble vinculación por ser una excepción prevista en la ley, específicamente en el artículo 32 del Decreto 1042 de 1978, que fue derogado tácitamente por el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992.

Adicionalmente, es preciso señalar que el Decreto Ley 1278 de 2002<sup>3</sup>, señala frente a las prohibiciones e incompatibilidades de los servidores públicos docentes lo siguiente:

*“ARTÍCULO 42. PROHIBICIONES. Además de las prohibiciones establecidas en la Constitución y la ley, y en especial en el Código Disciplinario Único, para los servidores públicos, a los docentes y directivos docentes les está prohibido:*

*(...)*

*Desempeñar simultáneamente más de un empleo público o recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado.*

*(...)*

*ARTÍCULO 45. INCOMPATIBILIDADES. Además de las establecidas en la Constitución y en las leyes para todos los servidores públicos, el ejercicio de cargos en el sector educativo estatal es incompatible con:*

*El desempeño de cualquier otro cargo o servicio público retribuido.*

*El goce de la pensión de jubilación, vejez, gracia o similares. (Subrayado nuestro)*

Conforme a las normas señaladas, esta Dirección Jurídica considera que el empleado público no podrá recibir doble remuneración (asignación salarial y mesada pensional del régimen de prima media) teniendo en cuenta lo señalado en el artículo 19 de la ley 4ª de 1992.

No obstante, en caso del régimen de ahorro individual debe recordarse que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez, en sentencia con Radicación número: 11001-03-25-000-2004-00145-01(2701-04) del 30 de junio de 2011, señaló:

*“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 ser 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 se 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 términos<sup>1</sup>:

**ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 128 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA. - NOCIÓN Y CONTENIDO DE LA EXPRESIÓN TESORO PÚBLICO.**

"El artículo 128 de la Constitución Política señala la prohibición de percibir doble asignación proveniente del tesoro público, en los siguientes términos:

"....

Esta norma constitucional actualmente está desarrollada por el artículo 19 de la ley 4ª de 1992, así:

"...

"La ley 734 de 2002, en su artículo 35, numeral 14, también consagra como falta disciplinaria, la violación a la prohibición constitucional del art. 128.

"Teniendo en cuenta la evolución histórica de la disposición constitucional en comento y los pronunciamientos de las Cortes, esta Sala en concepto No. 1344 proferido el 10 de mayo de 2001, refiriéndose a la prohibición de percibir, en forma simultánea, doble asignación proveniente del tesoro público, señaló lo siguiente:

â¿¿(..) con fundamento en la indispensable calidad de empleado público, la finalidad de las dos prohibiciones concurre al mismo fin, que no se reciba más de una asignación, bien mediante el desempeño de otro empleo, ora de uno sólo, percibiendo otra clase de remuneraciones propias de los servidores públicosâ¿¿.

"El desarrollo jurisprudencial del término "asignación", puede resumirse así: "con este vocablo genérico se designa en hacienda pública toda cantidad de dinero que se fija y destina al pago de las prestaciones relacionadas con el servicio público oficial", según la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia - sentencia del 11 de diciembre de 1961.

"Por su parte, esta Sala en la Consulta 896 de 1997 sostuvo que "...la prohibición de recibir más de una asignación del tesoro público, está estrechamente relacionada con el ejercicio de empleos en el sector oficial o con el pago de prestaciones provenientes del ejercicio de estos empleos (...) las asignaciones mencionadas en dichas normas comprenden los sueldos, prestaciones sociales y toda clase de remuneración que tenga como fundamento un vínculo o relación laboral con entidades del Estado<sup>2</sup>; bajo el vocablo asignación queda comprendida toda remuneración que se reciba en forma periódica, mientras se desempeña una función.

(...)

"Ahora bien, la locución "desempeñar más de un empleo público" que trae el artículo 128 no resulta tautológica respecto de la que proscribe

"recibir más de una asignación", como podría creerse a primera vista, pues cada una de ellas produce consecuencias jurídicas diferentes: una, prevenir el ejercicio simultáneo de empleos públicos remunerados, con la consabida acumulación de funciones públicas y, otra, impedir que quien ostenta una sola investidura - reciba otra asignación proveniente del tesoro público, distinta del salario."

"Se deduce, entonces, que el bien jurídico constitucional tutelado por los artículos 128 de la C.P. y 19 de la ley 4ª de 1992 es la moralidad administrativa<sup>3</sup> considerado en el ámbito propio de la función pública y, por tanto, el término asignación debe entenderse referido respecto de quienes desempeñan empleos públicos<sup>4</sup>.

"De todo lo anterior puede afirmarse que 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." (Negrilla fuera de texto).

"Así, es claro, que la prohibición constitucional de percibir doble asignación proveniente del tesoro público está directamente relacionada con el hecho de que ambos emolumentos tengan como fuente u origen el ejercicio de empleos o cargos públicos (dos empleos públicos en forma simultánea o pensión de jubilación - proveniente de entidades de previsión del Estado - y sueldo), cuyo pago o remuneración provenga del tesoro público. Lo anterior, naturalmente, sin perjuicio de las excepciones previstas en la ley.

"...

"Regresando al tema de análisis en este aparte del estudio, debe decirse, en síntesis, que para que se configure la prohibición constitucional del artículo 128, se requiere de la concurrencia de dos condiciones, a saber:

"Que el sujeto en cuestión ostente la calidad de servidor público (desempeño de un cargo).

"Que las asignaciones sean sufragadas por el tesoro público (se perciba más de una asignación).

"Con todo, debe señalarse que esta Sala, al estudiar el alcance de la prohibición constitucional, también aclaró que ésta no le era aplicable al particular que celebrara contratos con la entidad estatal, así como tampoco cobijaría al beneficiario de una pensión de jubilación (proveniente de servicios al sector público) cuando se encontrara dentro de los casos de excepción que la misma ley ha señalado, para quien se autoriza devengar simultáneamente la pensión y el salario en un cargo público.

"En efecto, la Sala en concepto No. 1344 del 10 de mayo de 2001, expresó:

"Sin perjuicio de aceptar que la pensión de jubilación es una asignación<sup>5</sup> en los términos señalados, la incompatibilidad no cobija al beneficiario de la misma, en cuanto la prohibición persigue evitar la acumulación de cargos remunerados en un mismo servidor público - el pensionado no tiene esta connotación, no tiene relación laboral con el Estado -, con el consiguiente menoscabo de la moralidad administrativa, el acaparamiento de las posiciones públicas<sup>6</sup>, de los empleos y de su retribución pecuniaria<sup>7</sup>.

...

"En la actualidad el artículo 19 de la ley 4ª de 1992, autoriza recibir más de una asignación al personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la fuerza pública, cuando se percibe por concepto de sustitución pensional, así como las que a la fecha de entrada en vigencia de la ley, beneficiaran a los servidores oficiales docentes pensionados, reguladas estas últimas en el literal g), respecto del cual la Sala en el Concepto 1305 de 2000, señaló que existe compatibilidad entre el goce de pensión de jubilación y el ejercicio de empleos docentes, al considerar que las normas a que él se remite son "...aquellas que permiten al docente que disfruta de una pensión recibir otra asignación del tesoro público". Por vía de ejemplo se menciona que el parágrafo del artículo 66 de la ley 136 de 1994, sustituido por el parágrafo del artículo 20 de la ley 617 de 2000, establece la compatibilidad de la pensión o sustitución pensional y de las demás excepciones previstas en la ley 4ª, con los honorarios que perciben los concejales.

"De ésta forma, la persona pensionada en el sector público, no ostenta la calidad de servidor público y, por ende, las previsiones contenidas en los artículos que regulan la doble asignación no es posible aplicarlas de forma aislada, sino en conexión con las limitaciones impuestas a quienes están sometidos a las reglas de la función pública y a las excepciones establecidas por el legislador, de lo cual se sigue que los pensionados del sector oficial no están impedidos para celebrar contratos con entidades estatales, ni para percibir simultáneamente la asignación de un empleo, en caso de ser reincorporado al servicio, todo conforme a la ley." (Negrilla fuera de texto).

"De esta manera la incompatibilidad constitucional se presenta cuando ambas asignaciones tienen como fuente el servicio público y son

sufragadas por el tesoro público y no se encuentren dentro de los casos expresamente exceptuados por la ley previa autorización constitucional; una interpretación contraria de la disposición prohibitiva iría en contravía de la finalidad de la norma, tal y como lo advirtió la Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida por la Sección Primera de la Sala de Casación Laboral, el 27 de enero de 1995:

"...

"Siendo la moralidad pública el bien jurídicamente tutelado con la prohibición constitucional, encuentra que ésta solamente se tipifica cuando las asignaciones provengan de la misma fuente, es decir, del tesoro público.

"En este orden de ideas, el alcance del término "asignación proveniente del tesoro público" no es otro que el ya definido por la Sala en concepto No. 580 de enero 27 de 1994, según el cual:

"El término asignación proveniente del tesoro público en el sentido previsto en el artículo 128 de la Constitución Nacional, corresponde a toda remuneración, sueldo o prestación, reconocidos a los empleados públicos o trabajadores del Estado, en razón a una vinculación laboral, bien sea legal o reglamentaria o por contrato de trabajo. De manera que los funcionarios públicos sólo pueden recibir asignaciones; a su turno los particulares sólo perciben honorarios, cuando prestan algún servicio a las entidades de derecho público porque su relación no es laboral." (Negrilla fuera de texto).<sup>8</sup>

"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.(...)" (Negrilla fuera de texto)

De acuerdo con lo concluido por el Consejo de Estado, resulta viable que quienes perciben pensión por aportes realizados exclusivamente por entidades privadas, se vinculen laboralmente con el Estado y 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.

¿Es posible que un funcionario de la planta profesoral o administrativa de la Universidad, con posterioridad al reconocimiento de la pensión de vejez continúe prestando sus servicios a la universidad?

Sea lo primero indicar que 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, establece:

"ARTÍCULO 1. Corregido por el Decreto 321 de 2017<sup>1</sup>. 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".

En consecuencia, esta Ley amplía 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.

Con todo esto, 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 1° 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 párrafo 3° del artículo 9° 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 2° 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.

A su turno, la Corte Constitucional, en Sentencia T- 012 de 2009 referente al retiro del empleado que cumple la edad de retiro forzoso, preceptuó:

*“Es por ello que la Corte debe precisar, tal y como se señaló, que si bien la fijación de una edad de retiro como causal de desvinculación del servicio es constitucionalmente admisible, su aplicación debe ser razonable de tal manera que, en cada caso concreto, responda a una valoración de las especiales circunstancias de los trabajadores, toda vez que ella no puede producir una vulneración de sus derechos fundamentales, máxime teniendo en cuenta que se trata de personas de la tercera edad, y que por esa causa merecen una especial protección constitucional. De otra forma, una aplicación objetiva de la medida, sin atender a las particularidades de cada situación, tendría un efecto perverso para sus destinatarios, porque podría desconocer sus garantías fundamentales de los trabajadores, en razón a que se les privaría de continuar trabajando y percibiendo un ingreso, sin que su solicitud de pensión hubiese sido decidida de fondo, avocándolos inclusive de manera eventual a una desprotección en lo relacionado con su servicio de salud.*

*Muestra de este propósito de protección del Estado a los trabajadores, es la expedición de normas por parte del legislador para proteger a personas que se encuentran en circunstancias similares a las del accionante en esta tutela, y garantizar sus derechos fundamentales.*

*Así, dimensionada la situación del accionante de manera integral, estima la Sala que la administración pública, vista en su conjunto, le ha infringido una vulneración grave de sus derechos. Por una parte, incumpliendo las normas en la materia, guarda silencio por un periodo superior a un año con respecto a la solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación elevada por el actor. Por otra parte, la administración procede a la desvinculación del accionante del servicio, conforme con una simple aplicación objetiva de las normas de retiro forzoso del servicio por cumplimiento de la edad de 65 años, sin hacer una valoración de sus circunstancias particulares, como son (i) la entera dependencia de su salario para la satisfacción de sus necesidades; y (ii) la falta de respuesta de fondo de la solicitud de pensión que había presentado, privándolo con ese proceder, desproporcionado e injustificado, de la posibilidad de percibir un ingreso que le permita proveerse su subsistencia y la de su familia, con lo cual se vulnera su derecho fundamental al mínimo vital.” (Subrayado fuera de texto)*

De lo anterior se puede concluir que la edad máxima para desempeñar funciones públicas en el Estado es de 70 años 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 y los mencionados en el Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto ley 3974 de 1968.



Por lo tanto y conforme con las normas y jurisprudencias anteriormente citadas, 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.

Si los aportes a pensión del funcionario, los cotizaron empleadores del sector privado, ¿es posible la permanencia del trabajador en la Universidad con posterioridad al reconocimiento de la pensión y el otorgamiento de la mesada pensional?

Se reitera que es viable que quienes perciben pensión por aportes realizados exclusivamente por entidades privadas, se vinculen laboralmente con el Estado y reciban tanto el salario correspondiente al empleo como la pensión respectiva, en tanto la pensión provenga de dineros diferentes a los del tesoro público,

Si los aporte a pensión de un funcionario, los cotizaron empleadores del sector privado y público, ¿es posible la permanencia del trabajador en la universidad con posterioridad al reconocimiento de la pensión y el otorgamiento de la mesada pensional?

Téngase en cuenta la respuesta anterior.

Si un trabajador de la universidad ha cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez, ¿Está obligado a tramitar el reconocimiento de la pensión?

Se reitera que se deberán validar los estatutos de la universidad, no obstante, en el régimen de carrera general el Decreto 1083 de 2015 en cuanto al retiro del empleado que reúne los requisitos para pensionarse, consagra:

*«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.*

*El empleador podrá dar por terminado la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones, siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión, se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.*

*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 éste 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.»*

Por lo tanto, la entidad transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos para tener derecho a la pensión, la solicitara a la entidad pensional, en nombre del empleado.

¿Es posible para los empleados que han cumplido los requisitos para la pensión, posponer la solicitud de esta hasta llegar a la edad de retiro forzoso?

Se reitera el artículo 2° de la Ley 1821 de 2016, otorga 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.

¿Cómo debe proceder la universidad ante el otorgamiento de la pensión de vejez a unos de sus funcionarios? ¿Cuál debe ser el procedimiento?

Se recalca que este Departamento Administrativo de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, razón por la cual no es de nuestra competencia intervenir en situaciones internas de las universidades, por tanto, no puede señalar los procedimientos para el retiro o desvinculación de empleados de la universidad.

¿Puede un empleado de una universidad percibir pensión de sobreviviente y a su turno salario y demás asignaciones prestacionales?

Recordemos lo señalado en la Ley 4ª de 1992 estableció las excepciones generales a la prohibición constitucional de recibir más de una

asignación del erario, así:

*“ARTÍCULO 19. 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. Exceptuánse las siguientes asignaciones:*

- 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.*

(...)” (Subrayado nuestro)

De igual manera, el Decreto 2245 de 2012<sup>4</sup>, en el que se establecieron algunas obligaciones en cabeza de las entidades que reconocer el derecho a pensión y de los empleadores, en los siguientes términos:

*ARTÍCULO 3. Trámite en el Caso de Retiro con Justa Causa. En caso que el empleador haga uso de la facultad de terminar el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, para garantizar que no exista solución de continuidad entre la fecha de retiro y la fecha de la inclusión en la nómina de pensionados, el empleador y la administradora o entidad reconocedora deberán seguir el siguiente procedimiento:*

- a) El empleador deberá informar por escrito a la administradora o a la entidad que efectuó el reconocimiento de la pensión, con una antelación no menor a tres (3) meses, la fecha a partir de la cual se efectuará la desvinculación laboral, allegando copia del acto administrativo de retiro del servicio o tratándose de los trabajadores del sector privado, comunicación suscrita por el empleador en la que se indique tal circunstancia. La fecha en todo caso será la del primer día del mes siguiente al tercero de antelación.*
- b) La administradora o la entidad que efectuó el reconocimiento de la pensión, dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de recibo de la comunicación de que trata el literal anterior, deberá informar por escrito al empleador y al beneficiario de la pensión la fecha exacta de la inclusión en nómina general de pensionados, la cual deberá observar lo dispuesto en el literal anterior. El retiro quedará condicionado a la inclusión del trabajador en la nómina de pensionados. En todo caso, tratándose de los servidores públicos, salvo el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y las excepciones legales, no se podrá percibir simultáneamente salario y pensión.” (Se subraya fuera de texto)*

De acuerdo con las normas en cita, la pensión de sobreviviente es una de las excepciones para que un empleado público puede recibir doble asignación.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo](#) podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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

Proyecto: Sandra Barriga Moreno

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Dr. Armando López Cortes

11.602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

<sup>1</sup>"Por la cual se organiza el servicio público de Educación Superior"

<sup>2</sup>"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".

<sup>3</sup>"Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente".

<sup>4</sup>"por el cual se reglamenta el inciso primero del parágrafo 3° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003".

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 22:07:52