



Concepto 154851 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000154851

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000154851

Fecha: 20/04/2023 04:26:25 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Pensionado. Pensionado por invalidez para ser empleado público o contratista. RAD.: 20232060168272 del 16 de marzo de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida por la Dirección de Veteranos y Rehabilitación Inclusiva del Ministerio de Defensa Nacional, mediante oficio No. RS20230310PS006280, en la cual consulta si una persona pensionada por invalidez puede desempeñar cargos oficiales o ser contratista en una entidad pública, sin poner en riesgo su pensión, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta si una persona que se encuentra pensionada por invalidez de origen laboral, puede vincularse como empleado de carrera administrativa una vez superado el concurso respectivo, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

La Ley 361 de 1997, “por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”, establece:

“ARTÍCULO 26. En ningún caso la limitación discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación

discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo. (...)” (Subrayado nuestro)

“ARTÍCULO 33. El ingreso al servicio público o privado de una persona limitada en situación de discapacidad que se encuentre pensionada, no implicará la pérdida ni suspensión de su mesada pensional, siempre que no implique doble asignación del tesoro público.”

Con relación al tema que se analiza, la Corte Constitucional en Sentencia C-072 del 4 de febrero de 2003, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra, estudió la demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 33, parcial, de la Ley 361 de 1997, señalando:

“4.1 El artículo 33 en mención establece que la persona limitada que se encuentre pensionada, al ingresar a la actividad laboral puede seguir recibiendo su mesada pensional. Para el actor el que no se suspenda el pago de esta mesada viola el principio de igualdad, artículo 13 de la Carta, y de solidaridad con el sistema de seguridad social, artículo 48 de la Constitución, pues, habría una entrega de recursos a favor de quien no está en condiciones de debilidad, y prueba de ello es su ingreso a la actividad laboral.

Lo primero que hay que advertir es que la disposición acusada es, en la práctica, innecesaria. Es decir, bien podría el legislador no haber hecho explícito en el artículo 33 de la Ley 361 de 1997 el derecho de continuar percibiendo la pensión el limitado que ingrese a la actividad laboral, y éste continuaría percibiéndola, como ocurre, en general con las demás personas, pues, de acuerdo con la Constitución y las disposiciones legales referidas al derecho al trabajo y a la seguridad social, no habría ninguna razón para que la persona limitada que reciba una pensión e ingrese a laborar, se le suspenda el pago de la misma, salvo cuando exista doble asignación del tesoro público, por una sencilla razón: la distinta naturaleza de los recursos de las mesadas pensionales y del salario.

4.2.1 En efecto, por salario, se entiende la remuneración periódica y habitual que el trabajador recibe a cambio de la prestación del servicio. Es decir, es la consecuencia directa del derecho del trabajo, a que se refiere como derecho fundamental el artículo 25 de la Constitución. Y en el artículo 53 de la Carta se consagra dentro de los “principios mínimos fundamentales” del trabajo la “remuneración mínima vital y móvil. Proporcional a la cantidad y calidad de trabajo”. La Constitución protege tanto el derecho al trabajo como la consecuencia directa del mismo, que es el salario.

4.2.2 En cambio, la naturaleza de la pensión no es como parecería entenderla el actor, en el sentido de una dádiva que graciosamente le otorga el Estado a una persona y que, en tal virtud, puede serle suspendida cuando aparentemente ya no se está en situación de debilidad. No, el derecho a la pensión surge del hecho de que la persona reunió una serie de requisitos e hizo aportes periódicos durante su vida laboral, con el fin de garantizar el amparo para él y su familia, contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte. No es, entonces, ningún regalo del Estado, sino la retribución de lo que la persona cotizó al Sistema de Seguridad Social, bien fuere a través del régimen solidario de prima media con prestación definida o a través del régimen de ahorro individual, como lo prevé la Ley 100 de 1993.

4.3 Entonces, no existe ninguna razón constitucionalmente válida para afirmar que por posibles razones constitucionales resulta incompatible que una persona limitada no pueda percibir la pensión a la que legalmente tiene derecho y, a su vez, el salario producto de su incorporación a la vida laboral.

4.4 Asunto distinto es que quien recibe pensión de invalidez debe someterse a revisión periódica, con el fin de ratificar, modificar o dejar sin efectos el dictamen que sirvió de base para la liquidación de la pensión (art. 44 de la misma Ley). De esta revisión se desprende la extinción, disminución o aumento de la misma. En cualquiera de estas hipótesis resulta armónica con la disposición acusada, pues, si se extingue la pensión, no hay lugar a ninguna clase de suspensión al ingresar a la actividad laboral; si se disminuye, quiere decir que con mayor razón el limitado tiene motivos económicos y personales para ingresar a la actividad laboral lucrativa, por lo que no habría lugar a la suspensión; y si hay aumento, significa que la incapacidad laboral del limitado es mayor y tiene derecho a que si tiene oportunidad de ingresar a la actividad laboral, el Estado estimule este ingreso y cree las condiciones de privilegio encaminadas a lograr la integración social y laboral, por las razones de naturaleza constitucional expresadas en el punto anterior de esta providencia, lo que no sólo no viola el principio de igualdad sino que lo desarrolla, tal como lo ordena el artículo 13 de la Constitución.

4.5 Con este mismo criterio, y sin que se viole el artículo 48 de la Constitución, sobre la supuesta vulneración del principio de solidaridad con el sistema de seguridad social, la ley permite que una persona, sin distinguir si es limitada o no, reciba pensión de sobreviviente y de vejez, o de invalidez y sobreviviente, ya que el punto a tener en cuenta es si la persona cotizó para que se le amparan estas contingencias cuando se cumpliera cualquiera de las mismas.

Por ello, no resiste el menor análisis la supuesta violación que también invoca el demandante al afirmar que hay trato desigual por parte de la Ley entre una persona limitada que ingresa a laborar y aquel limitado que no recibe pensión, no obstante estar en iguales condiciones al momento de la vinculación a un trabajo. Pues se olvida que no es cierto que estén en igualdad de condiciones, ya que el uno adquirió un derecho de pensión que el otro no ha adquirido. Cuando ello ocurra, sí se podrá afirmar que están en condiciones semejantes.

4.6 Sólo como una prueba de que lo pretendido por el actor implicaría desconocer los principios constitucionales sobre la protección especial de los limitados, sería el caso de una persona limitada, que percibe una pensión, no importa el origen de la misma pues, se repite, la ley no distinguió, y tuviera la oportunidad de incorporarse a la actividad laboral y el monto del salario a recibir fuera inferior al monto de la pensión. En la generalidad de los casos, el limitado preferiría no aceptar el trabajo, con las implicaciones a la dignidad humana que esta decisión puede representarle, para no tener que renunciar a una suma de dinero que puede ser vital para su subsistencia.

En este caso, sí se podría pensar que se estarían violando las disposiciones constitucionales que tratan sobre la obligación del Estado de adelantar políticas de previsión, rehabilitación e integración social de los limitados (art. 47 de la Carta); el artículo 54 de la Constitución que dispone que el Estado debe "garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud".

4.7 Bastan estas breves explicaciones para señalar que la expresión acusada no viola los artículos constitucionales expuestos por el demandante y, en consecuencia, se declarará la constitucionalidad de la expresión "ni suspensión" contenida en el artículo 33 de la Ley 361 de 1997." (Subrayado fuera de texto)

Por su parte, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, mediante sentencia con radicado No. 76001-23-31-000-2004-02414-01(0672-08) del 16 de octubre de 2018, con ponencia del Magistrado Gerardo Arenas Monsalve, determinó:

"De la lectura de la norma transcrita, la Sala encuentra que la filosofía de la pensión de invalidez es proteger al empleado de la contingencia por incapacidad para ocuparse de las funciones correspondientes a un cargo, lo cual significa que mientras dure la incapacidad y el pago de la pensión de invalidez el empleado no puede desempeñar nuevamente tales funciones.

Coherentemente, debe decirse que, en principio, existe incompatibilidad entre la pensión de invalidez y el ejercicio del empleo público, porque se supone que el pensionado no puede trabajar porque, como dice la norma, ha "perdido su capacidad de trabajo para toda ocupación u oficio".

Sin embargo, la discapacidad laboral no descarta la posibilidad de que el servidor público recupere en un momento dado su capacidad para asumir nuevamente sus funciones y continúe prestando el servicio, o ingrese a la función pública mediante elección popular, como ocurrió en el presente asunto.

Esto último, en razón de que conforme al artículo 40 [1] de la Constitución Política la incapacidad física no constituye inhabilidad para ejercer el derecho constitucional a ser elegido popularmente, pues la Carta Política abre la posibilidad de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político a todos los ciudadanos¹.

Además, en sentencia C-381 de 2005, la Corte Constitucional refirió que [...] " [L]a Ley 82 de 1988² el Presidente de la República expidió el Decreto 2177 de 1989, según el cual "el Estado garantizará la igualdad de oportunidades y derechos laborales a las personas inválidas física,

mental o sensorialmente, conforme al Convenio 159 suscrito con la organización Internacional del Trabajo y las disposiciones vigentes sobre la materia"³, y dispuso que "en ningún caso la existencia de limitaciones físicas, sensoriales o mentales podrá ser impedimento para ingresar al servicio público o privado, a menos que éstas sean incompatibles con el cargo que se vaya a desempeñar"⁴.

En esas condiciones, debe decirse que aun cuando la filosofía de la pensión de invalidez es proteger la contingencia del discapacitado para asumir funciones laborales, ello no conlleva a que el pensionado no pueda reincorporarse al servicio público, pues, como se dijo, existen eventos excepcionales como el acceso a un cargo de elección popular o la recuperación de la incapacidad para trabajar.

En todo caso, la Sala advierte que cuando el pensionado ingresa nuevamente a la prestación del servicio, el pago de su pensión de invalidez debe suspenderse para darle paso a los salarios y prestaciones sociales correspondientes del cargo, pues existe prohibición constitucional de percibir simultáneamente más de una asignación del tesoro público.

(...)

De la lectura de la norma, la Sala observa que en materia de pensión de invalidez, sólo es posible su reliquidación cuando se realiza la evaluación médica de la incapacidad que le dio origen, de tal forma que podrá aumentar en la medida en que el empleado se agrave, y disminuir cuando éste se mejore. De tal modo no cabe la posibilidad de reliquidar la pensión de invalidez con la acreditación de tiempos nuevos laborados, pues, como quedó dicho, la pensión de invalidez presume, en principio, la incapacidad del pensionado para laborar."

Armonizando la normativa y jurisprudencia antes citadas, en materia de protección laboral de las personas discapacitadas y la consagración de medidas por parte del Estado para que estimule el ingreso al empleo y cree las condiciones de privilegio encaminadas a lograr la integración social y laboral de la población discapacitada, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera viable que un pensionado por invalidez pueda acceder a un cargo público o ser contratista de una entidad pública.

De igual manera se considera que la discapacidad de una persona, no podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que aquella sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar.

Por otra parte, la Constitución Política establece frente a la prohibición de desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni 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. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas". (Subrayado nuestro)

Sobre este asunto, la Ley 4^a de 1992⁵, consagra:

"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. Exceptúanse 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;

PARAGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades." (Subrayado nuestro)

De conformidad con lo consagrado en la norma transcrita, 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, se exceptúan las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública.

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 consiguiente, si la retribución de un ex servidor público proviene de una asignación de retiro o de una pensión militar o policial de la Fuerza Pública, dicha situación es considerada por la ley como una de las excepciones para poder percibir dos asignaciones del erario; por consiguiente, no habría ninguna inhabilidad o incompatibilidad para que el pensionado de las fuerzas militares se posea en un cargo de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción y perciba la asignación correspondiente a su empleo y su pensión, siempre y cuando no sobrepase la edad de retiro forzoso.

Finalmente, en cuanto a la posibilidad de que un ex servidor público pensionado suscriba contratos de prestación de servicios con entidades públicas, se precisa que la Corte Constitucional en Sentencia C-133 de 1993, mediante la cual se declara la exequibilidad del artículo 19 de la Ley 4^a de 1992, relativo a las excepciones a la prohibición constitucional de desempeñar más de un empleo público y percibir más de una asignación del tesoro público (Art. 128, Constitución Política), 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." (Subrayado nuestro)

Igualmente, con relación al Vocablo ASIGNACIÓN, el Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación No 1344 de mayo 10 de 2001, con ponencia del magistrado Flavio Augusto Rodríguez Arce, precisó:

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

La misma Corporación, en el citado concepto 1344 de 2000, sobre la prohibición de percibir más de una asignación del tesoro público, da alcance al artículo 128 de la Constitución Política, para responder la consulta sobre si los pensionados, pueden celebrar contratos de prestación de servicios pagados con recursos provenientes del tesoro público, expresando, en algunos de sus apartes lo siguiente:

(...)

"Sin perjuicio de aceptar que la pensión de jubilación es una asignación 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, de los empleos y de su retribución pecuniaria.

"... 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 sujetos 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."

El Consejo de Estado responde la consulta, en los siguientes términos:

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

2 y 3. La prohibición contenida en las disposiciones aludidas se predica de toda persona que se llegue a encontrar ubicada en el contexto de la función pública, como servidor público. El particular no está sujeto a la prohibición y por tanto no le resulta incompatible celebrar más de un contrato estatal, salvo que ejerza temporalmente funciones públicas o administrativas.

4. Los beneficiarios de pensiones públicas pueden celebrar contratos de prestación de servicios pagados con recursos provenientes del tesoro público" (Subrayado nuestro)

En este orden de ideas, un pensionado del sector oficial, sea por vejez o por invalidez, podrá percibir los honorarios derivados de la celebración

de un contrato de prestación de servicios con entidades del Estado, por cuanto ya no se encuentra vinculado como servidor público y en consecuencia no percibirá otra asignación del tesoro público.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, 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.

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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Melitza Donado

Revisó y aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 En el mismo sentido puede consultarse la sentencia de 7 de noviembre de 2007 en el proceso de Pérdida de Investidura radicado con número 0922-00 (PI). M. P. doctor Héctor J. Romero Díaz.

2 Por la cual se aprobó el Convenio No. 159 de la OIT.

3 Artículo 1.

4 Artículo 3.

5 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

Fecha y hora de creación: 2025-12-20 03:12:15