



**Función Pública**

## Concepto 385821 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20196000385821\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000385821

Fecha: 10/12/2019 06:50:03 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Devolución de aportes. Reintegro al servicio. RAD. 20199000359022 del 30 de octubre de 2019

Acuso recibo de la comunicación de la referencia mediante la cual consulta lo transcrito a continuación:

*"(...) la primera se puede contratar como docente ocasional a una persona que solicitó una devolución de saldos de un fondo privado de pensión, segunda cuando una persona se pensiona de un fondo privado puede ser contratado como funcionario público en provisionalidad y se puede contratar como docente ocasional, tercera que sucede cuando un funcionario público en provisionalidad recibe pensión desde el 2011 pero nunca informo a la entidad pública que lo contrato y se continua laborando y pasan 7 años y presenta renuncia con una resolución de 2012 se solicita se actualice la fecha y radica certificado de pensión de vejez que se debe hacer. Se acepta renuncia y no se realiza ningún trámite."*

En atención a la misma, me permito manifestar lo siguiente:

En primer lugar, debe anotarse que su consulta no es clara, y no expone de manera detallada todos los elementos requeridos para proceder con la misma de manera particular, toda vez que no anuncia el régimen pensional de la persona objeto de su consulta, ni si la pensión del fondo privado, provino de dineros públicos o exclusivamente de empresas privadas, o si correspondió a dineros provenientes de ambos sistemas, entre otros.

Por consiguiente, solo será dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de competencia.

Ahora bien, frente a la posibilidad de ser designado como docente ocasional al haberle sido devueltos sus aportes por no cumplir los requisitos de pensión, y la posibilidad para un pensionado de un fondo privado de ser vinculado como funcionario público en provisionalidad y como docente ocasional, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos<sup>1</sup>, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado<sup>2</sup> en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

*“Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio”.* (Negrillas y subrayado fuera de texto).

Conforme lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

Ahora bien, la Constitución Política establece:

*“ARTICULO. 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 fuera de texto)

Por su parte, la Ley 4ª de 1992, mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política consagra:

*“ARTICULO. 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. Exceptúense 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; Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;*

*e. 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;*

*f. 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 fuera de texto).

De conformidad con lo señalado en el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 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, o por concepto de sustitución pensional.

De otra parte, es importante destacar que el artículo 2.2.11.1.5 del Decreto 1083 de 2015<sup>3</sup> establece que la persona mayor de 70 años o retirada con derecho a pensión de vejez no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de: 1. Presidente de la República; 2. Ministro del despacho o Director de Departamento Administrativo; 3. Superintendente; 4. Viceministro o Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo; 5. Presidente, Gerente o Director de entidades descentralizadas; 6. Miembro de misión diplomática no comprendida en la respectiva carrera; 7. Secretario privado de los despachos de los funcionarios anteriores; 8. Consejero o asesor, 9. Elección popular y 10. Las demás que por necesidades del servicio determine el Gobierno Nacional, siempre que no sobrepasen la edad de retiro forzoso.

El mismo artículo señala que la persona que se encuentre gozando de pensión de jubilación y que no haya llegado a la edad de 70 años, podrá ser reintegrada al servicio en los siguientes empleos:

- 1.- Director General de Unidad Administrativa Especial con o sin personería jurídica.
- 2.- Subdirector de Departamento Administrativo.
- 3.- Secretario de Despacho código 020, de las Gobernaciones y Alcaldías.
- 4.- Subdirector o Subgerente de establecimiento público.
- 5.- Presidente, Gerente o Subgerente de Empresa Oficial de Servicios Públicos del orden nacional o territorial.
6. Rector, Vicerrector General, Vicerrector Nacional, Vicerrector de Sede, Secretario General, Gerente Nacional, Directores Nacionales y Decanos de los entes universitarios autónomos.

El Decreto 1083 de 2015, frente a la edad de retiro forzoso dispone:

*“ARTÍCULO 2.2.11.1.7 Edad de retiro forzoso. A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, la edad de setenta (70) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo las excepciones señaladas en el artículo 2.2.11.1.5.*”

*Las personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 tuvieron 65 años o más y continúan vinculadas al servicio público, deberán ser retiradas del servicio. Lo anterior, por cuanto no son destinatarias de la regulación de que trata la citada ley.”*

De otra parte, el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, señala que quienes no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual.

Conforme con lo señalado, esta Dirección considera que a quienes se les haga la devolución del capital acumulado para obtener una pensión de vejez no se consideran pensionados, en ese sentido no les son aplicables las disposiciones señaladas anteriormente.

En atención a los primeros dos puntos de su consulta y teniendo en cuenta las consideraciones en precedencia, esta Dirección Jurídica considera:

1.- A una persona que se le hizo devolución del capital acumulado en una AFP privada, no se encuentra inhabilitada para ejercer un empleo público, siempre y cuando no supere la edad de retiro forzoso.

2.- La persona mayor de 70 años o retirada con derecho a pensión de vejez, solo podrá ser reintegrada al servicio en los empleos exceptuados; Así mismo, la persona que está gozando de la pensión de jubilación y que no haya llegado a la edad de retiro forzoso, solo podrá ser reintegrada en uno de los cargos de excepción; por consiguiente, una persona pensionada no podrá ser contratada como docente ocasional o como empleado en provisionalidad, al no corresponder a una de las posiciones taxativamente señaladas en la norma.

No obstante, es necesario precisar que, si la persona es pensionada con aportes exclusivos de entidades privadas, esta Dirección Jurídica mediante concepto No. 20166000039791 del 26 de febrero de 2016, la cual se remite para su conocimiento, ha considerado lo siguiente:

*“De conformidad con lo expuesto, se concluye lo siguiente:*

*1. La prohibición de recibir más de una asignación del tesoro público, contenida en el artículo 128 de la Constitución Política, no se configura en el caso de que una persona perciba simultáneamente una asignación proveniente del erario público y una pensión con aportes exclusivamente de una empresa privada, o sea que en su financiación no concurre ningún aporte público.*

*2. De otra parte, el artículo 29, inciso 2 del Decreto ley 2400 de 1968, dispone que la persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar una de las posiciones taxativamente señaladas en la norma.*

*3. Según el Decreto 583 de 1995, por el cual se dictan disposiciones en materia prestacional del sector oficial, las personas que se encuentren gozando de pensión de jubilación o vejez y se reintegren al servicio en 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. En el evento de que dicha asignación fuere inferior a la mesada pensonal, percibirán adicionalmente la diferencia por concepto de pensión, hasta concurrencia del valor total de esta prestación social, sin que puedan percibir simultáneamente pensión y sueldo.*

*4. No obstante, si la persona es pensionada por Colpensiones con aportes exclusivamente de una empresa privada, o sea que en su financiación no concurre ningún aporte público, el citado pensionado no se consideraría trabajador retirado por goce de la pensión de jubilación del sector público; de esta manera se considera que no estaría sometido a las restricciones legales previstas en la ley para el desempeño de los cargos públicos en ella señalados, por cuanto éstas son aplicables al pensionado del sector público. Por lo tanto, en criterio de esta Dirección no sería aplicable el Decreto 583 de 1995 en ese caso porque una persona que nunca ha estado en el servicio público no puede reintegrarse al mismo ni estaría percibiendo simultáneamente dos asignaciones que provienen del tesoro público.*

*5. En consecuencia, en criterio de esta Dirección no se configura ninguna incompatibilidad para recibir simultáneamente el sueldo de un cargo público y pensión de vejez proveniente de aportes privados, toda vez que no se trata de dos asignaciones provenientes del tesoro público, pues los recursos con los cuales se paga la pensión provienen de aportes privados.”*

Por último, frente a lo que se debe hacer en caso de que un funcionario público en provisionalidad reciba pensión desde el 2011, sin haber informado a la entidad pública que lo contrato y continúa laborando hasta su renuncia siete años después, con la cual allega una resolución de 2012 solicitando actualización para las condiciones de la pensión de vejez, me permito señalar lo siguiente:

La Ley 190 de 1995<sup>4</sup> dispone:

“ARTÍCULO 1. Todo aspirante a ocupar un cargo o empleo público, o a celebrar un contrato de prestación de servicios con la administración deberá presentar ante la unidad de personal de la correspondiente entidad, o ante la dependencia que haga sus veces, el formato único de hoja de vida debidamente diligenciado en el cual consignará la información completa que en ella se solicita

(...)

3. Inexistencia de cualquier hecho o circunstancia que implique una inhabilidad o incompatibilidad del orden constitucional o legal para ocupar el empleo o cargo al que se aspira o para celebrar contrato de prestación de servicios con la administración.”

“ARTÍCULO 4. El jefe de la unidad de personal de la entidad que reciba una solicitud de empleo, o quien haga sus veces, dispondrá de un término de quince (15) días para velar por que la correspondiente hoja de vida reúna todos los requisitos.

Si a ello hubiere lugar, dejará constancia escrita de las correspondientes observaciones.

“ARTÍCULO 5. En caso de haberse producido un nombramiento o posesión en un cargo o empleo público o celebrado un contrato de prestación de servicios con la administración sin el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo o la celebración del contrato, se procederá a solicitar su revocación o terminación, según el caso, inmediatamente se advierta la infracción.

-

(...)”. (Subrayado fuera de texto).

De otra parte, el Decreto 1083 de 2015, establece:

“ARTÍCULO 2.2.5.1.4 Requisitos para el nombramiento y ejercer el empleo. Para ejercer un empleo de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, se requiere:

1. Reunir los requisitos y competencias que la Constitución, la ley, los reglamentos y los manuales de funciones y de competencias laborales exijan para el desempeño del cargo.

2. No encontrarse inhabilitado para desempeñar empleos públicos de conformidad con la Constitución y la ley.

3. No estar gozando de pensión o tener edad de retiro forzoso, con excepción de los casos señalados en la ley.

-

(...)” (Subrayado fuera de texto).

“ARTÍCULO 2.2.5.1.5 Procedimiento para la verificación del cumplimiento de los requisitos. Corresponde al jefe de la unidad de personal o quien haga sus veces, antes que se efectúe el nombramiento:

-

1. Verificar y certificar que el aspirante cumple con los requisitos y competencias exigidos para el desempeño del empleo por la Constitución, la ley, los reglamentos y los manuales de funciones y de competencias laborales.

2. Verificar directamente los antecedentes fiscales, disciplinarios y judiciales del aspirante, dejando las constancias respectivas.

PARÁGRAFO 1º. No se podrán exigir al aspirante constancias, certificaciones o documentos para el cumplimiento de los requisitos que reposen en la respectiva entidad.

PARÁGRAFO 2º. Cuando los requisitos para el desempeño de un cargo estén señalados en la Constitución, la ley o los decretos reglamentarios, los manuales de funciones y de competencias laborales se limitarán a hacer transcripción de los mismos, por lo que no podrán establecer otros requisitos.

PARÁGRAFO 3º. Quienes hayan adelantado estudios de pregrado o de postgrado en el exterior, podrán acreditarlos con la presentación de los certificados expedidos por la correspondiente institución de educación superior, de conformidad con lo señalado en el artículo 2.2.2.3.4 del presente Decreto.

PARÁGRAFO 4º. Los nombramientos tendrán efectos fiscales a partir de la fecha de la posesión.” (Subrayado fuera de texto).

“ARTÍCULO 2.2.5.1.13 Revocatoria del nombramiento. La autoridad nominadora deberá revocar el nombramiento en un cargo, cuando recaiga en una persona que no reúna los requisitos señalados para el desempeño del mismo.

Ante este evento la administración inmediatamente advierta el hecho procederá de conformidad con lo señalado en el artículo 5º de la Ley 190 de 1995 y la Ley 1437 de 2011 y demás disposiciones que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.”

“ARTÍCULO 2.2.5.1.14 Inhabilidad sobreviniente al acto de nombramiento o posesión. En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, la persona deberá advertirlo inmediatamente a la administración y presentar renuncia al empleo, de lo contrario, la administración procederá a revocar el nombramiento.

*Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente no se haya generado por dolo o culpa del nombrado o del servidor, declarado judicial, administrativa, fiscal o disciplinariamente, siempre que sus actuaciones se ciñan a la ley y eviten los conflictos de interés, el servidor público contará con un plazo de tres (3) meses para dar fin a esta situación, siempre y cuando sean subsanables.”*

De acuerdo a lo anterior, de conformidad con el artículo 2.2.5.1.5. del Decreto 1083 de 2015, corresponde al jefe de la unidad de personal o quien haga sus veces, antes que se efectúe el nombramiento, verificar y certificar que el aspirante cumple con los requisitos y competencias exigidos para el desempeño del empleo por la Constitución, la ley, los reglamentos y los manuales de funciones y de competencias laborales, requisitos entre los que se encuentra, la verificación de no estar gozando de pensión o tener edad de retiro forzoso, con excepción de los casos señalados en la ley.

Cuando el nombramiento recaiga en una persona que no reúna los requisitos señalados para el desempeño del mismo, la autoridad nominadora deberá revocar el mismo; ante este evento la administración inmediatamente advierta el hecho procederá de conformidad con lo señalado en el artículo 5º de la Ley 190 de 1995 y la Ley 1437 de 2011 y demás disposiciones que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.

En caso de que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link “Gestor Normativo”: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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 LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Daniela Castellanos

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz
2. Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.
3. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.
4. Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa.

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:21:02*