



Concepto 300451 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000300451

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000300451

Fecha: 13/08/2021 05:31:26 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Docente. Servidor Público. Docente para tener dos vinculaciones. RAD.: 20219000548352 del 28 de julio 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si un docente o directivo docente vinculado con en el departamento del Tolima puede posesionarse como docente en provisionalidad o desempeñar otro empleo público mientras se encuentra en licencia no remunerada o en comisión de estudios no remunerada, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

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 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 ibídem:

“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 1960⁹, 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. 1º. 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 1978¹⁰ 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 1989¹¹, 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 servicio¹.

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 1992¹², 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:

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

(...)

g. 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 1994³, pero no de un régimen pensional especial, pues conformidad con el párrafo transitorio 1º, del Artículo 1 del Acto Legislativo de 2005,⁴ las Leyes 812 de 2003, 91 de 1989⁵ 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 1985⁶ 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 jubilación⁷ c) compatibilidad de éstas con el salario recibido por los servicios docentes que pueden continuar prestando hasta la edad de retiro forzoso⁸, d) Antes de la Constitución de 1991 y Ley 4 de 1992⁹, 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, por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente, 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:

(...)

k. 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:

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

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

De acuerdo con lo anterior, 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. Así mismo, están impedidos para desempeñar cualquier otro cargo o servicio público retribuido.

Así las cosas, esta Dirección considera que un docente se encuentra inmerso en la prohibición para vincularse en otra entidad pública y para recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, aunque se encuentre en licencia no remunerada o en comisión de estudios no remunerada, considerando que durante dichas situaciones administrativas, éste no pierde su calidad de servidor público.

En resumen, por expreso mandato constitucional y legal, quien ocupe un empleo como servidor en la administración pública, no podrá vincularse en otro de manera simultánea, por lo que en el caso planteado, el docente deberá renunciar al empleo que ocupa para poder tomar posesión en provisionalidad en el otro cargo público.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://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: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:45:58