



Concepto 102981 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000102981

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000102981

Fecha: 10/03/2023 03:37:08 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor público. Ingreso al servicio público mediante concurso de méritos por parte de quien se encuentra en goce de una pensión por invalidez. Concurso de méritos. RADICACIÓN: 20232060108512 del 16 de febrero de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual solicita un pronunciamiento por parte de este Departamento Administrativo en relación con la posibilidad para que un pensionado por invalidez de origen público sea vinculado en un cargo de carrera administrativa en una entidad u organismo público, me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del Estado o de los servidores públicos; así mismo, no le corresponde decidir si una persona incurrió o no en causal de inhabilidad, competencias atribuidas a los Jueces de la República.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, es importante mencionar que la Constitución Política al regular la naturaleza de los empleos públicos y su forma de provisión, dispuso:

“ARTÍCULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. (...).” (Subrayado y negrita nuestra)

Respecto al ingreso a la carrera administrativa el mencionado artículo 125 señala que los empleos son de carrera administrativa salvo excepciones y que estos deberán proveerse a través de concurso de méritos, este se considera un óptimo instrumento para la provisión de cargos públicos basado en criterios meritocráticos y constituye uno de los ejes definitorios de la Constitución Política de 1991, es especial por su relación estrecha con el principio de acceso a desempeño de cargos públicos, la igualdad, la estabilidad y demás garantías contempladas en el artículo 53 de la Constitución.

Ahora bien, con relación al acceso a los concursos de méritos la Ley 1960 de 2019² establece:

“ARTÍCULO 2. El artículo 29 de la Ley 909 de 2004 quedará así:

ARTÍCULO 29. Concursos. La provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa se hará mediante procesos de selección abiertos y de ascenso los cuales adelantará la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad en la que esta delegue o desconcentre la función.

En los procesos de selección o concursos abiertos para ingresar a la carrera podrán participar las personas que acrediten los requisitos y

condiciones requeridos para el desempeño de los empleos. (...)” (Negrilla fuera del texto)

De lo anteriormente expuesto se tiene que, los concursos de méritos que adelante la Comisión Nacional del Servicio Civil son de libre acceso y, por lo tanto, cualquier persona podrá presentarse y participar en este tipo de convocatorias o en los respectivos procesos de selección, siempre y cuando cumplan con los requisitos del empleo.

Ahora bien, como quiera que su consulta trata de un pensionado por invalidez que se reconoce y paga con dineros del Estado, se considera importante tener en cuenta que la Constitución Política establece frente a la prohibición de desempeñar simultáneamente más de un empleo público o 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. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Por su parte, la Ley 4ª de 1992³, 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. 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;*
- 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 fuera de texto)

De acuerdo a lo anterior, existe prohibición constitucional para 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, sin que en la norma se incluya la pensión por invalidez.

Sobre el tema la Corte Constitucional en Sentencia C-133 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, expresó:

“DOBLE ASIGNACION ¿¿¿ Prohibición”

“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 y negrilla nuestro)

Del anterior pronunciamiento jurisprudencial se tiene entonces que, el término "asignación" comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario, mesada pensional, etc.

Así las cosas, existe incompatibilidad de devengar al mismo tiempo, pensión y sueldo, salvo excepciones legales.

Ahora bien, para este caso que nos ocupa es importante traer a colación la sentencia del 16 de octubre de 2008⁴, proferida por la Sección Segunda - Subsección “B” del Consejo de Estado, dentro de una acción de Nulidad, con consejero ponente doctor Gerardo Arenas Monsalve, en la que se dispuso:

“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 ciudadanos⁵.

Además, en sentencia C-381 de 2005, la Corte Constitucional refirió que [...] “ [L]a Ley 82 de 1988⁶ 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”⁷, 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”⁸.

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 reingresar 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 otra parte, si bien es cierto que el pensionado por invalidez puede ingresar al servicio público sin más limitaciones que la propia invalidez, tal situación no implica que los nuevos tiempos laborados incidan en la reliquidación de la pensión, pues dicho supuesto no está contemplado en la ley como causa de revisión pensional.

(...)” (Destacado nuestro)

De acuerdo al anterior pronunciamiento jurisprudencial, 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.

Es decir 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 debido a que éste ha “*perdido su capacidad de trabajo para toda ocupación u oficio*”.

No obstante, 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 continuar prestando el servicio, o que ingrese nuevamente a la función pública mediante un cargo de carrera administrativa a través de un proceso de selección.

En este orden de ideas, en el caso que en el marco de un examen médico se dictamine que ha recuperado su capacidad laboral, se considera procedente su participación para acceder a ejercer cargos públicos.

Así las cosas, esta Dirección Jurídica de acuerdo a lo manifestado hasta ahora en el presente concepto, considera que la incapacidad física no constituye una inhabilidad para ejercer un cargo público. En consecuencia, un pensionado por invalidez puede inscribirse a un proceso de selección o concurso de méritos y resultar elegido, siempre y cuando cumpla con los requisitos para desempeñar dicho cargo y consecuentemente, gane la vacante respectiva.

Para tal efecto, en el evento de ganar la vacante ofertada, debe tenerse en cuenta que cuando el pensionado ingresa nuevamente a la prestación del servicio, en este caso a través de un cargo de carrera administrativa obtenido previo concurso de mérito, tal y como lo indicó el Consejo de Estado, 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.

Así mismo, deberá tenerse en cuenta que el interesado en el empleo público deberá cumplir con la totalidad de requisitos que se exigen para el ejercicio de un empleo, entre ellos, el respectivo certificado médico de aptitud física y mental y practicarse el examen médico de ingreso, el cual deberá aprobar satisfactoriamente. En todo caso, dicho requisito deberá ser verificado por la entidad empleadora.

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 <https://www.funcionpublica.gov.co/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

Proyectó: Harold Herreño

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.

2"Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones"

3"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"

4 Radicación número: 76001-23-31-000-2004-02414-01(0672-08) / Actor: HERNEY MARMOLEJO DE LA TORRE / Demandado: DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA 5 En el mismo sentido puede consultarse la sentencia de 7 de noviembre de 2007 en el proceso de Pérdida de Inestabilidad radicado con número 0922-00 (PI). M. P. doctor Héctor J. Romero Díaz.

6 Por la cual se aprobó el Convenio n.º 159 de la OIT.

7 Artículo 1.

8 Artículo 3.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 22:02:53