



Concepto 133431 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000133431

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000133431

Fecha: 03/04/2023 09:32:44 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor Público. Celebrar contrato de trabajo como Trabajador Oficial. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Comisión de servicios. RADICACIÓN. 20239000137632 de fecha 02 de marzo de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si es viable que un servidor de carrera puede celebrar contrato como trabajador oficial con entidad pública sin perder sus derechos de carrera, o si es posible solicitar comisión de servicios para desempeñar dicho cargo, me permito manifestar lo siguiente:

Al respecto, la Constitución Política en su Artículo 128 establece lo siguiente:

“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. Entiéndase 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 1952 de 2019¹, señala:

“ARTÍCULO 38. Los deberes. Son deberes de todo servidor público:

(...)

Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales.”

“ARTÍCULO 39. Prohibiciones. A todo servidor público le 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, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, las entidades territoriales y las descentralizadas. (...)" (Destacado fuera del texto)

De conformidad con lo anterior, el servidor público no podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

A efectos de determinar el alcance del vocablo "asignación" es preciso tener en cuenta el análisis que sobre el particular a realizado la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, en los siguientes pronunciamientos:

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

"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 mas cargos públicos en una misma persona, tanto como recibir mas 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." (Subrayas fuera del texto)

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil a través del concepto No. 1344 del 10 de mayo de 2001, Consejero Ponente doctor Flavio Augusto Rodríguez Arce, indicó:

"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"³; "bajo el vocablo asignación queda comprendida toda remuneración que se reciba en forma periódica, mientras se desempeña una función".

La Corte Constitucional sostiene, que "el término ¿ asignación¿ comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario, mesada pensional, etc." - Sentencia C-133/93 -.

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas la define como "Cantidad para un gasto determinado.// Sueldo, haber, emolumento, dotación, salario."⁴

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. En cuanto a los empleos no remunerados previstos en el Artículo 122 de la Carta, el legislador deberá proveer acerca de las incompatibilidades de las personas que los ocupen, estableciendo las respectivas excepciones⁹ - art 150.23 ibídem. El legislador establece las respectivas causales de excepción. ⁹

El Artículo 123, a su vez, dentro de la clasificación de los servidores públicos, incluye a los miembros de las corporaciones públicas quienes, aunque ejercen funciones públicas, no tienen la calidad de empleados públicos ni poseen nexo laboral con el Estado, por lo que la prohibición se les aplica a estos, no con fundamento en el Artículo 128, sino en las normas especiales de los respectivos regímenes de incompatibilidades que prohíben, a los congresistas, desempeñar cargo o empleo público - arts. 180.1 de la C.P. y 282.1, ley 5ª/92-; a los diputados, aceptar o desempeñar cargo como empleado oficial - art. 34.1 ley 617/00, y a los concejales, aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública o vincularse como trabajador oficial - art. 45.1 ley 136/94, sustituido por el art. 3º de la ley 177/94 -.

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 administrativa¹⁰ considerado en el ámbito propio de la función pública y, por tanto, el término asignación debe entenderse referido respecto de quienes desempeñan empleos públicos¹¹.

Lo anterior no obsta para que la prohibición contemplada en el Artículo 128 de recibir más de una asignación se aplique a todos los servidores públicos, incluidos los miembros de las corporaciones públicas, en todos los casos conforme a la ley, la que prevé lo relacionado con las excepciones a las incompatibilidades¹². Los Artículos 187, 299 y 312 de la Carta se remiten a la asignación de los congresistas, a la remuneración de los diputados y a los honorarios de los concejales, respectivamente -.

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. (Subrayado fuera de texto)

Del análisis realizado por el Consejo de Estado para definir el alcance del vocablo "asignación" contenido en el Artículo 128 de la Constitución Política, debe entenderse referido respecto de quienes desempeñan empleos públicos o con el pago de prestaciones que tengan como origen o fuente el tesoro público.

Gramaticalmente se concibe como la cantidad señalada por sueldo o por otro concepto, como emolumento dotación, salario.

En términos jurídicos tiene aplicación restrictiva equivalente a sueldo si se califica como básica, pero en sentido amplio identifica todo tipo de pago o de recursos, cualquiera sea su denominación, destinados a remunerar servicios personales dependientes o a cubrir mesadas pensionales.

Ahora bien, la prohibición de recibir doble asignación del erario, tiene unas excepciones que fueron consagradas en el Artículo 19 de la Ley 4ª de 1992², de la siguiente manera:

"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 benefician a los servidores oficiales docentes pensionados.

PARÁGRAFO No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades”.

En virtud de lo contemplado en el Artículo 128 constitucional, existe prohibición de desempeñar dos empleos públicos simultáneamente y recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, es decir que, en calidad de servidor público, se encuentra inhabilitado para percibir una asignación más del erario público, salvo que se encuentre en alguna de las excepciones contempladas en el Artículo 19 de la Ley 4 de 1992.

Así las cosas y para dar respuesta a su consulta, esta Dirección Jurídica considera que, como servidor público de carrera Administrativa no podrá ocupar un cargo como trabajador oficial en otra entidad, toda vez que existe prohibición constitucional y legal para recibir doble asignación del erario.

Ahora bien, con relación a la situación administrativa de comisión es pertinente mencionar que el Decreto 1083 de 2015, señala:

2ARTÍCULO 2.2.5.5.21 Comisión. El empleado se encuentra en comisión cuando cumple misiones, adelanta estudios, atiende determinadas actividades especiales en sede diferente a la habitual o desempeña otro empleo, previa autorización del jefe del organismo. La comisión puede otorgarse al interior del país o al exterior.

ARTÍCULO 2.2.5.5.25. Comisiones de servicios. La comisión de servicios se puede conferir al interior o al exterior del país, no constituye forma de provisión de empleos, se otorga para ejercer las funciones propias del empleo en un lugar diferente al de la sede del cargo, cumplir misiones especiales conferidas por los superiores, asistir a reuniones, conferencias o seminarios, realizar visitas de observación que interesen a la administración y que se relacionen con el ramo en que presta sus servicios el empleado.

Esta comisión hace parte de los deberes de todo empleado, por tanto, no puede rehusarse a su cumplimiento.”

Conforme a la norma transcrita, se puede concluir que la figura de comisión de servicios, no es viable utilizarla para que servidor con derechos de carrera pueda desempeñar un cargo como trabajador oficial en otra entidad. Por lo tanto, esta Dirección Jurídica considera que el servidor que quiera vincularse como trabajador oficial en otra entidad, deberá renunciar a su cargo sobre el cual ostenta derechos de carrera.

Me permito indicarle que, para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link “Gestor Normativo” donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: Maia Valeria Borja Guerrero

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

¹Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario.

²Mediante 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: 2025-01-05 22:05:05