



Departamento Administrativo de la Función Pública

Concepto 041781

Fecha: 24/01/2024

Bogotá D.C.

Señor

JUAN MAURICIO CAÑAS ACEVEDO jumaca@gmail.com **Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.**

Impedimento para que una persona pensionada por invalidez se posesione como servidora pública. **RAD.: 20239001115552** de 15 de diciembre de 2023.

En atención a su comunicación, mediante la cual consulta: *“...Amablemente solicito aclarar, si una persona pensionada por invalidez con aportes del sector privado, en este caso una Administradora de Fondo de Pensión (AFP), puede vincularse como funcionario público de carrera y percibir tanto la pensión como el salario del cargo, ya que no se está vulnerando el artículo 128 de la Constitución Nacional.*

En el caso particular, siendo una persona con discapacidad visual, que fui pensionado con invalidez por una Administradora de fondo de pensiones privada y luego de haber participado en las etapas de un concurso de carrera por mérito quede seleccionado obteniendo una plaza de trabajo, con su respectiva resolución administrativa, por esta razón elevo ante su entidad la consulta antes mencionada...” [Sic], me permito manifestarle lo siguiente:

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)

De conformidad con lo señalado en las normas transcritas, 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.

Por otro lado, de acuerdo con lo señalado, tenemos que La Ley 361 de 1997¹, 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.*

(...)

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.”*

En este sentido, una vez participado y aprobado cada una de las diferentes etapas del concurso por mérito, es importante precisar los requisitos para el nombramiento y ejercer el empleo, el Decreto 1083 de 2015², dispone:

«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.*
4. *No encontrarse en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.*
5. *Tener definida la situación militar, en los casos a que haya lugar.*
6. *Tener certificado médico de aptitud física y mental y practicarse el examen médico de ingreso, ordenado por la entidad empleadora.*
7. *Ser nombrado y tomar posesión.” (Resaltado fuera de texto).*

De conformidad con la normativa transcrita, se tiene que para efectuar un nombramiento y ejercer el empleo, se deben cumplir entre otros requisitos, tener certificado médico de aptitud física y mental, además de practicarse el examen médico de ingreso, ordenado por la entidad empleadora y con ello proceder a efectuar el nombramiento y posesión en el empleo respectivo.

En relación con el examen médico ocupacional, la resolución 2346 de 2007³, señala:

ARTÍCULO 4. EVALUACIONES MÉDICAS PRE-OCUPACIONALES O DE PRE- INGRESO. *Son aquellas que se realizan para determinar las condiciones de salud física, mental y social del trabajador antes de su contratación, en función de las condiciones de trabajo a las que estaría expuesto, acorde con los requerimientos de la tarea y perfil del cargo.*

El objetivo es determinar la aptitud del trabajador para desempeñar en forma eficiente las labores sin perjuicio de su salud o la de terceros, comparando las demandas del oficio para el cual se desea contratar con sus capacidades físicas y mentales; establecer la existencia de restricciones que ameriten alguna condición sujeta a modificación, e identificar condiciones de salud que estando presentes en el trabajador, puedan agravarse en desarrollo del trabajo.

El empleador tiene la obligación de informar al médico que realice las evaluaciones médicas pre – ocupacionales, sobre los perfiles del cargo describiendo en forma breve las tareas y el medio en el que se desarrollará su labor.

En el caso de que se realice la contratación correspondiente, el empleador deberá adaptar las condiciones de trabajo y medio laboral según las recomendaciones sugeridas en el reporte o certificado resultante de la evaluación médica pre – ocupacional.

PARÁGRAFO. *El médico debe respetar la reserva de la historia clínica ocupacional y sólo remitirá al empleador el certificado médico, indicando las restricciones existentes y las recomendaciones o condiciones que se requiere adaptar para que el trabajador pueda desempeñar la labor.*

(...)

ARTÍCULO 12. TRÁMITE RESULTANTE DE LA EVALUACIÓN MÉDICA OCUPACIONAL. *Si como resultado de cualquiera de las evaluaciones médicas ocupacionales practicadas a un trabajador, se diagnostica enfermedad común o profesional, el médico que la realice tiene la obligación de remitir al trabajador a los servicios de atención en salud que se requieran.*

Así mismo, cuando como consecuencia de la evaluación médica ocupacional realizada, se presuma la existencia de una enfermedad profesional, el empleador procederá a reportar la enfermedad, utilizando el formato y siguiendo las instrucciones establecidas en la normatividad vigente.

Recibido el reporte, las entidades administradoras deben iniciar el trámite de determinación de origen del evento.

En consecuencia, el examen médico es el que habilita a una persona para ejercer un cargo público, por lo tanto, será el médico quien determine la aptitud del trabajador para desempeñar en forma eficiente las labores sin perjuicio de su salud o la de terceros, comparando las demandas del oficio para el cual se desea contratar con sus capacidades físicas y mentales; establecer la existencia de restricciones que ameriten alguna condición sujeta a modificación, luego es la persona que declara si es o no apta para dar posesión en el empleo público.

Ahora bien, es posible que, atendiendo la invalidez, se realice la correspondiente remisión, es decir a la junta calificadora de invalidez, por cuanto estas son las encargadas de realizar la revisión periódica, con el fin de ratificar, modificar o dejar sin efectos el dictamen que sirvió de base para la liquidación de la pensión. De esta revisión se desprende la extinción, disminución o aumento de la misma, por su parte, el Decreto 1072 de 2015 “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo.*”, expresa:

ARTÍCULO 2.2.5.1.53. Revisión de la calificación de incapacidad permanente parcial o de la Calificación de Invalidez. *La revisión de la calificación de incapacidad permanente parcial o de la invalidez requiere de la existencia de una calificación o dictamen previo que se encuentre en firme, copia del cual debe reposar en el expediente.*

La Junta de Calificación de Invalidez, en el proceso de revisión de la calificación de la pérdida de capacidad laboral, solo puede evaluar el grado porcentual de pérdida de capacidad laboral sin que le sea posible pronunciarse sobre el origen o fecha de estructuración salvo las excepciones del presente artículo. Para tal efecto, se tendrá en cuenta el manual o la tabla de calificación vigente en el momento de la calificación o dictamen que le otorgó el derecho.

En el Sistema General de Riesgos Laborales la revisión de la pérdida de incapacidad permanente parcial por parte de las Juntas será procedente cuando el porcentaje sea inferior al 50% de pérdida de capacidad laboral a solicitud de la Administradora de Riesgos Laborales, los trabajadores o personas interesadas, mínimo al año siguiente de la calificación y siguiendo los procedimientos y términos de tiempo establecidos en el presente capítulo, la persona objeto de revisión o persona interesada podrá llegar directamente a la Junta solo si pasados 30 días hábiles de la solicitud de revisión de la calificación en primera oportunidad esta no ha sido emitida.

En los sistemas generales de riesgos laborales y de pensiones, la revisión pensional por parte de las Juntas será procedente a solicitud de la correspondiente Administradora de Riesgos Laborales o Administradora del Sistema General de Pensiones cada tres (3) años, aportando las pruebas que permitan demostrar cambios en el estado de salud y a solicitud del pensionado en cualquier tiempo. Copia de todo lo actuado deberá reposar en el expediente y se hará constar en la respectiva acta y en el nuevo dictamen.

PARÁGRAFO 1. *En el Sistema General de Riesgos Laborales, si a un pensionado por invalidez se le revisa su grado de invalidez y obtiene un porcentaje inferior al 50%, generándole la pérdida de su derecho de pensión, se le reconocerá la indemnización correspondiente a la incapacidad permanente parcial conforme al artículo 7 de la Ley 776 de 2002 o la norma que lo modifique, sustituya o adicione.*

En caso contrario, si a una persona a la que se le haya reconocido la indemnización por incapacidad permanente parcial, y se le revisa su grado de pérdida de capacidad laboral, cuyo resultado sea una calificación superior al 50%, se le deberá reconocer el derecho a pensión por invalidez, sin realizar descuento alguno.

PARÁGRAFO 2. *En caso de detectarse en la revisión de una incapacidad permanente parcial que esta sube al porcentaje del 50% o más se deberá también modificar la fecha de estructuración, de igual forma se procederá cuando un estado de invalidez disminuya a 49% o menos.*

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:

“4.4 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.

La Corte Constitucional, en relación con el reintegro de un trabajador una vez superada la declaratoria de invalidez laboral, en la sentencia T- 497 de 2009, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, dentro de sus consideraciones cita otras sentencias que se han referido al mismo tema. Las cuales, nos permitimos transcribir para su conocimiento y fines pertinentes: «4.2.4. Procedencia de la acción de tutela para obtener el reintegro

Sin embargo, en la Sentencia T- 050 del 1 de febrero de 2007 consideró la Corporación que quien pierde su derecho a la pensión- en virtud de la recalificación de su estado de invalidez- tiene el derecho a ser reintegrado al cargo que venía desempeñando al momento de su despido. Es por ello que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para obtenerlo, al no existir otro medio de defensa judicial efectivo para el efecto. Consideró la Corporación:

“En el presente caso, no encuentra la Sala un mecanismo de defensa judicial del cual pueda disponer el actor para solicitar su reintegro al cargo luego de haber sido pensionado por invalidez, y haber perdido su pensión por recuperar su capacidad laboral. En efecto, no existe norma en el ordenamiento jurídico colombiano que prevea tal situación, razón por la cual la acción de tutela procede de manera directa y definitiva, y se convierte en el medio judicial preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales que aquí se debaten.”

De esta forma, cuando la Junta de Calificación determina que quien percibía una pensión de invalidez, frente a una nueva evaluación, ya no presenta el grado de incapacidad requerido para ser beneficiario de la misma, éste pierde el derecho a continuar percibiendo la pensión de invalidez, no obstante, subsidiariamente crea la opción del reintegro al cargo que venía desempeñando antes de la declaratoria de invalidez o la opción de vincularse en otro empleo público, para el cual cumpla con los requisitos necesarios para su ejercicio.

Así, en un caso similar al ahora presentado, en la Sentencia T-229 del 9 de mayo de 1994, la Corte examinó el derecho al reingreso de un docente cuando desapareció la incapacidad que dio origen a su pensión de invalidez. Aquí, a pesar de que lo que pretendía el docente era atacar su acto de desvinculación, consideró la Corte que, al haber recuperado su capacidad laboral, lo procedente era su reintegro:

“En el derecho laboral la pensión de invalidez puede suspenderse cuando la evolución clínica es favorable para el paciente. Lo normal es que en los primeros meses la pensión sea provisional, precisamente para tener seguridad de si se justifica o no. Tanto el empleador como la entidad encargada de cubrir la prestación se supone que estarán atentos para ver si debe o no continuarse con el pago de la pensión de invalidez. Lo lógico es que al conocer el nominador el dictamen médico, proceda a reinstalar al docente. El nominador es el Alcalde Municipal. Este funcionario tiene que responder por los actos que tengan que ver con el personal docente. Si el Alcalde, por motivos razonables no puede reinstalar inmediatamente al docente, éste no pierde entre tanto el derecho a la asistencia social (...). Lo anterior no impide que el trabajador pueda solicitar su reintegro y el reajuste de su salario, puesto que la omisión de la Administración lo está perjudicando.”

Para el 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 de un 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 con lo manifestado hasta ahora en el presente concepto, considera que la incapacidad física no constituye *per se* 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 y se supone que ya no requiere la asistencia de la pensión por invalidez.

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.

Lo anterior significa, de acuerdo con la Corte Constitucional, que, en caso de revisión de la pensión de invalidez, en virtud de la rehabilitación de la persona que deja de tener el grado de invalidez requerido para la pensión, habrá lugar a la pérdida de la misma y nace, por tanto, la posibilidad de que la persona sea reintegrada en el cargo que venía desempeñando antes de la declaratoria de invalidez o su nombramiento en otro empleo público para el cual cumpla con los requisitos respectivos.

De lo expuesto, se considera que una persona pensionada por invalidez no presenta impedimento alguno para participar y superar cada una de las etapas del proceso meritocrático, sin embargo, para posesionarse y ejercer el empleo, debe dar cumplimiento a los requisitos del Art. 2.2.5.1.4 del Decreto 1083 de 2015, luego el examen médico es el que habilita a una persona para ejercer un cargo público, para lo cual deberá contar con examen que determine que la pérdida de capacidad laboral del pensionado ha disminuido, el cual será expedido por la autoridad respectiva.

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 CORTES

Dirección Jurídica.

Proyectó: Julian Garzón L.

Revisó: Harold Israel Herreño Suarez.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”.

2 Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

3 Por la cual se regula la práctica de evaluaciones médicas ocupacionales y el manejo y contenido de las historias clínicas ocupacionales.

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 Investidura 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.

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.