



Concepto 278431 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000278431

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000278431

Fecha: 02/08/2021 10:25:24 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES - Inhabilidad para pensionado de la Fuerzas Militares para vincularse a un cargo del estado. Radicado:20212060549872 del 29 de julio de 2021.

En la comunicación de la referencia, informa que es pensionado por el Ministerio de Defensa Nacional, de una “pensión mensual de jubilación” como ex servidor misional en sanidad militar código2-2 grado 12, al servicio de la Dirección de Sanidad del Ejército. Con base en la información precedente, consulta:

1. ¿Si suscribo contrato de trabajo, de naturaleza laboral con un empleador privado, tengo que continuar haciendo aportes a pensión?
2. ¿Si no tengo que continuar haciendo aportes a pensión, o si los tengo que realizar, agradezco por favor me indiquen el sustento normativo y jurisprudencial de la respuesta?
3. ¿Si suscribo contrato por prestación de servicios, con un privado, tengo que continuar haciendo aportes a pensión? Y el sustento normativo de ello.
4. ¿Si suscribo contrato por prestación de servicios con el estado, tengo que continuar haciendo aportes a pensión? Y el sustento normativo de ello.
5. ¿Me puedo vincular a un cargo con el estado y continuar recibiendo la pensión? ¿Tengo que continuar realizando aportes?

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

Las inquietudes contenidas en los numerales 1, 2 y 3, son de competencia del Ministerio del Trabajo, razón por la cual serán remitidas a esa

entidad para que las absuelva.

Sea lo primero señalar que 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)

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)

Por su parte, la Ley 4^a 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. Exceptúanse las siguientes asignaciones: A Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;

a). Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;

-
b). Las percibidas por concepto de sustitución pensional;

c). Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;

d). 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)

Conforme a lo anterior, se prohíbe 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, como son las asignaciones percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública.

Ahora bien, el Decreto 1083 de 2015¹ 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 tuvieren 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 acuerdo a lo anterior, la edad de 70 años constituye un impedimento para desempeñar cargos públicos.

Así las cosas, si la retribución del servidor proviene de una asignación de retiro o pensión policial de la Fuerza Pública, dicha situación es considerada por la Ley 4 de 1992 (art. 19, lit. b) como una de las excepciones para poder percibir dos asignaciones del erario público, es decir, salario y asignación pensional; por consiguiente, no habría ninguna inhabilidad o incompatibilidad para que el ex servidor con asignación de retiro pueda vincularse con el Estado y percibir las dos asignaciones del Tesoro Público; no obstante, deberá tener en cuenta la edad de retiro forzoso.

En el caso expuesto en la consulta, quien pretende vincularse nuevamente como servidor público es un pensionado por el Ministerio de Defensa Nacional, con pensión mensual de jubilación como ex servidor misional en sanidad militar código 2-2 grado 12, al servicio de la dirección de sanidad del ejército. Este cargo corresponde a empleos públicos del personal civil vinculados al Ministerio de Defensa y, por tanto, no hace parte del personal el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública contemplado por la Ley 4 como excepción para percibir doble asignación del tesoro público.

Por lo tanto, un pensionado por el Ministerio de Defensa Nacional, con pensión mensual de jubilación como ex servidor misional en sanidad militar, no podrá vincularse nuevamente como servidor público.

No ocurre lo mismo con el contrato de prestación de servicios, pues quienes suscriben un contrato de esta naturaleza, no goza de la calidad de servidor público. Sobre el particular, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del Consejero Luis Camilo Osorio Isaza, emitió el concepto No. 939 del 18 de marzo de 1997, en el que estableció lo siguiente:

"La Sala advierte la mención de pensiones percibidas por el personal retirado de la Fuerza Pública y también respecto de docentes, para establecer también excepción, pero debe observarse que precisamente las establece para autorizar la percepción de otra asignación o incluso para poder ocupar otra vez empleo público.

Cuestión diferente es el asunto que ocupa a la Sala, donde el pensionado no pretende percibir otra asignación o reingresar a la nómina estatal, sino celebrar contrato de servicios mediante pago o remuneración por honorarios.

La Sala recientemente se pronunció sobre la materia de la siguiente manera:

"(. . .) Perciben una asignación que tiene carácter periódico y permanente, esto es mensual, por estar desempeñando la función que la ley le atribuye a dicho organismo.

Tal asignación recibe el nombre de "honorarios" siguiendo básicamente la tercera acepción de la palabra en el diccionario; correspondería a lo que se ha denominado "asignación honorario".

Pero además, existe otra clase de honorarios que constituye la cuarta acepción del término y que son los que se perciben como contraprestación por un servicio prestado en desarrollo de una profesión liberal, como la abogacía, por ejemplo.

(...)

Sobre este aspecto debe advertirse que la Sala distingue estos honorarios por contrato del concepto anterior, para afirmar que se trata del pago de un precio o valor de la contraprestación por el contrato de mandato profesional, . . .

(...)

En consecuencia en estos casos no se trata de ninguna clase de asignación, carecen de los elementos de periodicidad y permanencia necesarios para que configuren asignación. . ." (concepto 896, 30 de septiembre/96).

El concepto de honorarios es distinto al de sueldo que corresponde a la retribución por el desempeño del empleo público y consiste en una remuneración periódica y continua en tanto que aquéllos se pagan por servicios específicos únicamente; su naturaleza corresponde a la de un precio económico por servicios prestados, diferente al proveniente por concepto de vínculo laboral.

La asignación es fijada por el Estado para un servidor público o corresponde a la retribución por el desempeño de una labor cuando se trata de trabajadores oficiales; en la contratación el precio se conviene entre las partes.

Pero además, respecto a los conceptos analizados, en particular la "asignación" frente a los "honorarios" pueden hacerse algunas precisiones, así:

Asignación: es toda remuneración, sueldo, salario o pago por concepto de desempeño de un empleo público o del cumplimiento de contrato laboral por un trabajador oficial; también la perciben los miembros de corporaciones públicas de elección popular por concepto de honorarios con carácter periódico y permanente y los miembros de otras corporaciones como los consejeros electorales; finalmente también lo son las mesadas pensionales percibidas por los jubilados estatales.

La asignación tiene como características su periodicidad y permanencia, la unilateralidad de parte del Estado en cuanto a la fijación de las condiciones para su obtención por empleados públicos y el fundamento o bases mínimas para la celebración de contratos laborales de los trabajadores oficiales; también pueden tener su consecuencia en una relación anterior, como es el caso de los pensionados.

En materia estatal, existe una forma de remuneración que se origina en el cumplimiento de obligaciones o prestaciones contractuales o en la modalidad de pago señalada en la Constitución o en la ley por el desempeño de algunas funciones públicas que se ha denominado genéricamente honorarios y que se constituye por dos especies: la una con carácter de asignación y la otra no.

Cuando se trata de actividades permanentes que derivan el pago periódico de determinadas sumas como es el caso de los concejales o el de los miembros del Consejo Nacional Electoral, el honorario tiene la característica de una asignación y se le denomina “asignación honorarios” (consulta 896 de 14 febrero/97).

Los honorarios sin carácter de asignación son los pagos que hace una entidad estatal o mixta con participación mayoritaria, como precio o contraprestación económica por el cumplimiento del objeto de un contrato que no tenga carácter laboral; este puede consistir en el de prestación de servicios como los previstos en la ley 80 de 1993.

En consecuencia, esta última clase de honorarios por no tener carácter de asignación no está comprendido en las prohibiciones de que trata el Artículo 128 superior.

El legislador ordinario al aplicar el mandato constitucional, precisó las salvedades autorizadas por el texto superior y en consecuencia reiteró el principio del estatuto suprallegal de que nadie por motivo distinto a los previstos como excepción en la ley, percibirá dos o más asignaciones del tesoro público. Sin embargo, en tratándose de pensionados, por cuanto si bien es cierto perciben una asignación pensión, los honorarios percibidos por concepto del contrato de prestación de servicio no constituyen una segunda asignación.

En síntesis, los pensionados fueron servidores públicos, pero ya no lo son (situación distinta cuando se reincorporan nuevamente a ocupar un empleo público, según se señaló). Esta circunstancia unida a los argumentos anteriores permite afirmar que el pensionado puede contratar con el Estado, por cuanto la prohibición del Artículo 127 de la Constitución que cubre los impedimentos de los servidores públicos no les es aplicable; además, la consignada en el Artículo 128 siguiente de “recibir más de una asignación que provenga del tesoro público” tampoco los comprende en la medida en que la remuneración que se genera como consecuencia de la ejecución del objeto contractual no tiene carácter de asignación de índole laboral, pues no existe subordinación o dependencia ni es periódica y permanente.” (Se subraya).

Según el pronunciamiento del Consejo de Estado, el concepto de asignación no cobja lo honorarios percibidos en un contrato de prestación de servicios suscrito con una entidad pública y, en tal virtud, la contratación de un pensionado por parte de una entidad oficial no está inmerso en la prohibición.

Ahora bien, en caso que un pensionado sea contratado por una entidad pública, deberá atenderse lo señalado por la Ley 797 de 2003, “*por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales*”, que en su Artículo 4º lo siguiente:

“ARTÍCULO 4º. El Artículo 17 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

ARTÍCULO 17. Obligatoriedad de las Cotizaciones. Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.

La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes.” (Se subraya).

De conformidad con el Artículo 4 de la Ley 797 de 2003, la obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

Por su parte, la Ley 789 de 2002, “*por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos Artículos del Código Sustantivo de Trabajo*”, sobre la obligación de cotizar, indica lo siguiente:

“ARTÍCULO 50. CONTROL A LA EVASIÓN DE LOS RECURSOS PARAFISCALES. La celebración, renovación o liquidación por parte de un particular, de contratos de cualquier naturaleza con Entidades del sector público, requerirá para el efecto, del cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, cuando a ello haya lugar. Las Entidades públicas en el momento de liquidar los contratos deberán verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron haber sido cotizadas.

(...):” (Se subraya).

Adicionalmente, el Artículo 41 de la Ley 80 de 1993, modificado por el Artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, sobre el tema analizado, indica:

“ARTÍCULO 41. DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

(...)" . (Se subraya).

El Decreto 780 de 2016, “*por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social*”, establece:

“ARTÍCULO 2.1.4.1 Afiliados al régimen contributivo. Pertenecerán al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

1. Como cotizantes:

(...)

1.2. Los servidores públicos.

1.3. Los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobrevivientes, sustitutos o pensión gracia tanto del sector público como del sector privado. En los casos de sustitución pensional o pensión de sobrevivientes deberá afiliarse la persona beneficiaria de dicha sustitución o pensión o el cabeza de los beneficiarios.

1.4 Los trabajadores independientes, los rentistas, los propietarios de las empresas y en general todas las personas residentes en el país, que no tengan vínculo contractual y reglamentario con algún empleador y cuyos ingresos mensuales sean iguales o superiores a un salario mínimo mensual legal vigente.

(...)" (Se subraya).

De acuerdo con la legislación citada, es obligación para todo aquel que tenga una relación laboral y/o un contrato de prestación de servicios, efectuar las cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen. Sin embargo, cuando el afiliado accede a la pensión mínima de vejez, se pensione por invalidez o anticipadamente, cesa su obligación de cotizar al sistema de pensiones.

No obstante, en caso que el pensionado suscriba contrato con una entidad pública, se encuentra obligado a efectuar el aporte al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en virtud de lo señalado en el Artículo 50 de la Ley 789 de 2002 y el Artículo 41 de la Ley 80 de 1993, modificado por el Artículo 23 de la Ley 1150 de 2007. En otras palabras, la persona natural pensionada acreditará el pago al sistema de salud en calidad de cotizante, debido a que los trabajadores independientes tienen el deber de afiliarse al sistema en el régimen contributivo.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

4. Si en su calidad de pensionado, suscribe un contrato por prestación de servicios con el estado, no tendrá la obligación de continuar haciendo aportes al Sistema General de Pensiones pero sí estará obligado a seguir cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

5. En su calidad de pensionado con pensión mensual de jubilación como ex servidor Misional en Sanidad Militar, no podrá vincularse nuevamente como servidor público. No obstante, de acuerdo con el análisis efectuado en el cuerpo del concepto, podrá suscribir contrato de prestación de servicios con una entidad pública, y para ello, deberá hacer los aportes respectivos al Sistema de Seguridad Social en Salud.

Para más 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

Director Jurídico

Proyectó: Valeria B.

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4