



MinTrabajo
República de Colombia

Prosperidad
Países

Bogotá, 25 JUL. 2012

URGENTE

00108442

Doctor
ALEXANDER SAAVEDRA ÁLVAREZ
Secretario General
Alcaldía Municipal de Floridablanca
Calle 5 8 - 25 Casco Antiguo Floridablanca
Floridablanca Santander

ASUNTO: Radicado No. 30271
Cargo Público - Pensionado Fomag

Respetado doctor Saavedra:

De manera atenta damos respuesta a su comunicación radicada con el número del asunto, mediante la cual consulta: 1. Si un pensionado del Fondo Nacional del Magisterio, podría percibir asignación en calidad de servidor público vinculado a la Alcaldía en Comisión? 2. De la asignación salarial por parte de la Alcaldía, se deben efectuar aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud con destino al FOSYGA, y a un Fondo de Pensiones? 3. Para el caso de pensiones sustitutivas o de sobrevivientes, que ha reconocido convencionalmente el municipio, es procedente el descuento del 12% con destino al FOSYGA, para los beneficiarios que resulten afiliados a regímenes especiales en salud?

En primer lugar, nos permitimos indicar que no existe norma dentro de la legislación laboral que prohíba la reincorporación de un pensionado por vejez, al mercado laboral en el sector privado.

Sin embargo tratándose de un servidor público, que se encuentra disfrutando de una mesada pensional, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consulta No. 1480, formulada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, C.P. Susana Montes de Echeverri, mayo 8 de 2003, se ha pronunciado en los siguientes términos:

"El artículo 128 de la Constitución Política señala la prohibición de percibir doble asignación proveniente del tesoro público, en los siguientes términos:

Carrera 14 No. 99 - 33
PBX: 489 3900 – 489 3100
Bogotá - Colombia
www.mintrabajo.gov.co



"Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo 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." (Negrilla fuera de texto).

Esta norma constitucional actualmente está desarrollada por el artículo 19 de la ley 4ª de 1992, 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.

Exceptúanse 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.

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

La ley 734 de 2002, en su artículo 35, numeral 14, también consagra como falta disciplinaria, la violación a la prohibición constitucional del art. 128.

El artículo 128 de la Constitución Política señala la prohibición de percibir doble asignación proveniente del tesoro público, en los siguientes términos:

"Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo 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." (Negrilla fuera de texto).

Así, es claro, que la prohibición constitucional de percibir doble asignación proveniente del tesoro público está directamente relacionada con el hecho de que ambos emolumentos tengan como fuente u origen el ejercicio de empleos o cargos públicos (dos empleos públicos en forma simultánea o pensión de jubilación – proveniente de entidades de previsión del Estado - y sueldo), cuyo pago o remuneración provenga del



tesoro público. Lo anterior, naturalmente, sin perjuicio de las excepciones previstas en la ley.

Debe decirse, de otra parte, que la ley, la jurisprudencia, tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado, entendió que la pensión de jubilación pagada por entidades de previsión social del sector público u oficial, provenía o era sufragada con recursos provenientes del tesoro público y, por consiguiente, le estaba prohibido al pensionado de este sector recibir, en forma simultánea, sueldo por servicios al estado.

Regresando al tema de análisis en este aparte del estudio, debe decirse, en síntesis, que para que se configure la prohibición constitucional del artículo 128, se requiere de la concurrencia de dos condiciones, a saber:

- Que el sujeto en cuestión ostente la calidad de servidor público (desempeño de un cargo).
- Que las asignaciones sean sufragadas por el tesoro público (se perciba más de una asignación).

Con todo, debe señalarse que esta Sala, al estudiar el alcance de la prohibición constitucional, también aclaró que ésta no le era aplicable al particular que celebrara contratos con la entidad estatal, así como tampoco cobijaría al beneficiario de una pensión de jubilación (proveniente de servicios al sector público) cuando se encontrara dentro de los casos de excepción que la misma ley ha señalado, para quien se autoriza devengar simultáneamente la pensión y el salario en un cargo público.

-En cuanto a la posibilidad de ingreso al servicio público, las normas propias del servicio civil del Estado, **las cuales tienen carácter especial y no han sido derogadas expresamente**, establecen la prohibición de la reincorporación al servicio público de un pensionado, salvo en los casos de excepción consagrados o contemplados en la ley:

- Decreto 2400 de 1.968, art. 29, en la forma modificada por el decreto 3074 del mismo año:

" (...) La persona retirada con derecho a **pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio**, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidas en la respectiva carreras y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años". (Negrilla no es del texto).

- Decreto 1848 de 1.969, artículo 78:

"PROHIBICIÓN AL JUBILADO DE REINTEGRARSE AL SERVICIO OFICIAL. REGLA GENERAL Y EXCEPCIONES. La persona retirada con derecho y en goce de **pensión de jubilación** no podrá reintegrarse al servicio oficial, en entidades de derecho público, establecimientos públicos, empresas oficiales y sociedades de economía mixta,



conforme a la prohibición establecida en el artículo 29 del decreto 2400 de 1.968, subrogado por el 3074 del mismo año citado.

PARÁGRAFO. Lo dispuesto en los artículos anteriores no comprende a las personas que vayan a ocupar cualquiera de los siguientes empleos: Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o rector de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidas en la respectiva carreras y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo y los demás empleos que el Gobierno Nacional señale, conforme a la facultad que al efecto le confiere el artículo 29 del decreto 2400 de 1.968, citado antes".

Por otro lado, los artículos primero y cuarto del Decreto 583 de 1995, señalan:

"Las personas que se encuentren gozando de pensión de jubilación o vejez y se reintegren al servicio en uno de los empleos señalados en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 o en uno de elección popular, percibirán la asignación mensual correspondiente. En el evento de que dicha asignación fuere menor a la mesada pensional, percibirán adicionalmente la diferencia por concepto de pensión, hasta concurrencia total de la prestación social."

"La revisión del valor de la mesada pensional, si a ello hubiere lugar, como consecuencia en lo dispuesto en el artículo 1° de este Decreto, se sujetará a los términos y condiciones previstos en el artículo 4° de la ley 171 de 1961." (resaltado y subrayado fuera de texto)

Ahora bien, el precitado artículo 29 fue modificado por el artículo 1° del Decreto 3074 de 1968, el cual señala:

"El empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, cesará definitivamente en sus funciones y será retirado del servicio, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que reúna tales condiciones. No obstante, el Gobierno podrá establecer excepciones para el retiro, cuando las necesidades del servicio lo exijan.

La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años."

En conclusión, y basados en el ordenamiento jurídico y los señalamientos del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, considera esta Oficina que no es posible desempeñar simultáneamente más de un empleo en entidades del Estado, ni percibir más de una asignación cuya naturaleza provenga del sector público o de instituciones en las que



MinTrabajo
República de Colombia

**Prosperidad
Dignidad**

tenga parte mayoritaria el Estado, salvo las excepciones expresamente determinadas por la ley.

No obstante, teniendo en cuenta que su primer interrogante está relacionado con el régimen prestacional de los servidores públicos, le sugerimos dirigir cualquier inquietud al Departamento Administrativo de la Función Pública.

Por otra parte, nos permitimos señalar que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 dispone que el Sistema Integral de Seguridad Social contenido en dicha norma, **no se aplica** entre otros, a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional y a los afiliados al Fondo Nacional del Magisterio.

En lo que compete al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, es necesario precisar que la finalidad de las pensiones de vejez e invalidez, filosófica y jurídicamente es la de reemplazar el salario, en una etapa en la cual es más difícil conseguir ingresos para asegurar las necesidades básicas. De lo anterior se infiere que quien está disfrutando de una pensión, no tiene la obligación de aportar para cubrir los riesgos de invalidez, vejez o muerte, pero deben cotizar para salud al Fosyga.

De otro lado, respecto a su último interrogante, nos permitimos señalar que el artículo 26 del Decreto 806 de 1998 en concordancia con lo establecido en el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, dispone que se considerarán como afiliados obligatorios al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud **como cotizantes**, entre otras, a las siguientes personas:

"(...) Los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobrevivientes o sustitutos, 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..." (Subrayado fuera del texto)

En este sentido, debe señalarse que de conformidad con lo previsto en el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 en salud, la afiliación de un pensionado es obligatoria, por tal razón, es inadmisibles el obviar esta afiliación o el adecuado pago de los aportes.

Por su parte, el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002, dispone que para efectos de evitar el pago de doble cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 647 de 2001, no podrán utilizar simultáneamente los servicios del régimen de excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios.

Según la norma en cuestión, cuando una persona afiliada como cotizante o beneficiario a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga, en los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud y Protección Social. Los servicios asistenciales serán prestados exclusivamente a través del régimen de excepción;

Carrera 14 No. 99 - 33
PBX: 489 3900 – 489 3100
Bogotá - Colombia
www.mintrabajo.gov.co



MinTrabajo
República de Colombia

**Prosperidad
Países**

las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al ingreso base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador o administrador de pensiones hará los trámites respectivos.

Igualmente, debe indicarse que por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y en especial del artículo 14 del Decreto 1703 de 2002, una persona que se encuentre afiliada a un régimen de excepción, no puede recibir simultáneamente servicios de salud del SGSSS a través de una EPS; razón por la cual, surge la necesidad de aplicar lo dispuesto en el artículo 14 del citado decreto, en el sentido de que el empleador debe remitir los aportes en salud directamente al Fondo de Solidaridad y Garantía - Fosyga, a través de los formatos adoptados mediante la Resolución No. 1408 de 2002.

En este sentido damos respuesta a su comunicación, no sin antes advertir que este concepto tiene los alcances determinados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,


MYRIAM STELLA ORTIZ QUINTERO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

 E. Lissette Z. - 2012-07-06
C:\zaccaro\Mis documentos\PENSIONES\30271 PENSIONADO FOMAG-CARGO PÚBLICO -.docx