

ASIGNACION - Concepto y alcance del vocablo

Para efectos de lo dispuesto en los artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la ley 4ª de 1992, 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.

NOTA DE RELATORIA: Concepto 896 de febrero de 1997, Sala de Consulta; Sentencias C-133 de 1993, C-536 de 1998, corte Constitucional. Autorizada su publicación con oficio 00368 de 11 de junio de 2001.

PROHIBICION DE PERCIBIR DOBLE ASIGNACION - No se aplica a particular que contrata con el estado / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Persona natural puede celebrar más de un contrato de éstos sin que se configure incompatibilidad / INCOMPATIBILIDAD PARA CONTRATAR - No se configura frente a contratista de prestación de servicios / DOBLE ASIGNACION - Particular que contrata con el estado no percibe asignación

De los presupuestos de la definición legal y de los elementos analizados, se concluye que particulares que colaboran con el Estado mediante un contrato de prestación de servicios o cualquier otro, tipificado en la ley 80 de 1993 o producto de la autonomía de la voluntad, no están subsumidos en el contexto de la función pública, ni son, por tanto, servidores públicos y, por lo mismo, no reciben “asignación” en los términos establecidos, lo que hace imposible aplicarles el régimen de estos. Estas consideraciones y las expuestas en los puntos anteriores, permiten concluir que los artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la ley 4ª de 1992, no son aplicables al particular que celebra contratos con una entidad estatal. No sobra advertir, que no existe norma que establezca incompatibilidad al respecto por lo que, conforme al artículo 6º constitucional, al particular contratista sólo le es exigible responsabilidad ante las autoridades por infringir la Constitución y la ley, en los términos que ellas señalen, circunstancia que impide, por lo demás, toda aplicación analógica o extensiva de las prohibiciones establecidas para los servidores públicos. Por lo demás, el artículo 8º ibídem regula lo relativo a las inhabilidades e incompatibilidades para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales. Estas mismas razones explican la inexistencia de incompatibilidad para que una misma persona natural celebre más de un contrato de prestación de servicios.

NOTA DE RELATORIA: Sentencias C-126 y C-133 de 1993, Corte Constitucional. Aclaración de voto del Dr. Cesar Hoyos Salazar, relacionado con la cita de la sentencia S-638 de 28 de agosto de 1996, Sala Plena. Autorizada su publicación con oficio 00368 de 11 de junio de 2001.

PROHIBICION DE PERCIBIR DOBLE ASIGNACION - Excepciones / DOBLE ASIGNACION - No se quebranta prohibición frente a pensionado que percibe pensión y salario / PENSION DE JUBILACION - Pensionado del sector oficial la puede percibir simultáneamente con honorarios o sueldo / PENSIONADO DEL SECTOR OFICIAL - Puede contratar con el Estado

En la actualidad el artículo 19 de la ley 4ª de 1992, autoriza recibir más de una asignación al personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la fuerza pública, cuando se percibe por concepto de sustitución pensional, así como las que a la fecha de entrada en vigencia de la ley, beneficiaran a los servidores

oficiales docentes pensionados, reguladas estas últimas en el literal g), respecto del cual la Sala en el Concepto 1305 de 2000, señaló que existe compatibilidad entre el goce de pensión de jubilación y el ejercicio de empleos docentes, al considerar que las normas a que él se remite son "...aquéllas que permiten al docente que disfruta de una pensión recibir otra asignación del tesoro público". Por vía de ejemplo se menciona que el parágrafo del artículo 66 de la ley 136 de 1994, sustituido por el parágrafo del artículo 20 de la ley 617 de 2000, establece la compatibilidad de la pensión o sustitución pensional y de las demás excepciones previstas en la ley 4ª, con los honorarios que perciben los concejales. De ésta forma, la persona pensionada en el sector público, no ostenta la calidad de servidor público y, por ende, las previsiones contenidas en los artículos que regulan la doble asignación no es posible aplicarlas de forma aislada, sino en conexión con las limitaciones impuestas a quienes están sometidos a las reglas de la función pública y a las excepciones establecidas por el legislador¹, de lo cual se sigue que los pensionados del sector oficial no están impedidos para celebrar contratos con entidades estatales, ni para percibir simultáneamente la asignación de un empleo, en caso de ser reincorporado al servicio, todo conforme a la ley.

NOTA DE RELATORIA: Concepto 1305 de 23 de noviembre de 2000, Sala de Consulta. Autorizada su publicación con oficio 00368 de 11 de junio de 2001.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE

Bogotá D.C., mayo diez (10) de dos mil uno (2001)

Radicación número: 1344

Actor: MINISTRO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

Referencia: Prohibición de percibir doble asignación. Alcance del artículo 128 de la C.P. respecto de los particulares contratistas y de los pensionados.

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público consulta a la Sala acerca del sentido y alcance que tiene el vocablo asignación utilizado en los artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la ley 4ª de 1992. En concreto, formula los siguientes interrogantes :

“1.- ¿ Qué debe entenderse por asignación, para efectos de lo dispuesto en el artículo 128 de la Constitución Política y de la ley 4 de 1992?

2.- ¿Esta prohibición se predica sólo de servidores públicos o también se aplica a los particulares cuando son remunerados con recursos del Tesoro Público?

¹ Así por ejemplo el parágrafo del artículo 66 de la ley 136 de 1994 determina que “Los honorarios (de los concejales) son incompatibles con cualquier asignación proveniente del Tesoro Público, **excepto con aquellas originadas en pensiones o sustituciones pensionales**”.

3.- ¿En el caso de los contratistas, solamente pueden tener vigente un vínculo contractual con entidades públicas?

4.- ¿Esta prohibido que los beneficiarios de pensiones públicas tengan contratos de prestación de servicios pagados con recursos del tesoro público?"

Señala además que el término "asignación" ha sido objeto de diversas interpretaciones, precisa la evolución histórica de la preceptiva constitucional que ha desarrollado el tema y transcribe algunos pronunciamientos de las altas Cortes sobre el particular.

La Sala considera

1. Breve referencia a la evolución normativa de la prohibición

La Constitución de Cundinamarca de 1811 dispuso en sus artículos 12 y 13 que "La reunión de dos o tres funciones de los Poderes, Ejecutivo, Legislativo y Judicial en una misma persona, o corporación, es tiránica y contraria por lo mismo a la felicidad de los pueblos" y que "Por ningún caso pueden ejecutarse por un mismo individuo o una misma corporación dos o más representaciones distintas en los tres poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial"

Los artículos 63 y 64 de la Constitución de 1886 disponían, que "no habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento", y que "nadie podrá recibir dos sueldos del tesoro público, **salvo lo que para casos especiales determinen las leyes**". Por su parte, la ley 4ª de 1913, Código de Régimen Político y Municipal, en el artículo 307 establecía que "por regla general, una misma persona no puede desempeñar a un tiempo dos o más destinos remunerados", con las excepciones en el mismo contempladas. (Negrillas de la Sala)

Según el tenor del artículo 1º de la ley 78 de 1931, "Entiéndese por tesoro público el dinero que, a cualquier título, ingrese a las oficinas públicas, fueran nacionales, departamentales o municipales. En consecuencia, la prohibición de que trata el artículo 64 de la Constitución comprende a los individuos que devenguen simultáneamente **sueldos** de la nación, del departamento o del municipio" ².

El Acto Legislativo No. 1 de 1936, artículo 23, dispuso que "nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por Tesoro Público el de la Nación, los Departamentos y los Municipios". Este Acto derogó expresamente el artículo 64 de la Constitución de 1886.

En la codificación efectuada a raíz de la Reforma Constitucional de 1945, la incompatibilidad se incluyó nuevamente en el artículo 64 de la Carta Política, sin variación alguna de texto.

² Art. 3º ibídem : "Será nulo todo nombramiento hecho en contravención a lo dispuesto en esta ley. En consecuencia, el respectivo pagador se abstendrá de cubrir la asignación que le correspondiere con la sola certificación de estar desempeñando simultáneamente otro cargo oficial remunerado"

Posteriormente, el artículo 1° del decreto 1713 de 1960, “por el cual se determinan algunas excepciones a las incompatibilidades establecidas en el artículo 64 de la Constitución”, reiteró el precepto en mención y, en cuanto a las salvedades las remitió, entre otras, al ejercicio de la docencia que no fuera de tiempo completo; a los servicios prestados por profesionales con título universitario, hasta por dos cargos públicos, si no se cruzaban los horarios; a las provenientes de pensión de jubilación y del servicio de cargos públicos, siempre que el valor conjunto de la pensión y del sueldo que disfrutaran por el cargo, no excediera de determinada suma, y las que con carácter de pensión o sueldo de retiro disfrutaran los miembros de las fuerzas armadas.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 21 de mayo de 1991, expuso su criterio - el cual comparte la Sala - acerca del alcance de la prohibición de que se trata, con ocasión de Reforma constitucional de 1936, al introducir ésta la palabra “asignación” en lugar del vocablo “sueldo” :

“Que el objeto de la modificación de la palabra «sueldo» por la expresión «asignación» —mucho más comprensiva que la anterior, desde luego— dispuesto por el constituyente de 1936 fue el de **evitar la acumulación de cargos remunerados en un mismo funcionario oficial** con la consiguiente secuela de moralidad administrativa, resulta de la sola lectura del acta de la Comisión Octava del Senado correspondiente a la sesión del día 14 de noviembre de 1935, en la que se lee lo siguiente (...):

»El objeto de esta disposición es el de **evitar el acaparamiento de las posiciones remuneradas** y el imprimir un sello de austeridad y decoro a las actividades **de quienes directa o indirectamente sean funcionarios oficiales(...)**

“El texto propuesto mantenía, a semejanza de su homólogo original de la Constitución de 1886, la expresión «sueldo», y así se mantuvo su redacción hasta el 10 de marzo de 1936 cuando en el Informe de la Comisión Especial de Reformas Constitucionales de la Cámara de Representantes para el segundo debate del proyecto de Acto Legislativo Reformatorio de la Constitución , se introdujo la palabra «asignación», con el único propósito de «hacerlo más comprensivo» y «para que no pueda pensarse que excluye la retribución de los congresistas». En lo pertinente la correspondiente acta de la sesión de la Cámara recogió así la ameritada propuesta y las razones, según el ponente, para la variación en la redacción del artículo. Así se lee:

«... Artículo 21. Con el simple cambio de la palabra sueldo por el término asignación a efecto de hacerlo más comprensivo, o para que no pueda pensarse que excluye la retribución de los congresistas, se acoge el artículo del Senado, que tuvo su origen en la comisión de la Cámara...». (...)

“Como se ve, pues, fueron razones de moralización de la administración y del poder público las que llevaron a cambiar la palabra «sueldo» por la palabra «asignación».

El artículo 128 de la Constitución vigente prescribe:

“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”.

Como se aprecia, con fundamento en la indispensable calidad de empleado público, la finalidad de las dos prohibiciones concurre al mismo fin, que no se reciba más de una asignación, bien mediante el desempeño de otro empleo, ora de uno sólo, percibiendo otra clase de remuneraciones propias de los servidores públicos.

El artículo 128 es desarrollado por el artículo 19 de la ley 4^a de 1992³, 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 beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados.

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

2. Concepto y alcance del vocablo asignación

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

³ Declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C - 133 de 1993.

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”⁴; “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.”⁵

Para establecer el alcance del término asignación empleado en los artículos 128 constitucional y 19 de la ley 4ª de 1992 - reproducido por el artículo 41.17 de la ley 200 de 1995 -, es necesario aplicar varios criterios de interpretación: el sistemático, tomando el contexto del ordenamiento jurídico constitucional, integrando sus disposiciones, pues no es viable una hermenéutica de preceptos aislados; el teleológico o finalístico de las normas y el axiológico, para determinar su valor normativo, armonizando las expresiones que pudieran parecer contradictorias, a fin de determinar su real eficacia.

El poder público, que emana del pueblo, se ejerce a través de las ramas legislativa, ejecutiva y judicial, de los órganos que las integran y de aquéllos que cuentan con autonomía e independencia para el cumplimiento de los demás fines del Estado (arts. 3º y 113 de la C.P.). Todas las ramas y órganos ejercen funciones públicas.

En este orden de ideas, se destaca que el artículo 128 constitucional se encuentra ubicado dentro del Título V “De la organización del Estado”, Capítulo 2 “De la función pública”⁶, actividad respecto de la cual la Corte Constitucional precisó en sentencia C-536 de 1998 : “En sentido amplio la noción de función pública atañe al conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines. En un sentido restringido se habla de función pública, referida al conjunto de principios y reglas que se aplican a **quienes tienen vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado**. Por lo mismo, empleado, funcionario o trabajador es el servidor público que esta investido regularmente de una función, que desarrolla dentro del radio de competencia que le asigna la Constitución, la ley o el reglamento.” (Destaca la Sala)

⁴ En igual sentido Consulta 580/94

⁵ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta T. I. 20ª. edición, Buenos Aires, p. 388.

En el Diccionario de la Constitución Política de Colombia de Mario Madrid Malo, aparece: “ASIGNACION. Cantidad señalada por sueldo o por otro concepto a las personas que ejercen cargos públicos o desempeñan funciones del mismo carácter.” (Legis, 1ª edición, 1997, p. 32).

⁶ El artículo 64 de la Constitución de 1886 aparecía en el Título V, titulado “De las ramas del poder público y del servicio público”.

El artículo 122 ibídem señala: “no habrá empleo ⁷ público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente”. El artículo 13 del decreto 1042 de 1978 ⁸, la ley 4ª de 1992 y el artículo 73 de la ley 617 de 2000, mencionan la asignación mensual para referirse a la remuneración correspondiente a cada empleo. El artículo 123 de la Carta establece la clasificación de los servidores públicos - los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios -, los cuales están al servicio del Estado y de la comunidad, y ejercen sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

Por su parte, la ley marco 4ª de 1992, fue expedida en desarrollo de las atribuciones contenidas en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución., según los cuales corresponde al Congreso de la República dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los que debe sujetarse el gobierno para “fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública”, y “regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales”. Este estatuto regula - artículo 1º - el régimen salarial de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, de los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, los órganos nacionales autónomos de control, la organización electoral, los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública y contempla las asignaciones adicionales que pueden percibirse sin incurrir en la prohibición del artículo 128 de la Carta

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. ¹⁰

⁷ El artículo 2º del decreto 2503 de 1998 define empleo como “El conjunto de funciones que una persona natural debe desarrollar y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado”.

⁸ Art. 31 ibídem : “los empleados públicos a quienes se aplica este decreto sólo podrán percibir por concepto de sueldo la asignación básica mensual que corresponda al cargo que desempeñen y los factores salariales en el artículo 42...”. El art. 32 consagra la prohibición de recibir más de una asignación.

⁹ En relación con funciones públicas ejercidas por particulares y su remuneración sostiene la Corte Constitucional que “No exige la Constitución que la ley establezca una específica retribución para el particular que ejerza funciones públicas. Al fin y al cabo, ésta es una forma de ‘participar en la vida política, cívica y comunitaria’. Cumplir así este deber, sin una específica retribución, no quebranta la justicia ni la equidad : por el contrario, las realiza, porque es una expresión de la solidaridad social” - Sentencia C 091 de 1997 - .

¹⁰ Las excepciones generales a las incompatibilidades de los congresistas están previstas en el parágrafo del art. 180 de la C. P. y 283 de la ley 5ª/92; las relacionadas con los diputados y concejales, en las leyes 617/00 y 136/94. Sin embargo, conforme a la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia S - 638 del 28 de agosto de 1996 : “...es lícito devengar ambos conceptos porque tienen causas diferentes y ello no está prohibido por la Constitución Política. En efecto, lo que la Carta prohíbe es que una misma persona desempeñe simultáneamente dos o varios empleos públicos , y como consecuencia de ello, perciba dos o más salarios; pero si una erogación proviene de la prestación personal del servicio a través de una relación legal y reglamentaria, y otra del hecho ilegal de la administración, no cabe dentro de esa hipótesis la previsión de los artículos 64 de la Carta de 1886 y 128 de la de 1991”.

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 administrativa ¹¹ considerado en el ámbito propio de la función pública y, por tanto, el término asignación debe entenderse referido respecto de quienes desempeñan empleos públicos ¹².

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 incompatibilidades ¹³. 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.

3. Alcance de la prohibición respecto de los particulares que celebran contratos con entidades estatales

La legislación en materia contractual corresponde a las exigencias de la dinámica propia del funcionamiento del Estado, ente que en todas sus actividades persigue lograr fines muy precisos - art. 2º de la C. P.-, dentro de un marco que garantice un orden económico y social justo, de lo cual se sigue que la decisión de contratar

¹¹ Sentencia Sección Primera de la Sala de Casación Laboral C. S .de J., enero 27/95: “La filosofía del precepto constitucional que no permite la percepción de dos asignaciones del Tesoro Público o que provengan de empresas o de instituciones en que la participación estatal sea principal o mayoritaria, no es otra que la de impedir, por razones de moralidad y decoro administrativos, que los empleados oficiales puedan valerse de su influencia para obtener del Estado una remuneración diferente o adicional a la que perciben como sueldo, sea que tal asignación adicional revista el carácter de honorario, dieta o como quiera denominarse. Pero debe observarse que esa prohibición constitucional no puede extenderse a aquellos casos en los cuales no se vulnera esa norma, que tiende -se repite- a preservar la moral en el servicio público.” Se reitera así el criterio expuesto en sentencia de la Sala de Casación Laboral, del 21 de mayo de 1991.

¹² Sentencia C-133/93: “...si bien es cierto que en el artículo 128 C.P.. se consagra una incompatibilidad, no le es menos que esta se encuentra en íntima relación de conexidad con la remuneración de los servidores estatales...”.

¹³ Régimen de excepciones : congresistas, parág. art. 180 de la C.P. y 283, ley 5ª/92; diputados, art. 36, ley 617/00 y concejales, arts. 46 de la ley 136/94, adicionado por el 42 de la ley 617/00.

o de no hacerlo es esencialmente reglada y está supeditada a las necesidades del servicio, de manera que los contratos celebrados por la administración pública, no constituyen por sí mismos una finalidad, sino que representan un medio para servir a la comunidad y promover la prosperidad general.

El principio general que informa el sistema de contratación estatal respecto de los servidores públicos es que estos no pueden celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales - arts. 127 de la C. P. y 8º, literal f) de la ley 80 de 1993. En cuanto al particular que contrata con entidades estatales y que no se encuentra dentro de las condiciones acabadas de señalar, no le es aplicable la incompatibilidad de que se trata, precisamente por cuanto no tiene vínculo laboral con la administración ni ejerce funciones públicas. De esta manera, en lo atinente a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas “la ley determinará el régimen aplicable (...) y regulará su ejercicio” - art. 123 de la C. P., los demás no están, en principio, cobijados por la prohibición.

Por la similitud con la materia tratada, la Sala hace especial referencia al contrato de prestación de servicios, que según el artículo 32 de la ley 80 de 1993, es el suscrito por los entes estatales con personas naturales, para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad que no puedan cumplirse con personal de planta o requieran conocimientos especializados; en ningún caso generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebran por el término estrictamente indispensable.

La vinculación jurídica derivada del contrato de prestación de servicios es diferente de la que emana de la relación laboral de origen contractual con los trabajadores oficiales. En efecto, el de prestación se refiere a actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad; el contratista es autónomo para ejecutar el contrato; no se causan prestaciones sociales y no responde disciplinariamente - Sentencia C -280/96-, mientras que el trabajador oficial, en su orden, labora en la construcción y sostenimiento de obras públicas o está vinculado a una empresa industrial o comercial del Estado; está, por esencia, subordinado a la administración ¹⁴; las prestaciones sociales le son consustanciales y responde disciplinariamente. ¹⁵

Es así como los trabajadores oficiales perciben por sus servicios un salario, que constituye asignación, la retribución de los contratistas de prestación de servicios son los honorarios, que no tienen tal carácter. Así, la fuente del reconocimiento es bien distinta: en el primero, la vinculación laboral administrativa y, en el segundo, el negocio jurídico, fundado en la autonomía de la voluntad.

De los presupuestos de la definición legal y de los elementos analizados, se concluye que particulares que colaboran con el Estado mediante un contrato de prestación de servicios o cualquier otro, tipificado en la ley 80 de 1993 o producto de la autonomía de la voluntad, no están subsumidos en el contexto de la función pública, ni son, por tanto, servidores públicos ¹⁶ y, por lo mismo, no reciben

¹⁴ Corte constitucional sentencia T 523 de 1998 y C 056 de 1993.

¹⁵ Sentencia C 326 de 1997.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencias C 280 de 1996 y C 326 de 1997; Sala de Consulta y Servicio Civil, consulta 967 del 21 de marzo de 1997

“asignación” en los términos establecidos ¹⁷, lo que hace imposible aplicarles el régimen de estos ¹⁸.

Estas consideraciones y las expuestas en los puntos anteriores, permiten concluir que los artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la ley 4ª de 1992, no son aplicables al particular que celebra contratos con una entidad estatal ¹⁹. No sobra advertir, que no existe norma que establezca incompatibilidad al respecto por lo que, conforme al artículo 6º constitucional, al particular contratista sólo le es exigible responsabilidad ante las autoridades por infringir la Constitución y la ley, en los términos que ellas señalen, circunstancia que impide, por lo demás, toda aplicación analógica o extensiva de las prohibiciones establecidas para los servidores públicos.²⁰ Por lo demás, el artículo 8º ibídem regula lo relativo a las inhabilidades e incompatibilidades para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales. Estas mismas razones explican la inexistencia de incompatibilidad para que una misma persona natural celebre más de un contrato de prestación de servicios.

El artículo 19 de la ley 4ª de 1992 prevé que el servidor público puede recibir honorarios por concepto de hora cátedra y de servicios profesionales de salud, que constituyen verdaderas asignaciones dado el nexo laboral administrativo, remuneración que de manera obvia es distinta de la que bajo el mismo nombre, recibe el contratista de prestación de servicios, pues su naturaleza difiere de la asignación por no ejercer el colaborador de la administración función pública alguna.

Valga advertir que al tenor de los artículos 123 y 210 de la Carta, los particulares pueden temporalmente desempeñar funciones públicas o cumplir funciones administrativas ²¹, también de manera excepcional, lo que entraña que a los primeros se les aplican, en principio, las previsiones del artículo 128 ibídem, pues su desempeño se efectúa dentro del marco propio de tales atribuciones, sin embargo, el alcance de la prohibición deberá determinarlo la ley que establezca el régimen aplicable a estos colaboradores de la administración; respecto de los segundos, debe tomarse en cuenta que según el Capítulo XVI - “ejercicio de funciones administrativas por particulares” - de la ley 489 de 1998, relativa a la organización y funcionamiento de la entidades del orden nacional, los representantes legales de las entidades privadas o de quienes hagan sus veces, encargadas del ejercicio de funciones administrativas “están sometidos a las prohibiciones e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, en relación con la función conferida” (art. 113).

¹⁷ En el mismo sentido Consulta 929/96

¹⁸ Otra situación particular ocurre con los Magistrados del Consejo Nacional Electoral, con relación a los cuales la Corte Constitucional sostiene que “...su vinculación no es laboral sino de prestación de funciones públicas, y en consecuencia no están sujetos al régimen legal de servidores públicos (...)” . Sentencia C -055 de 1998. Ver también Consulta 896/97.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-126 de 1993.

²⁰ Sentencia C-231/95: “...las incompatibilidades se tienen en razón del cargo que se desempeña, esto es, con motivo y por causa de una condición diferente a las de cualquier persona y a partir de las especiales responsabilidades que asumen”. Ver además sentencia C-133 de 1993.

²¹ Son particulares que desempeñan funciones públicas permanentes: cámaras de comercio, la Primera Dama de la Nación, colegios de profesionales, tribunales de ética médica y los que prestan servicios públicos; temporalmente : profesores ocasionales, árbitros, supernumerarios. Respecto de los notarios, la Corte Constitucional los considera particulares - sentencia C-181/97, mientras que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia los reputa servidores públicos - Sentencia de abril 5/01, radicación 13943, al igual que la Sección Segunda, Subsección “A” de esta Corporación - Sentencia de febrero 3/00, expediente 93/99, actor Vladimiro Bayona Gómez.// En relación con el ejercicio de funciones administrativas, ver la sentencia C - 866/99.

Aunque la Corte Constitucional en la sentencia C-866 de 1999 expresó que "... el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicable a los servidores públicos, resulta también **extensivo** a los particulares que vayan a ejercer funciones administrativas como expresamente lo indica el artículo 113 de la ley 489 de 1998...", la Sala considera que el sentido de la conclusión se remite al alcance de la norma en cita, no a la totalidad del régimen mencionado, pues los artículos 123 y 210 de las Carta son enfáticos en ordenar que el legislador "determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio" y que "los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley", mandatos que implican la expedición de normas especiales al efecto o la expresa remisión de la ley a la aplicación del régimen común de los servidores públicos permanentes a tales colaboradores de la administración; en tanto ello ocurra, no sería procedente la extensión o aplicación analógica del régimen ordinario de inhabilidades e incompatibilidades, por su naturaleza restrictivo.

En este orden de ideas al contenido material del artículo 113 no puede dársele alcance distinto a la regulación de las inhabilidades e incompatibilidades de los representantes legales de las entidades privadas o de quienes hagan sus veces, en la forma en él prevista.

4. El pensionado del sector público que celebra contratos de prestación de servicios.

Sin perjuicio de aceptar que la pensión de jubilación es una asignación²² en los términos señalados, la incompatibilidad no cobija al beneficiario de la misma, en cuanto la prohibición persigue evitar la acumulación de cargos remunerados en un mismo servidor público - el pensionado no tiene esta connotación, no tiene relación laboral con el Estado -, con el consiguiente menoscabo de la moralidad administrativa, el acaparamiento de las posiciones públicas²³, de los empleos y de su retribución pecuniaria.²⁴

Como se recuerda el decreto 1713 de 1960, artículo 1º, literales c) y d), permitía a los pensionados recibir otra asignación siempre que el valor conjunto de la pensión y del sueldo no excediera de mil doscientos pesos mensuales, y también a los miembros de las fuerzas armadas que disfrutaran de pensión o de sueldo de retiro. Luego el decreto 1042 de 1978, artículo 32, literal c) restringió la excepción a los jubilados que ejercieran los cargos allí señalados, si el valor sumado de la pensión y el sueldo no excediera la remuneración fijada para los Ministros del Despacho y reiteró la relativa a los antiguos miembros de las fuerzas armadas..

En la actualidad el artículo 19 de la ley 4ª de 1992, autoriza recibir más de una asignación al personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la fuerza pública, cuando se percibe por concepto de sustitución pensional, así como las que a la fecha de entrada en vigencia de la ley, beneficiaran a los servidores oficiales docentes pensionados, reguladas estas últimas en el literal g), respecto del cual la Sala en el Concepto 1305 de 2000, señaló que existe compatibilidad entre el goce de pensión de jubilación y el ejercicio de empleos docentes, al considerar que las normas a que él se remite son "...aquéllas que permiten al docente que disfruta de una pensión recibir otra asignación del tesoro público".

²² Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia del 11 de diciembre de 1961.

²³ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 21 de mayo de 1991.

²⁴ Informe de la Comisión Especial de Reformas Constitucionales de la Cámara de Representantes para el segundo debate del proyecto de Acto Legislativo Reformativo de la Constitución de 1936, tomado de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 21 de mayo de 1991.

Por vía de ejemplo se menciona que el párrafo del artículo 66 de la ley 136 de 1994, sustituido por el párrafo del artículo 20 de la ley 617 de 2000, establece la compatibilidad de la pensión o sustitución pensional y de las demás excepciones previstas en la ley 4ª, con los honorarios que perciben los concejales.

De ésta forma, la persona pensionada en el sector público, no ostenta la calidad de servidor público y, por ende, las previsiones contenidas en los artículos que regulan la doble asignación no es posible aplicarlas de forma aislada, sino en conexión con las limitaciones impuestas a quienes están sometidos a las reglas de la función pública y a las excepciones establecidas por el legislador²⁵, de lo cual se sigue que los pensionados del sector oficial no están impedidos para celebrar contratos con entidades estatales, ni para percibir simultáneamente la asignación de un empleo, en caso de ser reincorporado al servicio, todo conforme a la ley.

La Sala responde

1. Para efectos de lo dispuesto en los artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la ley 4ª de 1992, 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.

2. y 3. La prohibición contenida en las disposiciones aludidas se predica de toda persona que se llegue a encontrar ubicada en el contexto de la función pública, como servidor público. El particular no está sujeto a la prohibición y por tanto no le resulta incompatible celebrar más de un contrato estatal, salvo que ejerza temporalmente funciones públicas o administrativas.

4. Los beneficiarios de pensiones públicas pueden celebrar contratos de prestación de servicios pagados con recursos provenientes del tesoro público

Transcríbase al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

AUGUSTO TREJOS JARAMILLO
Presidente de la Sala

CESAR HOYOS SALAZAR

LUIS CAMILO OSORIO ISAZA FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE

ELIZABETH CASTRO REYES
Secretaria de la Sala

²⁵ Así por ejemplo el párrafo del artículo 66 de la ley 136 de 1994 determina que “Los honorarios (de los concejales) son incompatibles con cualquier asignación proveniente del Tesoro Público, **excepto con aquellas originadas en pensiones o sustituciones pensionales**”.