

MEMORANDO

FECHA: 13 de septiembre de 2023

PARA: Ingrid Marcela Barrera Correa
Subdirectora de Talento Humano

DE: Dirección Jurídica

ASUNTO: Solicitud de concepto jurídico caso elegible Oscar Gerardo García Herrera.

CONCEPTO

Referencia	2023IE023205O1 del 16 de agosto de 2023.
Descriptor general	Laboral administrativo
Descriptores especiales	Afiliación al Sistema General de Pensiones
Problemas jurídicos	¿Es posible posesionar a un elegible sin afiliación al Sistema General de Pensiones en razón a que tiene 66 años y ya solicitó a su fondo de pensiones la devolución de sus aportes?
Fuentes formales	Leyes 100 de 1993, 797 de 2003 y 1821 de 2016. Decreto Nacional 1083 de 2015 Resolución 2388 de 2016 del Ministerio de Salud y Protección Social Circular Conjunta 001 del 24 de enero de 2005, expedida por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social. Jurisprudencia de la Corte Constitucional Conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado Conceptos del Departamento Administrativo de la Función Pública

IDENTIFICACIÓN DE LA CONSULTA

La Subdirección de Talento Humano de la Secretaría Distrital de Hacienda, solicita que se conceptúe acerca de la viabilidad de posesionar al señor OSCAR GERARDO GARCIA HERRERA, identificado con la cedula de ciudadanía No. 3.228.690, teniendo en cuenta que la Comisión Nacional del Servicio Civil en el marco del concurso abierto de méritos, autorizó el uso de la lista de elegibles para el empleo denominado Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 22, identificado con el número de OPEC 213043. El señor GARCIA HERRERA cumplió 66 años el 9 de agosto de 2023, aceptó el nombramiento y tomará posesión el 04 de septiembre de 2023.

Sin embargo, el señor GARCÍA HERRERA informó previamente que durante varios años realizó sus aportes a pensión a través de COLFONDOS, y como no cumplió con los requisitos para acceder a su derecho pensional, solicitó al fondo en mención la devolución de sus aportes.

En virtud de lo anterior, la Subdirección de Talento Humano formuló los siguientes interrogantes: “¿Es posible posesionar al elegible sin afiliación a un fondo de pensiones? ¿Puede el elegible posesionarse, sin que se le hagan descuentos en nómina por concepto de pensión?”.

CONSIDERACIONES

Para resolver esta consulta se considera pertinente abordar las siguientes temáticas: (i) edad de retiro forzoso y cotización al Sistema de Seguridad Social Integral; (ii) indemnización sustitutiva y devolución de saldos en el Sistema General de Pensiones; (iii) afiliación y cotización al Sistema General de Pensiones de los beneficiarios de indemnización sustitutiva o devolución de saldos; y (iv) conclusiones.

1.1. Edad de retiro forzoso y cotización al Sistema de Seguridad Social Integral

El artículo 1 de la Ley 1821 de 2016¹ modificó la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas de 65 a 70 años, del modo en que se expresa a continuación:

*(...) **ARTÍCULO 1.** Corregido por el Decreto 321 de 2017. La edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años. Una vez cumplidos, se causará el retiro inmediato del cargo que desempeñen sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna circunstancia.*

Lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el artículo 29 del Decreto-ley 2400 de 1968, modificado por el artículo 1 del Decreto-Ley 3074 de 1968. (...)

En desarrollo de lo anterior, el Decreto 1083 de 2015² en su artículo 2.2.11.1.7 dispuso lo siguiente:

*(...) **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 tuvieran 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. (...)

En cuanto a los aportes a la seguridad social de las personas que desean permanecer voluntariamente en el ejercicio de funciones públicas, aunque hayan completado los requisitos para acceder a la pensión de vejez, el artículo 2 de la Ley 1821 de 2016 dispuso que tal obligación subsiste para cada uno de los subsistemas de salud, pensiones y riesgos laborales, de esta manera:

¹ “Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas”.

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

(...) **ARTÍCULO 2o.** La presente ley no modifica la legislación sobre el acceso al derecho a la pensión de jubilación. Quienes a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas podrán permanecer voluntariamente en los mismos, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales), aunque hayan completado los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. A las personas que se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo, en los términos de la presente ley, no les será aplicable lo dispuesto en el parágrafo 3o del artículo 9o de la Ley 797 de 2003. (...) (Subraya y negrilla ajenas al texto original)

Específicamente, en relación con la aplicación de esta norma, el Gobierno Nacional elevó consulta ante el Consejo de Estado -Sala de Consulta y Servicio Civil-, quien emitió concepto del 8 de febrero de 2017, radicación No. 2326, señalando lo siguiente:

(...) Como se observa, esta parte de la norma, a pesar de las deficiencias que presenta en su redacción, contiene un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. El supuesto de hecho consiste en que una persona, a la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, "acceda" al ejercicio de funciones públicas o se encuentre ejerciéndolas y haya cumplido o cumpla los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación. La consecuencia jurídica, por su parte, consiste en que tal persona puede permanecer en el ejercicio de su cargo o de las funciones respectivas, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social. Aunque la norma no dice explícitamente hasta cuándo podría permanecer aquella persona en su cargo o en el ejercicio de las funciones que ejerce, la integración de esta disposición con el artículo 1° de la misma ley, permite deducir, sin mayores esfuerzos, que puede hacerlo hasta llegar a la edad de retiro forzoso que la Ley 1821 establece (70 años). (...) (Subraya y negrilla ajenas al texto original)

De conformidad con lo anterior, es claro que los servidores públicos que antes de la entrada en vigor de la Ley 1821 de 2016 no hayan cumplido la edad de 65 años, pueden continuar vinculados a la administración hasta llegar a la edad de 70 años. Adicionalmente, en caso de que cuenten con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de jubilación, si desean continuar en ejercicio de sus funciones, deberán comunicar a la administración su voluntad de permanecer en el ejercicio de su cargo hasta los 70 años, con la consecuente obligación de seguir contribuyendo al Sistema de Seguridad Social Integral (salud, pensiones y riesgos laborales).

1.2. Indemnización sustitutiva y devolución de saldos en el Sistema General de Pensiones

En lo atinente a la devolución de aportes pensionales, la Ley 100 de 1993 en su artículo 13, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al determinar las características del Sistema General de Pensiones, estableció que para aquellos afiliados que cumplan la edad de pensión pero no reúnan los demás requisitos para ello, tendrán derecho a la devolución de saldos o indemnización sustitutiva, según el régimen al cual se encuentren afiliados, de este modo:

“ARTÍCULO 13. Características del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

(...)

p) Los afiliados que al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán derecho a una **devolución de saldos o indemnización sustitutiva** de acuerdo con el régimen al cual estén afiliados y de conformidad con lo previsto en la presente ley;" (Subraya y negrillas ajenas al texto original)

Mientras que la indemnización sustitutiva procede para aquellos afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, según lo establece el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, la figura de la devolución de saldos se concibió para los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tal como lo establece el artículo 66 ibidem:

(...) **ARTÍCULO 66. DEVOLUCIÓN DE SALDOS.** *Quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho. (...)*

Partiendo de la base que la consecuencia jurídica de la indemnización sustitutiva y la devolución de saldos es la misma, esto es, retribuir los aportes al cotizante que ha cumplido la edad pero no el número mínimo de semanas necesarias para obtener su pensión, cabe referir que la Corte Constitucional en la sentencia C-375 de 2004, declaró la exequibilidad condicionada del literal p) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, "*en el entendido de que dicho literal **no ordena el retiro del trabajador**, sino que le confiere la facultad de solicitar la cancelación de la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos o continuar cotizando hasta alcanzar el monto requerido para acceder a la pensión mensual vitalicia de jubilación*". (Subraya y negrillas ajenas al texto original)

En esa misma línea hermenéutica, el Departamento Administrativo de la Función Pública en concepto 224861 de 2021, consideró que una persona beneficiaria de indemnización sustitutiva o devolución de saldos no se encuentra inhabilitada para ejercer un cargo público, en razón a que no es dable considerar estos mecanismos de compensación como una pensión, en los siguientes términos:

(...) *De acuerdo con lo anterior, la indemnización sustitutiva se previó como una prestación a la que tiene derecho una persona afiliada que haya cumplido la edad para acceder a la pensión de vejez pero que, por alguna circunstancia, no cuenta con las semanas establecidas para pensionarse, motivo por el cual, tiene derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva.*

Lo anterior quiere decir que, la indemnización sustitutiva está prevista como una compensación en dinero que consiste en la devolución de los aportes hechos por la persona, y en tal sentido, no se considera como una pensión.

Así las cosas, esta Dirección Jurídica considera que una persona que fue beneficiaria de una indemnización sustitutiva de la pensión, no se encuentra inhabilitada para desempeñar un empleo público, toda vez que la prohibición para reintegrarse al servicio de los pensionados, se circunscribe a quien haya recibido pensión de vejez, y para el presente caso, la indemnización sustitutiva no está catalogada como una pensión, sino como un derecho a la devolución de sus aportes de quien cumplió la edad de pensión, pero no contaba con las semanas requeridas para pensionarse. (...) (Subraya y negrillas ajenas al texto original)

1.3. Afiliación y cotización al Sistema General de Pensiones para los beneficiarios de indemnización sustitutiva o devolución de saldos

En cuanto a la obligatoriedad de la afiliación y el pago de cotizaciones al Sistema General de Pensiones, los artículos 15 y 17 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 3 y 4 de la Ley 797 de 2003, respectivamente, definieron que:

(...) **ARTÍCULO 15. AFILIADOS.** <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Serán afiliados al Sistema General de Pensiones:

1. En forma obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales.(...)"

“ARTÍCULO 17. OBLIGATORIEDAD DE LAS COTIZACIONES. <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> 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. (...)"

De otro lado, en el caso particular de las personas que han solicitado de forma voluntaria indemnización sustitutiva o devolución de saldos a sus respectivos fondos de pensiones, la Corte Constitucional en la sentencia T-307 de 2021 consideró que esta circunstancia reemplaza la prestación que aquellas pretenden obtener, específicamente la pensión de vejez, “lo cual no les impide continuar cotizando al Sistema para efectos de cubrir aquella contingencia que pueda sobrevenir en el desarrollo de una relación laboral o mediante contrato por prestación de servicios, toda vez que no son incompatibles. Por ejemplo, en caso de que el trabajador obtenga la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva, supliendo su pensión de vejez, **podrá seguir cotizando en forma obligatoria, cubriendo las demás contingencias, esto es, la invalidez de origen común y la muerte**”. (Subraya y negrilla ajenas al texto original)

En esa misma línea, el Ministerio del Trabajo en concepto jurídico 06EE2019120300000048829 del 2019 concluyó lo siguiente:

(...) Se tiene así que la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos, **suple el riesgo de vejez, por decisión del trabajador afiliado**, por tanto, se debe tener presente, que debido a que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, cubre también los riesgos de invalidez de origen común y la muertes, con la nueva cotización obligatoria al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, tan solo se cubriría los riesgos de invalidez de origen común y muerte, pues la pensión de vejez, en este caso se podría entender que fue sustituida con la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos.

*Por ello, cuando un afiliado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, opta libremente por la decisión de recibir la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos, e ingresa al mundo laboral o continúa laborando, como trabajador dependiente e independiente vinculado mediante Contrato de Trabajo o de Prestación de Servicios, tiene la obligación de aportar al Sistema de Seguridad Social Integral: salud para el cubrimiento de los riesgos de enfermedad general, el Sistema de Riesgos Laborales, para el cubrimiento de las contingencias de accidentes de trabajo o enfermedad laboral **y al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, como trabajador o contratista, cubriría los riesgos de invalidez de origen común y muerte si ellos sobrevinieron durante la ejecución del Contrato, debido a que el riesgo de vejez, fue cubierto por decisión del afiliado por la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos.***
(...) (Subraya y negrillas ajenas al texto original)

Es decir que cuando una persona recibe indemnización sustitutiva o devolución de saldos de su fondo de pensiones, asume que con esta cubrirá su riesgo de vejez, lo cual no obsta para que cuando se reintegre al mercado laboral efectúe nuevamente sus aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones para cubrir las contingencias de invalidez y muerte de origen común.

CONCLUSIONES

De acuerdo con el análisis jurídico precedente, damos respuesta a los interrogantes planteados en la presente consulta, así:

1. *“¿Es posible posesionar al elegible sin afiliación a un fondo de pensiones?”*

El artículo 2 de la Ley 1821 de 2016 es concluyente al determinar que para las personas que decidan de forma voluntaria ejercer funciones públicas hasta cumplir con la edad máxima de retiro forzoso, subsiste el consecuente deber de cotizar a cada uno de los subsistemas de salud, pensiones y riesgos laborales.

De manera que en criterio de esta Dirección Jurídica, para posesionar al elegible en el cargo para el cual fue nombrado, es necesario que este acredite su afiliación al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, pues si bien es cierto que al recibir la devolución de saldos por parte de su fondo de pensiones ya no le es posible acceder a pensión de vejez, también lo es que mantener su cotización a pensiones le permite cubrir las contingencias de invalidez y muerte de origen común durante el tiempo en que se mantenga vigente su vinculación a la entidad.

2. *“¿Puede el elegible posesionarse, sin que se le hagan descuentos en nómina por concepto de pensión?”.*

Una vez se poseione el señor GARCÍA HERRERA en el cargo para el cual fue nombrado, para efectos de los descuentos de nómina sucesivos, la entidad deberá efectuar los aportes a la seguridad social a través de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA), en los términos y porcentajes definidos por la normativa vigente para todos los servidores públicos.



En procura de impulsar la política de mejoramiento continuo y progresivo en el procedimiento de Asesoría Jurídica, por favor verifique si el concepto emitido contribuyó a resolver de fondo el problema jurídico planteado.

De no ser así, informe de manera inmediata a la Dirección Jurídica.

Cordialmente,

ESPERANZA CARDONA HERNÁNDEZ

Directora Jurídica

radicacionhaciendabogota@shd.gov.co

Revisó: Javier Mora González. – Subdirector Jurídico de Hacienda
Proyectó: Guillermo Alfonso Maldonado Sierra – Profesional Especializado.