



Departamento Administrativo de la Función Pública

Concepto 224861

Fecha: 24/06/2021

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO. Edad de Retiro Forzoso.
Radicado: 20212060467172 del 09 de Junio de 2021.

Reciba un cordial saludo por parte de Función Pública. En atención a su comunicación de la referencia, mediante el cual plantea interrogantes relacionados con la indemnización sustitutiva y el retiro forzoso, me permito manifestar que los mismos serán respondidos en el orden consultado.

Sea lo primero en mencionar, que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

Las competencias relativas a establecer las directrices jurídicas para la aplicación de las normas por parte de la entidad y demás organismos y entidades de la administración pública en materia de régimen de administración de personal se formaliza, entre otros, a través de conceptos jurídicos, que guardan directa relación con la interpretación general de aquellas expresiones que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación, sin que tales atribuciones comporten, de manera alguna, la definición de casos particulares que se presenten al interior de las diferentes entidades.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal y, además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho; o a los Jueces de la República, en el caso de controversia entre la entidad y el empleado.

Razón por la cual, no es de nuestra competencia intervenir en situaciones internas de las entidades, actuar como ente de control, investigación, ni señalar los procedimientos a seguir en caso de que se presenten anomalías al interior de las entidades, ni declara un posible derecho a favor de los mismos, dado que dicha competencia radica en cabeza de los jueces de la república.

Primero. ¿Si un funcionario solicita devolución de saldos y/o indemnización sustitutiva, el cual es autorizado por el respectivo fondo de pensión, puede acogerse a los beneficios de la ley 1821 de 2016 y tener como edad de retiro forzoso hasta los 70, o en su defecto el Instituto deberá retirarlo del servicio activo?

En primer lugar, es importante aclarar que sobre la **edad de retiro forzoso**, a partir del 30 de diciembre de 2016 entró en vigencia la Ley 1821 de 2016, la cual amplió de 65 a **70 años** la edad máxima para desempeñar funciones públicas en el Estado, a los servidores públicos que prestan sus servicios en las ramas del poder público, órganos autónomos e independientes, órganos de control, entidades o agencias públicas y a los particulares que cumplen funciones públicas, con excepción de los funcionarios de elección popular y los mencionados en el Artículo 1º del Decreto ley 3074 de 1968.

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015, establece:

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.”

De conformidad con lo anterior, la persona mayor de 70 años o retirado con derecho a pensión de vejez solo podrá ser reintegrada al servicio en los cargos taxativamente señalados en el Artículo 2.2.11.1.5 del Decreto 1083 de 2015. A su vez, la persona que se encuentre gozando de pensión y que no haya llegado a la edad de 70 años, podrá reintegrarse a los cargos señalados en el párrafo del citado Artículo.

Con relación a la **sustitución pensional**, la Ley 100 de 1993 “*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*”, señala:

“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;

(...)”

“ARTÍCULO 37. Indemnización Sustitutiva de la Pensión de Vejez. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.” (Destacado fuera del texto)

En virtud de lo anterior, las personas que al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán derecho a recibir, en sustitución, la devolución de saldos o indemnización sustitutiva.

La Corte Constitucional sobre el carácter de la indemnización sustitutiva, mediante Sentencia T-505/11, señaló:

*“La indemnización sustitutiva, establecida en el Artículo 37 de la Ley 100 de 1993, es una de las **prestaciones económicas** establecidas para el Régimen Solidario de Prima Media con prestación definida, Esta figura se instituyó como un **derecho supletivo** que tienen las personas que hayan cumplido la edad para acceder a la pensión de vejez pero que por alguna circunstancia, no cuente con las semanas establecidas para este fin, a recibir una **compensación en dinero** por cada una de las semanas cotizadas al sistema de seguridad social y que tiene como finalidad hacer efectivo el mandato constitucional que impone al Estado el deber de garantizar a todas las personas el derecho a la seguridad social”*

En igual sentido, la misma corporación mediante Sentencia T-596/16, dispuso:

6. La indemnización sustitutiva. Reiteración de jurisprudencia

Cuando un afiliado ha cumplido con la edad requerida para acceder a algún beneficio pensional, pero, por alguna circunstancia, no cuenta con las semanas de

cotización establecidas por la ley para tales efectos, emerge la posibilidad de que solicite la indemnización sustitutiva, como una de las prestaciones económicas dispuestas por el sistema de seguridad social en pensiones, siempre que aquél no pueda o no desee continuar realizando aportes para obtener la pensión.^[31]

(...)

Así pues, la indemnización sustitutiva es una de las prestaciones del sistema general de seguridad social en pensiones, a la que pueden acceder quienes hayan cumplido con la edad mas no con el número de semanas cotizadas requeridas para pensionarse por cualquier riesgo. Está condicionada a que el afiliado se retire del sistema de seguridad social en pensiones, esto es, que manifieste expresamente su deseo de no continuar cotizando o que, simplemente, por cualquier motivo, deje de cotizar.

De otro lado, la indemnización sustitutiva emerge como una **alternativa** con la que cuenta el afiliado al sistema, ya que también tiene la posibilidad de seguir efectuando los aportes necesarios para obtener la pensión respectiva.

(...)” (Destacado fuera del texto)

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.

En ese sentido, en el caso de su consulta, la persona podrá seguir vinculada a la entidad en el empleo que venía desempeñando, sin cotizar a pensión, siempre y cuando no haya alcanzado la edad de retiro forzoso, esto es los 70 años.

SEGUNDO. ¿Es procedente que un funcionario que se encuentre afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad solicite pensión anticipada y se mantenga en el servicio activo en el Instituto, o en su defecto deberá ser retirado del servicio?

El Decreto 1083 de 2015, señala sobre el retiro por pensión lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.11.1.4. Retiro por pensión. El empleado que reúna los requisitos determinados para gozar de pensión de retiro por jubilación, por edad o por invalidez, cesará en el ejercicio de funciones en las condiciones y términos establecidos en la Ley 100 de 1993 y demás normas que la modifiquen, adicionen, sustituyan o reglamenten.

De conformidad con lo señalado en el Parágrafo 3° del Artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se considera justa causa para dar por terminada la relación legal o reglamentaria del empleado público que cumpla con los requisitos establecidos en este Artículo para tener derecho a la pensión.

El empleador podrá dar por terminado la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las

administradoras del sistema general de pensiones, siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión, se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente. (Subrayado y negrilla nuestro)

-

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este Artículo para tener derecho a la pensión, si éste no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel. Lo dispuesto en este Artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones. Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 2 de la Ley 1821 de 2016, para quienes hayan cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación y que voluntariamente manifiesten su decisión de permanecer en sus cargos hasta que cumplan la edad de retiro forzoso. A las personas que se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo, en los términos de la citada ley, les asiste la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social integral y no les será aplicable lo dispuesto en el párrafo 3° del Artículo 9° de la Ley 797 de 2003.”

La Corte Constitucional en sentencia T 007 de 2009 hace referencia a la pensión anticipada de vejez de la siguiente manera:

Pensión anticipada de vejez. Párrafo 4° del Artículo 9° de la Ley 797 de 2003. Diferencias con las pensiones de vejez y de invalidez

5.1. En el inciso primero del párrafo 4°, Artículo 9° de la Ley 797 de 2003, modificadorio del Artículo 33 de la Ley 100, el legislador consagró una pensión especial de vejez para aquellas personas que “padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993” (Subrayas añadidas). Los afiliados que se encuentren dentro de las anteriores exigencias, serán exonerados de los requisitos establecidos en los numerales 1° y 2° del Artículo 33 de la Ley 100.

La Corte advierte que la pensión anticipada de vejez tiene algunos rasgos similares a las pensiones de vejez y de invalidez. Sin embargo, constata que son

tres clases diferentes de pensiones, razón por la cual es preciso establecer cuáles son las diferencias entre la una y las otras.

*5.2. La pensión anticipada de vejez se diferencia de la pensión ordinaria de vejez en **tanto exonera al solicitante del cumplimiento del requisito de edad contemplado en el numeral 1° del Artículo 33.^[25]** **La razón de esa exoneración radica en el hecho de que la persona presenta una deficiencia igual o superior al 50%. (subrayado y negrilla nuestro)***

-

De otro lado, aunque esta pensión anticipada exige que se hayan cotizado 1000 o más semanas (igual que en la pensión de vejez), la diferencia con relación a este punto se encuentra en que en la pensión de vejez, con el transcurso de los años, las semanas exigidas para acceder a esta prestación irán aumentando hasta llegar a 1300, particularidad que no se observa en la pensión anticipada.

A la luz de la normativa que se ha dejado expuesta y atendiendo su consulta para que proceda el retiro del servicio por la obtención de la pensión anticipada de vejez, opera solamente cuando la entidad de previsión respectiva, notifique la inclusión de la persona en la nómina de pensionado.

TERCERO. ¿Al funcionario que se le autorizó la devolución de saldos el día 7 de diciembre de 2017, y fue vinculado en el Instituto en periodo de prueba el 4 de enero de 2018, pueda mantenerse en servicio activo hasta el retiro forzoso, es decir, los 70 años?

Me permito informar que el anterior interrogante se le ha dado respuesta en el numeral primero.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos 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 LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Lucianny G

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

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