



**Función Pública**

## Concepto 148041 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000148041\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000148041

Fecha: 28/04/2021 10:14:08 a.m.

REF.: RETIRO DEL SERVICIO. ¿Resulta viable que un funcionario de una entidad territorial continúe prestando sus servicios si ya reclamó la indemnización sustitutiva de pensiones? RADICADO: 20212060181652 del 8 de abril de 2021.

Acuso recibo de su comunicación, mediante la cual manifiesta que un servidor público de carrera administrativa que para la vigencia 2017 reclama la indemnización de vejez, no informa a la entidad y para la vigencia 2021 el Ministerio notifica que esta persona recibió la indemnización y que la entidad no puede seguir aportando para pensión, por lo que consulta si la entidad puede mantener la vinculación de dicho empleado pagando salud y ARL o debe retirarlo del servicio.

Al respecto, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

De conformidad con 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.

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 por cuanto, dicha competencia se encuentra atribuida a los jueces de la República.

No obstante, lo anterior, nos referiremos de manera general a la situación planteada en su consulta, así:

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<sup>2</sup>, 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 2.2.11.1.5 Reintegro al servicio de pensionados. La persona mayor de 70 años o retirada con derecho a pensión de vejez no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar los cargos de:*

- 1. Presidente de la República.*
- 2. Ministro del despacho o Director de Departamento Administrativo.*
- 3. Superintendente.*
- 4. Viceministro o Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo.*
- 5. Presidente, Gerente o Director de entidades descentralizadas.*
- 6. Miembro de misión diplomática no comprendida en la respectiva carrera.*
- 7. Secretario privado de los despachos de los servidores anteriores.*
- 8. Consejero o asesor.*
- 9. Elección popular.*
- 10. Las demás que por necesidades del servicio determine el Gobierno Nacional, siempre que no sobrepasen la edad de retiro forzoso.*

*PARÁGRAFO. La persona que se encuentre gozando de pensión de jubilación y que no haya llegado a la edad de 70 años, podrá ser reintegrada al servicio al empleo de:*

- 1. Director General de Unidad Administrativa Especial con o sin personería jurídica.*
- 2. Subdirector de Departamento Administrativo.*
- 3. Secretario de Despacho código 020, de las Gobernaciones y Alcaldías.*
- 4. Subdirector o Subgerente de establecimiento público.*
- 5. Presidente, Gerente o Subgerente de Empresa Oficial de Servicios Públicos del orden nacional o territorial.*
- 6. Rector, Vicerrector General, Vicerrector Nacional, Vicerrector de Sede, Secretario General, Gerente Nacional, Directores Nacionales y Decanos de los entes universitarios autónomos.*

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 tuvieron 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 parágrafo 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:

“ARTICULO 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;

(...)”

“ARTICULO 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.<sup>[31]</sup>

(...)

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.<sup>[32]</sup>

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.

Ahora bien, de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos<sup>1</sup>, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Para la jurisprudencia las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y, por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

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.

Para mayor 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

Proyecto Ma. Camila Bonilla G.

Revisó: Jose F Ceballos

Aprobó: Armando Lopez C

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-12 22:07:15*