



Función Pública

Concepto 224181 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000224181

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000224181

Fecha: 21/06/2022 08:26:20 a.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES de servidor público Provisional con 59 años con devolución de saldos para continuar laborando - RADICACIÓN: 20222060315092 del 9 de junio de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida a este Departamento Administrativo por parte de la Subdirectora de Pensiones y otras Prestaciones Ministerio de Salud, mediante la cual consulta: *“Una persona recibe devolución de saldos y/o indemnización sustitutiva de pensión por no alcanzar pensión, esta persona tiene 59 años y se encuentra vinculada en provisional a una entidad pública 1. puede continuar laboral en la entidad pública después de recibir la devolución de saldos y/o indemnización sustitutiva de pensión? 2. Si continua trabajando en la entidad pública debo seguirle pagando pensión”*, me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos; así mismo, no le corresponde decidir si una persona incurrió o no en causal de inhabilidad, competencias atribuidas a los jueces de la república.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, debe iniciar indicando que la Constitución Política en su artículo 128, con respecto a la prohibición de recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, dispuso que *“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”*. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Por su parte, la Ley 4ª de 1992, *“Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política”* consagra:

“ARTICULO. 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. Exceptúense las siguientes asignaciones:

Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;

Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;

Las percibidas por concepto de sustitución pensional;

Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;

Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;

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;

Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados;

PARÁGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades.”
(Subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo señalado en el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 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, exceptuándose las asignaciones percibidas por concepto de sustitución pensional.

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”

(Destacado nuestro)

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

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.

(...)

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.

Ahora bien, la Ley 909 de 2004, “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, dispone frente a las causales de retiro del servicio lo siguiente:

“ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

“(...)”

e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;

“(...)”

g) Por edad de retiro forzoso;

(...)”

(Subrayado fuera de texto)

En igual sentido, el Decreto 1083 de 2015, «por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública», señala:

“ARTÍCULO 2.2.11.1.1. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de funciones públicas y se produce por:

(...)

4) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez.

5) Invalidez absoluta.

6) Edad de retiro forzoso.

(...)”

(Destacado fuera del texto)

De acuerdo a los anteriores artículos, el retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de funciones públicas y, entre otras causales, se produce por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez y por haber cumplido la edad de retiro forzoso.

Ahora bien, de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, 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 o que recibió una sustitución pensional, no se encuentra inhabilitada para continuar en un empleo público, toda vez dicha situación no es causal del retiro del servicio, como si lo es obtener la pensión de jubilación o vejez y por cumplir la edad de retiro forzoso.

Por su parte, es importante indicar 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 1 del Decreto ley 3074 de 1968.

En ese sentido, a un servidor que se le hizo devolución de saldos podrá continuar en el servicio siempre y cuando dicha persona no haya alcanzado la edad de retiro forzoso, esto es los 70 años.

Por último, de requerir información relacionada con los aportes de una empleada a la cual se le reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión o la devolución de saldos, si ésta debe o no seguir aportando a pensión, respetuosamente le sugerimos acudir a la Subdirección de pensiones y otras prestaciones del Ministerio de Salud y de la Protección Social, para que en ejercicio de sus competencias, se pronuncie de fondo al respecto.

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 [/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

Proyectó: Andrea Carolina Ramos

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.

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

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

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:13:18