

CONCEPTO 11830 DE 2006

(agosto 24)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

Bogotá, D.C.

Doctora

MARIA JIMENA ACOSTA ILLERA

Jefe Área de Recursos Humanos

Presidencia de la República

Calle 7 6 - 54

Bogotá.

En atención a su consulta acerca de si en el evento en que un servidor público que se le haya reconocido la pensión de vejez, ingrese a una Entidad a ocupar un empleo de los señalados en el artículo [29](#) del Decreto 2400 de 1968, cuya asignación mensual fuere superior a la mesada pensional, podrá optar por percibir la pensión y la Entidad a la cual se incorpora asuma el pago de la diferencia entre el valor de dicha pensión y la asignación dada a dicho cargo, nos permitimos manifestarle:

Como una parte del Sistema de Seguridad Social Integral, el Libro Primero de la Ley 100 de 1993 reguló lo atinente con el Sistema General de Pensiones, cuyo objeto fue determinado por el artículo [10](#):

“El Sistema General de Pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente Ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones”.

El artículo [11](#) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo [10](#) de la Ley 797 de 2003 al definir cuál es el campo de aplicación señaló:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente Ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general”.

De esta manera, cuando una persona adquiere el derecho a la pensión de vejez, desaparece el riesgo mismo y se convierte en un derecho pensional, con el cual se cumple el objetivo de cubrimiento y protección del Sistema General de Pensiones.

Además, como característica primordial del Sistema General de Pensiones los artículos [13](#) y [15](#) de la Ley 100 de 1993, modificados parcialmente por el artículo [20](#) de la Ley 797 de 2003 señalaron la obligatoriedad de la afiliación para todos los trabajadores dependientes, vinculados por contrato de trabajo o como servidores públicos, e independientes y consiguientemente, el artículo [17](#) de la Ley 100 en la forma modificada por el artículo [40](#) de la Ley 797 previó la obligatoriedad del pago de las cotizaciones correspondientes, por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas.

Con todo, una vez que el empleado afiliado al Sistema General de Pensiones adquiriera el derecho a la pensión, de conformidad con el artículo [9](#) de la Ley 797 de 2003 modificadorio del artículo [33](#) de la Ley 100 de 1993, pierde la estabilidad en el empleo, tanto en el sector público como en el privado, al disponer:

“Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones”.

Es necesario precisar que el parágrafo 3 del artículo [9](#) de la Ley 797 de 2003, fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-[1037](#) del 5 de noviembre de 2003, a través de la cual se concluyó que “no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, precisamente para asegurar al trabajador y a su familia los ingresos mínimos vitales, así como la efectividad y primacía de sus derechos constitucionales. Por tanto, la única posibilidad de que el precepto acusado devenga constitucionalidad es mediante una sentencia aditiva para que el trabajador particular o servidor público sea retirado sólo cuando se le garantice el pago de su mesada pensional, con la inclusión en la correspondiente nómina, una vez se haya reconocido su pensión”.

En consecuencia, la Corte decidió declarar exequible el parágrafo 3o. de la Ley [797](#) de 2003, siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión, se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados respectiva.

Ahora bien, por expresa disposición del artículo [31](#), inciso 2o de la ley 100 de 1993, y para el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS, las disposiciones para los riesgos de invalidez, vejez y muerte vigentes en el Instituto al entrar a regir la misma se aplican en todo cuanto no sea contrario a lo dispuesto en ella, por tanto, es claro que la previsión del artículo [20](#) del Decreto 758 de 1990, debe aplicarse. Tal norma prevé entre otras como personas excluidas del seguro de Invalidez, Vejez, y Muerte:

(...)

d) Las personas que se hayan pensionado por el régimen de los seguros sociales obligatorios o hubieren recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o de invalidez por riesgo común, salvo para el caso de invalidez, que ésta hubiere cesado o desaparecido, en virtud de los programas de readaptación y rehabilitación por parte del instituto;

Al respecto, el Consejo de Estado - Consejero Ponente. Susana Montes de Echeverri, con fecha 8 de Mayo de 2003, radicación No. 1480, se ha pronunciado así:

“Una misma persona no puede tener, en forma simultánea, el estatus de pensionado y el de afiliado o cotizante al Sistema General de Pensiones.

En efecto, el Sistema busca cubrir y proteger a los habitantes del territorio nacional contra el riesgo de vejez; por lo mismo, una vez cumplidos los requisitos establecidos por la ley para adquirir el derecho a la pensión de vejez, desaparece el riesgo mismo y se transforma en un derecho pensional con el cual se hace efectiva la protección del riesgo ocurrido. De esta forma, resulta imposible que se pretenda cubrir para el pensionado un riesgo que ya no puede existir, de imposible ocurrencia, pues ya tiene el estatus de pensionado por vejez.

Por tal razón, no es posible que un pensionado por vejez (que ya no tiene expectativa del riesgo pues éste ya se produjo) se afilie nuevamente al Sistema General de Pensiones, para cubrir tal eventualidad.

Sin embargo, se podría pensar que a pesar de no existir la posibilidad de vinculación de un pensionado al Sistema General de Pensiones y, por lo mismo, de no poderse realizar nuevas cotizaciones al Sistema para ajustar pensión pues la persona entró a gozar del estatus de pensionado por vejez, si podría darse una relación laboral de tal pensionado.

Así mismo, el artículo [29](#) del Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto [3074](#) del mismo año contempla:

“La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo”.

Para estos especiales casos excepcionales de reincorporación del pensionado al servicio, el Decreto 583 de 1995 en su artículo [10.](#), reguló la manera como debe realizarse el pago de los servicios y, al efecto, dispuso que:

“Las personas que se encuentren gozando de pensión de jubilación o vejez y se reintegren al servicio en uno de los empleos señalados en el artículo [29](#) del Decreto 2400 de 1968 o en uno de elección popular, percibirán la asignación mensual correspondiente. En el evento de que dicha asignación fuere inferior a la mesada pensional, percibirán adicionalmente la diferencia por concepto de pensión, hasta concurrencia del valor total de esta prestación social”

Es decir, que por mandato expreso de la ley, el pensionado incorporado al servicio público no puede recibir sino la asignación del cargo o ésta y la diferencia en monto con relación al de su pensión pero no podrá percibir en forma simultánea sueldo y pensión completos.

Ahora bien, al tratar el tema de la reliquidación del monto de la pensión para funcionarios y empleados públicos el artículo [150](#) de la Ley 100 de 1993 dispone que:

“Los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de

jubilación y que no se hayan retirado del cargo, tendrán derecho a que se les reliquide el ingreso base para calcular la pensión, incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución.

No podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el solo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso”.

A su turno, la Ley [344](#) de 1996, por medio de la cual se adoptan medidas tendientes a racionalizar y disminuir el gasto público, garantizar su financiamiento y reasignar recursos hacia sectores deficitarios de la actividad estatal, como condición fundamental para mantener el equilibrio financiero y garantizar el cumplimiento de los principios de economía, eficacia y celeridad, señaló en su artículo [19](#):

“Sin perjuicio de lo estipulado en las leyes [91](#) de 1989, [60](#) de 1993 y [115](#) de 1994, el servidor público que adquiera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso”.

Es decir, se reiteró la disposición del párrafo del artículo [150](#) de la Ley 100 de 1993.

De conformidad con el artículo [4](#) de la Ley 171 de 1961 (norma que según sentencia proferida por la Corte Constitucional C-[331](#) del 22 marzo de 2000 se encuentra vigente).

“Al pensionado por servicios a una o más entidades de derecho público, que haya sido o sea reincorporado a cargos oficiales y haya permanecido o permanezca en ellos por tres o más años, continuos o discontinuos, le será revisada su pensión a partir de la fecha en que quede nuevamente fuera del servicio, con base en el sueldo promedio de los tres últimos años de servicio”

Resalta la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el pronunciamiento mencionado: “que la autorización amplia consagrada en esta norma, la cual permitía la reincorporación al servicio de cualquier funcionario público pensionado, fue restringida en virtud de lo dispuesto en el artículo [29](#), inciso 1o del Decreto 2400 de 1968, norma posterior e incompatible con aquella, restricción que fue ratificada por los artículos [1o](#) y [4o](#) del Decreto 583 de 1995, dictado por el Presidente de la República en desarrollo de las normas generales contenidas en la Ley 4ª. De 1992 y, en especial de sus artículos [1o](#) y [2o](#)”.

Así, el contenido de la disposición analizada en la parte no modificada por el Decreto [2400/68](#), no es compatible con la estructura del actual sistema general de pensiones, regulado por las leyes [100/93](#) y [797/03](#) y, por lo mismo, ha de entenderse derogada tácitamente, aplicando, al efecto, la disposición del artículo [24](#) de la ley 797 de 2003. En efecto:

- El ajuste autorizado por el art. [4o](#) de la ley 171 de 1961 y por el artículo [4o](#) del decreto 583 de 1995, hace referencia a las **pensiones** obtenidas por servicios prestados a una o más entidades estatales o del sector público, esto es, a la **pensión de jubilación** definida por la legislación vigente para la época para los funcionarios estatales, mientras que en la regulación de la ley [100](#) no existen pensiones de jubilación por servicios en el sector público **sino pensiones de vejez por cotizaciones efectuadas a cualquiera de los dos sectores económicos**.

- En el régimen pensional de las leyes [100](#) y [797](#), la base de liquidación de la pensión es el **número de semanas cotizadas al sistema general de pensiones**, sin importar en qué sector se

prestaron los servicios; en la ley 171/61 la base del ajuste de la **pensión de jubilación** (sector público) es **el tiempo de servicio al mismo sector público específicamente**, señalado en tres años”

Por último, quien tenga derecho a una pensión adquirida bajo uno de los regímenes anteriores a la Ley [100](#) de 1993 y se reincorpore a la actividad laboral en uno de los cargos de excepción autorizados por la ley, no puede afiliarse al Sistema General de Pensiones, pues ya tiene el estatus de pensionado. Por consiguiente, no existe la posibilidad legal de efectuar reajustes de su pensión cualquiera sea el monto de ella, toda vez que se estaría creando una obligación a cargo de la entidad pagadora de la pensión, en condiciones diferentes a aquellas que rigen para todos sus demás afiliados, sin contar, además, con los aportes económicos requeridos para tal fin.

En conclusión:

1.- La pensión de vejez es incompatible con la percepción del salario por el desempeño de un cargo público, en virtud del artículo [10](#) del Decreto 583 de 1995.

2.- En el evento que la asignación a percibir sea superior al monto de la pensión de vejez, sólo podrá recibir su diferencia, más no sueldo y pensión completos simultáneamente.

3.- En cuanto a la posibilidad de solicitar posteriormente reajuste a la pensión en virtud del nuevo cargo, no es procedente por las razones de orden legal anteriormente expuestas.

4.- Acorde con lo expresado deberá efectuar el aporte correspondiente al Fondo de Solidaridad Pensional según lo dispuesto por el artículo [7](#) de la Ley 797 de 2003 modificatorio del artículo [20](#) de la Ley 100 de 1993 y reglamentado por el Decreto [510](#) de 2003, en la siguiente forma:

“Los afiliados que tengan un ingreso mensual igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes, tendrán a su cargo un aporte adicional de un uno por ciento (1%) sobre el ingreso base de cotización, destinado al fondo de solidaridad pensional, de conformidad con lo previsto en la presente Ley en los artículos [25](#) y siguientes de la Ley 100 de 1993.

“Los afiliados con ingreso igual o superior a 16 salarios mínimos mensuales legales vigentes tendrán un aporte adicional, sobre su ingreso base de cotización, así: de 16 hasta 17 smlmv de un 0.2%, de más de 17 hasta 18 smlmv de un 0.4%, de más de 18 hasta 19 smlmv, de un 0.6%, de más de 19 hasta 20 smlmv, de un 0.8% y superiores a 20 smlmv de 1% destinado exclusivamente a la subcuenta de subsistencia, del Fondo de Solidaridad Pensional de que trata la Ley [797](#) de 2003”.

Finalmente, en igual sentido se pronunció el Ministerio de la Protección Social, mediante Concepto Jurídico No. 1779 del 11 de Febrero de 2005.

Cordialmente,

EMIL ENRIQUE ARIZA OLAYA

Director Jurídico Nacional

Revisó: RUTH ALEYDA MINA GARCÍA

Jefe Unidad de Seguros

Dirección Jurídica Nacional

MNLP

Rad. 8538

2006.07.05



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

