



MEMORANDO No. 119-2017-132

De: Dra. **OLGA MERCEDES CORDOBA ZARTA**
Directora Técnica Jurídica
Para: Dr. **ALEXANDER CABRERA RAMOS**
Secretario Administrativo y Financiero.
Asunto: **Concepto jurídico.**
Fecha: 16 de noviembre de 2017.

CONCEPTO

CONCEPTO No. 032	16 de Noviembre de 2017
Tema:	El reintegro de pensionados a la vida laboral.
Problemas Jurídicos:	Quando se produce el reintegro de pensionados a la vida laboral, este como el empleador está obligado a efectuar cotizaciones al Sistema General de pensiones?.
Fuentes formales:	Constitución Política, Ley 100 de 1993, Decreto 806 de 1998, Ley 797 de 2003, Decreto 583 de 1995.
Precedente:	Sentencia C 674 de 2001 Sentencia C 529 de 2010
Conceptos:	No se enuncian

En atención al memorando, mediante el cual La Secretaria Administrativa y Financiera de la Contraloría Departamental del Tolima, solicita se emita concepto jurídico y se dé respuesta al problema jurídico planteado, La Dirección Técnica Jurídica, para proferir este concepto seguirá el siguiente procedimiento:

i) Normatividad sobre el tema, ii) precedente jurisprudencial. iii) Conclusiones y iv) Respuesta al problema jurídico planteado.

PROBLEMA JURIDICO:

Quando el afiliado tiene la calidad de estar vinculado como cotizante al Régimen de excepción y sistema General de Seguridad Social en Salud.

i) Normatividad Aplicable

La Ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social Integral", en el artículo 17 modificado por la ley 797 de 203 sobre la obligatoriedad de efectuar la cotización al Sistema General de Pensiones dispone que 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.

Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes”

Que la ley 100 en el Artículo 13 literal j dispone ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez.

Que la Ley 1562 de 2012 en el Artículo 2 establece quiénes son afiliados al Sistema de Riesgos Laborales:

“a) En forma obligatoria:

3. Los jubilados o pensionados, que se reincorporen a la fuerza laboral como trabajadores dependientes, vinculados mediante contrato de trabajo o como servidores públicos.”

Que la ley 797 de 2003 en el Artículo 4 dispone que la obligación de cotización de los pensionados cesa en el momento en el cual obtienen su pensión:

“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.”

Por lo tanto en el caso de pensionados no existe la obligación de continuar realizando el pago de las cotizaciones al Subsistema de Seguridad Social en Pensión.

Que la ley 361 de 1997 en el Artículo 33 dispone que el ingreso al servicio de una persona en situación de discapacidad que se encuentre pensionada no implicaría la pérdida si suspensión de la su mesada pensional siempre que no implique doble asignación del Tesoro público.

El Decreto 583 de 1995, por el cual se dictan disposiciones en materia prestacional del sector oficial, en al Artículo primero dispone 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.



ii) Precedente Jurisprudencial

En la Sentencia C 674 de 2001 mediante la cual al Corte Constitucional estudia la constitucionalidad del Artículo 61 de la ley 100 de 1993.

“7. Además, y como bien lo sugiere uno de los intervinientes, la regulación del tema es razonable y proporcionada. Así, el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 precisa que la obligación de cotizar para pensión cesa al momento en que el afiliado se pensione por invalidez, lo cual implica que la persona inválida no tiene la carga de seguir contribuyendo al sistema, lo cual es apenas equitativo, en la medida en que su capacidad laboral se encuentra disminuida. De otro lado, es claro que si el pensionado por invalidez reúne además los requisitos para acceder a la pensión de vejez, y ésta le resulta más favorable, entonces puede solicitar el reconocimiento de esta última, aunque obviamente no puede acumular las dos pensiones. Así, si una persona inválida ya hubiera realizado las cotizaciones necesarias para acceder a la pensión de vejez, y sólo le falta el requisito de edad para obtenerla, es obvio que cuando llegue a esa edad, podrá solicitar su reconocimiento. Finalmente, en caso de que la persona recupere su capacidad laboral, la pensión por invalidez cesa, y el individuo puede volver a laborar a fin de continuar cotizando y obtener la correspondiente pensión de vejez, cuando cumpla los requisitos correspondientes”.

En la Sentencia C 529 de 2010 que estudia la inconstitucionalidad de apartes del artículo 4º de la Ley 797 de 2003 se dispuso lo siguiente:

“Interpretada la disposición demandada –según la cual *“la obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez”*– en consonancia con los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, se concluye que en el régimen de prima media con prestación definida, los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez son aquellos que permiten al afiliado adquirir el derecho a la pensión, sin perjuicio de que éste, con un esfuerzo adicional, logre incrementar su monto.

Así, por ejemplo, en el año 2010 –fecha de la presente providencia–, y aplicando la regla de carácter incremental en cuanto al número de semanas mínimas requeridas, un hombre afiliado al sistema adquiere el derecho a la pensión al cumplir 60 años de edad y al haber cotizado durante 1175 semanas. Al ser éste, en términos del citado artículo 34, *“el número de semanas mínimas de cotización requeridas”*, se entiende que él tiene derecho al porcentaje sobre el ingreso base de liquidación que resulte de aplicar la fórmula señalada en el artículo. A partir de ese momento, ha cumplido con *“los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez”* y por lo tanto, a partir de ese momento cesa su obligación de cotizar al sistema, sin perjuicio –como se verá más adelante en detalle– de que voluntariamente quiera seguirlo haciendo, para beneficiarse de los incrementos en el monto de su pensión que se derivan de un aumento en el número de semanas cotizadas”.

(...)

4.1.2 Requisitos para que cese la obligación de cotizar al sistema general de pensiones.

La regla extintiva de la obligación de cotizar al sistema pensional, establecida por el legislador en la disposición demandada, tiene alcances distintos según se trate del régimen de prima media con prestación definida o del régimen de ahorro individual con solidaridad:



4.1.2.1. En el régimen de prima media con prestación definida

El párrafo 3º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, tal y como fuera modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, establece que *“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. 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 aquél. Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones.”* Esta norma es concordante con lo establecido en el numeral 14 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, referido sólo al ámbito de las relaciones estrictamente laborales, según el cual es justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo *“el reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa”*.

El citado párrafo 3º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 fue objeto de control constitucional en la sentencia C-1037/03, en la que se le declaró constitucional porque la Corte consideró que al legislador le asiste amplia libertad de configuración en materia de definición de las causales de terminación de los contratos laborales o las vinculaciones legales o reglamentarias, y que esta causal en particular –cumplir con los requisitos para tener derecho a la pensión–, busca satisfacer fines constitucionalmente legítimos. Al respecto, dijo la Corte:

“...Cuando un trabajador particular o un servidor público han laborado durante el tiempo necesario para acceder a la pensión, es objetivo y razonable que se prevea la terminación de su relación laboral. Por un lado, esa persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión, como contraprestación de los ahorros efectuados durante su vida laboral y como medio para gozar del descanso, en condiciones dignas, cuando la disminución de su producción laboral es evidente. Por otro lado, crea la posibilidad de que el cargo que ocupaba sea copado por otra persona, haciendo efectiva el acceso en igualdad de condiciones de otras personas a esos cargos, pues no puede perderse de vista que los cargos públicos no son patrimonio de las personas que lo ocupan”

Sin embargo, la Corte condicionó la constitucionalidad de esta justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, a que, además de la notificación del reconocimiento de la pensión, no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente al trabajador su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente:

“...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 (C.P., arts. 2º y 5º). Por tanto, la única posibilidad de que el precepto acusado devenga constitucional es mediante una sentencia aditiva para que el trabajador



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

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.

La Corte constata que con este condicionamiento no se incurre en la prohibición constitucional conforme a la cual no se pueden recibir dos asignaciones que provengan del tesoro público (C.P., art.128), en relación con los pensionados del sector público, pues una vez se incluye en la nómina correspondiente el pago de la mesada pensional respectiva debe cesar la vinculación laboral...”

Por lo tanto, se tiene que en el régimen solidario de prima media con prestación definida, el propio legislador, en disposiciones avaladas por la Corte, ha considerado que el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez es justa causa para dar por terminado el vínculo laboral, legal o reglamentario. Esa regla es plenamente armónica con la que ahora se analiza, según la cual, dado ese mismo supuesto de hecho –el cumplimiento de los requisitos pensionales–, cesa la obligación de cotizar al sistema. El legislador ha establecido que el cumplimiento de esos requisitos pone al afiliado en una nueva situación jurídica, en la que (i) a sus empleadores se les permite dar por terminado con justa causa el vínculo, precisamente porque se presume que el afiliado no queda desprotegido, ya que recibirá la pensión a la que tiene derecho, y (ii) al afiliado se le exime de la obligación de cotizar, precisamente por reunir ya los requisitos. Frente al sistema pensional, el cumplimiento de los requisitos pone al afiliado en una nueva situación: pasa de deudor a acreedor del mismo.

Ahora bien: por virtud de lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 17 de la Ley 100, (también demandado en el presente proceso), el afiliado que reúne los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez puede seguir cotizando al sistema, voluntariamente. De hecho, es de la mayor conveniencia que lo haga, pues lo establecido en el ya citado artículo 34 de la Ley 100 de 1993, trae como consecuencia que, por regla general, un incremento en el número de semanas cotizadas, por encima del mínimo número de semanas requeridas, genera un incremento en el monto de la pensión, y además, le permite seguir contribuyendo a los instrumentos solidarios que hacen parte del sistema. Por esta razón, y en virtud del carácter solidario del sistema pensional colombiano, y especialmente del régimen de prima media con prestación definida, para la Corte la decisión del afiliado de continuar voluntariamente cotizando es vinculante para su empleador, quien debe seguir haciendo los aportes correspondientes, si esa es la voluntad del afiliado.

De aceptarse que la decisión voluntaria del afiliado de seguir cotizando al régimen de prima media con prestación definida no genera una obligación concomitante para su empleador, la disposición contenida en el inciso tercero del artículo 17 de la Ley 100 –que permite la continuación voluntaria de las cotizaciones– devendría en inocua, y se violaría, en tal caso, el principio de solidaridad, pues la voluntad de seguir aportando al sistema sólo generaría cargas para el afiliado y no para el empleador, distinción esta que carece de justificación y eximiría de su deber solidario, sin ningún respaldo constitucional, a los empleadores, que también tienen obligaciones frente al sistema pensional.

Como se verá en el acápite siguiente, en el sistema de régimen de ahorro individual con solidaridad existe una norma expresa que impone al empleador la obligación de seguir cotizando cuando el afiliado ejerce la opción legal de continuar cotizando. Pero



no existe ninguna razón constitucionalmente válida para considerar que tal obligación no existe en el régimen de prima media con prestación definida.

Finalmente, es apenas natural que si es el empleador el que opta por continuar las cotizaciones, no obstante la concurrencia de los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, también esa decisión voluntaria es vinculante para el afiliado. De lo contrario, la facultad que el legislador le otorga a los empleadores en ese tercer inciso no sería operativa en la práctica, y se impediría a los empleadores, actores esenciales del sistema pensional, la posibilidad de seguir contribuyendo al mismo, en beneficio tanto del afiliado como de los destinatarios de sus mecanismos solidarios”.

Según la normatividad expuesta y el precedente jurisprudencial enunciado procedemos a emitir las siguientes conclusiones:

ii) Conclusiones.

La obligación legal de realizar los aportes al sistema General de pensiones cesa cuando el afiliado cumple con la edad y las semanas de cotización que le dan derecho para que adquiera la pensión de vejez o invalidez.

Como lo ha expuesto la Corte la norma le otorga la posibilidad al empleado de continuar realizando aportes voluntarios que le permitirán aumentar el monto de su pensión, bien si se trata del régimen de ahorro individual con solidaridad u obtener una reliquidación de su pensión con base en los últimos aportes, si la persona se cuenta afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

Si la persona ya se encuentra pensionada y se reintegra a la vida laboral, ya no subsiste la obligación legal de aportar al sistema General de Pensiones, tanto para el pensionado como para el Empleador.

Se exceptúa el caso del pensionado por invalidez, que si para el pensionado le resulta más favorable seguir cotizando para acceder a la pensión de vejez, puede seguir cotizando pero esta obligación corre únicamente por cuenta del pensionado, más no se descontará de su mesada pensional.

De igual forma puede darse el hecho de que la pensión de invalidez sea temporal y recobre su estado de salud óptimo, por tanto es necesario seguir cotizando para acceder a la pensión de vejez.

iii) El caso en concreto.

El señor JOSE SOTO BAQUERO quien según los hechos narrados, se encontraba pensionado, se reintegró a la vida laboral siendo nombrado en el cargo de Contralor Auxiliar, cargo que desempeñó desde el día 07 de febrero de 2011 hasta el día 07 de febrero de 2013.

El peticionario interpreta erróneamente el parágrafo 3 del Artículo 33 de la ley 100 de 1993, toda vez que la opción que la norma señala al trabajador de seguir cotizando para aumentar el monto de la pensión, genera una consecuencia jurídica



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

que se deriva del hecho de que aún no se haya recocido la pensión de vejez, es decir el trabajador cumple con los requisitos, pero tiene la opción de seguir cotizando voluntariamente al sistema para mejorar dicha pensión o completar los requisitos.

En el caso que nos ocupa, el peticionario ostentaba la calidad de pensionado, situación que no está contemplada en la norma que personas pensionadas que se reintegren a la vida laboral puedan seguir aportando al SGP sobre todo bajo el supuesto de obtener una reliquidación.

Para este caso el pensionado estaba obligado legalmente a cotizar al sistema general de seguridad social en salud y riesgos profesionales mas no para el sistema de pensiones, porque ya se encontraba pensionado y ya había cesado esta obligación legal.

El Decreto 583 de 1995, por el cual se dictan disposiciones en materia prestacional del sector oficial, en el Artículo primero dispone 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, como es el caso en concreto únicamente 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.

IV) Solución al problema jurídico planteado.

La Contraloría Departamental del Tolima no estaba legalmente obligada a cotizar al sistema de pensiones por el Exfuncionario ARSENIO JOSE SOTO BAQUERO, ya que se encontraba pensionado a la fecha de vinculación a la Entidad, de conformidad y el procedimiento aplicable al caso está previsto en el Decreto 583 de 1995.

Cordialmente,


OLGA MERCEDES CORDOBA ZARTA
Directora Técnica Jurídica

Proyectó:
FATA/PU/DTJ