



Concepto 251051 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000251051

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000251051

Fecha: 12/07/2022 04:28:13 p.m.

Bogotá D.C.

REF: RETIRO DEL SERVICIO. Pensión de invalidez. RAD: 2022060333932 del 23 de Junio de 2022.

Cordial saludo, en atención a la solicitud de referencia, donde se presentan varios interrogantes referentes a la pensión de invalidez y la vinculación de servidores públicos pensionados, me permito darle respuesta en los siguientes términos, teniendo en cuenta 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. Sin embargo, a manera ilustrativa se dará respuesta cada interrogante de forma individual con la intención de que exista mayor claridad.

1. En el caso de un servidor público que ha cotizado al sistema de seguridad social en pensiones en dicha calidad y es pensionado por invalidez, ¿puede considerarse que la mesada pensional a su favor (invalidez) es una asignación proveniente del tesoro público? Si no se le retira del servicio, ¿podríamos estar frente a un caso de doble asignación del tesoro público?

el Artículo 38 de la Ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones", sobre el estado de invalidez, a saber:

"ESTADO DE INVALIDEZ. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

(...) La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado."

Conforme a la norma transcrita sólo se considera que el empleado que haya perdido el 50% o más de su capacidad laboral se encuentra en estado de invalidez.

Por su parte el Artículo 44 de ibidem, consagra:

"Revisión de las pensiones de invalidez. El estado de invalidez podrá revisarse:

a) Por solicitud de la entidad de previsión o seguridad social correspondiente cada tres (3) años, con el fin de ratificar, modificar o dejar sin efectos el dictamen que sirvió de base para la liquidación de la pensión que disfruta su beneficiario y proceder a la extinción, disminución o aumento de la misma, si a ello hubiere lugar.

Este nuevo dictamen se sujeta a las reglas de los Artículos anteriores.

El pensionado tendrá un plazo de tres (3) meses contados a partir de la fecha de dicha solicitud, para someterse a la respectiva revisión del estado de invalidez. Salvo casos de fuerza mayor, si el pensionado no se presenta o impide dicha revisión dentro de dicho plazo, se suspenderá el pago de la pensión. Transcurridos doce (12) meses contados desde la misma fecha sin que el pensionado se presente o permita el examen, la respectiva pensión prescribirá.

Para readquirir el derecho en forma posterior, el afiliado que alegue permanecer inválido deberá someterse a un nuevo dictamen. Los gastos de este nuevo dictamen serán pagados por el afiliado, y

b) Por solicitud del pensionado en cualquier tiempo y a su costa"

En este sentido, el Artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 "Por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez" establece que, la calificación de pérdida de capacidad laboral sólo podrá tramitarse cuando las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral o el empleador, según sea el caso, hayan adelantado el tratamiento y rehabilitación integral o se compruebe la imposibilidad para su realización. Las Administradoras de Fondos de Pensiones deberán remitir los casos a las Juntas de Calificación de Invalidez antes de cumplirse el día ciento cincuenta de incapacidad temporal, previo concepto del servicio de rehabilitación integral emitido por la Entidad Promotora de Salud.

En consecuencia, el trámite para el reconocimiento de la pensión de invalidez lo iniciará la Administradora del Fondo de Pensiones correspondiente, quien deberá remitir el caso a la Junta de Calificación de Invalidez antes de cumplirse el día ciento cincuenta de incapacidad temporal.

Para el reconocimiento de la pensión de invalidez, el trabajador deberá acreditar una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% y las semanas de cotización al Sistema consagradas en la Ley; y en caso de cumplir con ambos requisitos, la pensión se reconocerá a solicitud de la parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca dicho estado, según el Artículo 40 de la Ley 100 de 1993.

Por su parte, 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" respecto de las causales de retiro del servicio de los empleados públicos establece:

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: (...)

f) Por invalidez absoluta:(...)

PARÁGRAFO 2. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado". (Subraya propia).

Ahora bien, el Artículo 2.2.5.2.1 del Decreto 1083 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública" dispone:

“Vacancia definitiva. El empleo queda vacante definitivamente, en los siguientes casos:

(...) 7. Por invalidez absoluta”.

No obstante, lo anotado, es pertinente señalar que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional los empleados públicos a quienes se les haya reconocido la pensión, no podrán ser retirados del servicio hasta tanto no estén incluidos en nómina de pensionados; una vez incluidos en nómina de pensionados el nominador podrá retirarlos del servicio. De esta forma lo expresó la Corte Constitucional en Sentencia [C-1037](#) de 2003, con Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería:

“En consecuencia, compete al Legislador, en ejercicio de la potestad de configuración política, determinar las demás causales de terminación de las relaciones laborales públicas y privadas, respetando los límites, principios y valores constitucionales. Por tanto, la regulación prevista en el parágrafo 3° del Artículo 9° de Ley [797](#) de 2003, al establecer una causal de terminación de la relación laboral, tiene amparo constitucional, si se entiende como más adelante se indicará.

8.- En ese orden ideas, 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.

9.- Además de lo anterior, en anteriores oportunidades cuando esta Corporación estudió las disposiciones legales sobre edad de retiro forzoso, manifestó que era legítimo ese retiro por cuanto permitía la realización de varios derechos. Al servidor público se le hacía efectivo su derecho al descanso, con el disfrute de la pensión. Se permitía, asimismo, el acceso de las nuevas generaciones a los cargos públicos. Y a la función pública enrumbarse por caminos de eficacia y eficiencia, al contar con nuevo personal. Sobre este particular dijo la Corte: “(…)”

Esta circunstancia permite a la Corte concluir 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 (C.P., arts. 2° y 5°). Por tanto, la única posibilidad de que el precepto acusado devenga constitucional 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.

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, si la pérdida de capacidad laboral corresponde a más del 50% dictaminada por la Junta de Calificación de Invalidez y se cumplen con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez por enfermedad general, la Entidad Administradora de Pensiones deberá efectuar el pago de la prestación de invalidez en forma retroactiva al beneficiario de ésta, desde la fecha en que se produzca tal estado, esto es, desde la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral en forma permanente y definitiva, la cual podrá ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. Una vez en firme la decisión de la Junta de Calificación de Invalidez podrá la entidad de la que hace parte el funcionario retirar del servicio al funcionario por invalidez absoluta, la cual está consagrada en el Artículo [41](#) de la Ley [909](#) de 2004, teniendo en cuenta que esta debe hacerse mediante acto motivado.

En ese orden de ideas, se considera que el empleado que ya se encuentra pensionado por invalidez deberá ser retirado del servicio por las razones antes expuestas.

Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el Artículo [2](#) de la Ley [1821](#) de 2016 “Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas”, 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 parágrafo 3 del Artículo [9](#) de la Ley [797](#) de 2003.”

Sin embargo, sobre la posibilidad de que un servidor público con pensión de invalidez ingrese nuevamente al sistema laboral, la Ley [361](#) de 1997, “por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”, establece:

ARTÍCULO 26. En ningún caso la limitación discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo. (...)” (Subrayado nuestro)

ARTÍCULO 33. El ingreso al servicio público o privado de una persona limitada en situación de discapacidad que se encuentre pensionada, no implicará la pérdida ni suspensión de su mesada pensional, siempre que no implique doble asignación del tesoro público.”

Con relación al tema que se analiza, la Corte Constitucional en Sentencia C-072 del 4 de febrero de 2003, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra, estudió la demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 33, parcial, de la Ley 361 de 1997, señalando:

“4.1 El artículo 33 en mención establece que la persona limitada que se encuentre pensionada, al ingresar a la actividad laboral puede seguir recibiendo su mesada pensional. Para el actor el que no se suspenda el pago de esta mesada viola el principio de igualdad, artículo 13 de la Carta, y de solidaridad con el sistema de seguridad social, artículo 48 de la Constitución, pues, habría una entrega de recursos a favor de quien no está en condiciones de debilidad, y prueba de ello es su ingreso a la actividad laboral.

Lo primero que hay que advertir es que la disposición acusada es, en la práctica, innecesaria. Es decir, bien podría el legislador no haber hecho explícito en el artículo 33 de la Ley 361 de 1997 el derecho de continuar percibiendo la pensión el limitado que ingrese a la actividad laboral, y éste continuaría percibiéndola, como ocurre, en general con las demás personas, pues, de acuerdo con la Constitución y las disposiciones legales referidas al derecho al trabajo y a la seguridad social, no habría ninguna razón para que la persona limitada que reciba una pensión e ingrese a laborar, se le suspenda el pago de la misma, salvo cuando exista doble asignación del tesoro público, por una sencilla razón: la distinta naturaleza de los recursos de las mesadas pensionales y del salario.

4.2.1 En efecto, por salario, se entiende la remuneración periódica y habitual que el trabajador recibe a cambio de la prestación del servicio. Es decir, es la consecuencia directa del derecho del trabajo, a que se refiere como derecho fundamental el artículo 25 de la Constitución. Y en el artículo 53 de la Carta se consagra dentro de los “principios mínimos fundamentales” del trabajo la “remuneración mínima vital y móvil. Proporcional a la cantidad y calidad de trabajo”. La Constitución protege tanto el derecho al trabajo como la consecuencia directa del mismo, que es el salario.

4.2.2 En cambio, la naturaleza de la pensión no es como parecería entenderla el actor, en el sentido de una dádiva que graciosamente le otorga el Estado a una persona y que, en tal virtud, puede serle suspendida cuando aparentemente ya no se está en situación de debilidad. No, el derecho a la pensión surge del hecho de que la persona reunió una serie de requisitos e hizo aportes periódicos durante su vida laboral, con el fin de garantizar el amparo para él y su familia, contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte. No es, entonces, ningún regalo del Estado, sino la retribución de lo que la persona cotizó al Sistema de Seguridad Social, bien fuere a través del régimen solidario de prima media con prestación definida o a través del régimen de ahorro individual, como lo prevé la Ley 100 de 1993.

4.3 Entonces, no existe ninguna razón constitucionalmente válida para afirmar que por posibles razones constitucionales resulta incompatible que una persona limitada no pueda percibir la pensión a la que legalmente tiene derecho y, a su vez, el salario producto de su incorporación a la vida laboral.

4.4 Asunto distinto es que quien recibe pensión de invalidez debe someterse a revisión periódica, con el fin de ratificar, modificar o dejar sin efectos el dictamen que sirvió de base para la liquidación de la pensión (art. 44 de la misma Ley). De esta revisión se desprende la extinción, disminución o aumento de la misma. En cualquiera de estas hipótesis resulta armónica con la disposición acusada, pues, si se extingue la pensión, no hay lugar a ninguna clase de suspensión al ingresar a la actividad laboral; si se disminuye, quiere decir que con mayor razón el limitado tiene motivos económicos y personales para ingresar a la actividad laboral lucrativa, por lo que no habría lugar a la suspensión; y si hay aumento, significa que la incapacidad laboral del limitado es mayor y tiene derecho a que si tiene oportunidad de ingresar a la actividad laboral, el Estado estimule este ingreso y cree las condiciones de privilegio encaminadas a lograr la integración social y laboral, por las razones de naturaleza constitucional expresadas en el punto anterior de esta providencia, lo que no sólo no viola el principio de igualdad sino que lo desarrolla, tal como lo ordena el artículo 13 de la Constitución.

4.5 Con este mismo criterio, y sin que se viole el artículo 48 de la Constitución, sobre la supuesta vulneración del principio de solidaridad con el sistema de seguridad social, la ley permite que una persona, sin distinguir si es limitada o no, reciba pensión de sobreviviente y de vejez, o de invalidez y sobreviviente, ya que el punto a tener en cuenta es si la persona cotizó para que se le amparan estas contingencias cuando se cumpliera cualquiera de las mismas.

Por ello, no resiste el menor análisis la supuesta violación que también invoca el demandante al afirmar que hay trato desigual por parte de la Ley entre una persona limitada que ingresa a laborar y aquel limitado que no recibe pensión, no obstante estar en iguales condiciones al momento de la vinculación a un trabajo. Pues se olvida que no es cierto que estén en igualdad de condiciones, ya que el uno adquirió un

derecho de pensión que el otro no ha adquirido. Cuando ello ocurra, sí se podrá afirmar que están en condiciones semejantes.

Por su parte, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, mediante sentencia con radicado No. 76001-23-31-000-2004-02414-01(0672-08) del 16 de octubre de 2018, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, determinó:

“De la lectura de la norma transcrita, la Sala encuentra que la filosofía de la pensión de invalidez es proteger al empleado de la contingencia por incapacidad para ocuparse de las funciones correspondientes a un cargo, lo cual significa que mientras dure la incapacidad y el pago de la pensión de invalidez el empleado no puede desempeñar nuevamente tales funciones.

Coherentemente, debe decirse que, en principio, existe incompatibilidad entre la pensión de invalidez y el ejercicio del empleo público, porque se supone que el pensionado no puede trabajar porque, como dice la norma, ha “perdido su capacidad de trabajo para toda ocupación u oficio”.

Sin embargo, la discapacidad laboral no descarta la posibilidad de que el servidor público recupere en un momento dado su capacidad para asumir nuevamente sus funciones y continúe prestando el servicio, o ingrese a la función pública mediante elección popular, como ocurrió en el presente asunto.

Esto último, en razón de que conforme al artículo 40 [1] de la Constitución Política la incapacidad física no constituye inhabilidad para ejercer el derecho constitucional a ser elegido popularmente, pues la Carta Política abre la posibilidad de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político a todos los ciudadanos.

Además, en sentencia C-381 de 2005, la Corte Constitucional refirió que

[...] “ [L]a Ley 82 de 1988 el Presidente de la República expidió el Decreto 2177 de 1989, según el cual “el Estado garantizará la igualdad de oportunidades y derechos laborales a las personas inválidas física, mental o sensorialmente, conforme al Convenio 159 suscrito con la organización Internacional del Trabajo y las disposiciones vigentes sobre la materia”, y dispuso que “en ningún caso la existencia de limitaciones físicas, sensoriales o mentales podrá ser impedimento para ingresar al servicio público o privado, a menos que éstas sean incompatibles con el cargo que se vaya a desempeñar”.

En esas condiciones, debe decirse que aun cuando la filosofía de la pensión de invalidez es proteger la contingencia del discapacitado para asumir funciones laborales, ello no conlleva a que el pensionado no pueda reingresar al servicio público, pues, como se dijo, existen eventos excepcionales como el acceso a un cargo de elección popular o la recuperación de la incapacidad para trabajar.

En todo caso, la Sala advierte que cuando el pensionado ingresa nuevamente a la prestación del servicio, el pago de su pensión de invalidez debe suspenderse para darle paso a los salarios y prestaciones sociales correspondientes del cargo, pues existe prohibición constitucional de percibir simultáneamente más de una asignación del tesoro público.

(...)

Armonizando la normativa y jurisprudencia antes citadas, en materia de protección laboral de las personas con discapacidad y la consagración de medidas por parte del Estado para que estimule el ingreso al empleo y cree las condiciones de privilegio encaminadas a lograr la integración social y laboral de la población con discapacidad, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera viable que un pensionado por invalidez pueda acceder a un cargo público o a un contrato de prestación de servicios, en cuyo caso dicha vinculación no implicará la pérdida ni suspensión de su mesada pensonal, siempre que no implique percibir doble asignación del tesoro público, en los términos del artículo 128 de la Constitución Política, que señala:

ARTÍCULO. 128.- 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 fuera de texto)

De igual manera se considera que la limitación de una persona, no podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar.

De la legislación y la jurisprudencia citada, se pueden extractar las siguientes premisas con el fin de dar respuesta a su inquietud:

En ningún caso la limitación o discapacidad de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que aquella sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar.

El ingreso al servicio público o privado de una persona limitada en situación de discapacidad que se encuentre pensionada, no implicará la pérdida ni suspensión de su mesada pensional, siempre que no implique doble asignación del tesoro público.

No habría ninguna razón para que la persona limitada que reciba una pensión e ingrese a laborar, se le suspenda el pago de la misma, salvo cuando exista doble asignación del tesoro público, caso en el cual el pago de su pensión de invalidez debe suspenderse para darle paso a los salarios y prestaciones sociales correspondientes del cargo, pues existe prohibición constitucional de percibir simultáneamente más de una asignación del tesoro público

En conclusión y atendiendo su consulta, esta Dirección Jurídica considera que en efecto no es viable que un servidor público devengue un salario proveniente del patrimonio estatal y de forma simultánea perciba lo referente a la pensión de invalidez en la medida de que la mesada pensional es una asignación del tesoro público, debiendo dependiendo del caso retirar al funcionario del servicio o solicitar la suspensión del pago de la pensión por invalidez con el fin de no incurrir en la prohibición de doble asignación del tesoro público.

1. Reconocida la pensión de invalidez a favor de un servidor público del ICBF, sea por los Fondos Privados que administran el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o por Colpensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ¿surge alguna incompatibilidad para que siga vinculado a la entidad? ¿Operaría la causal de retiro del servicio oficial, de que tratan la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015?

Tal como se indicó en aparte anteriores, en criterio de esta Dirección Jurídica, el empleado que ya se encuentra pensionado por invalidez deberá ser retirado del servicio por las razones antes expuestas.

2. Si existe incompatibilidad entre la pensión de invalidez y el servicio público por ser las dos provenientes del tesoro público, pero la entidad conoce del reconocimiento pensional tiempo después de la inclusión en nómina de pensionados, toda vez que el Fondo de Pensiones nunca informó al empleador sobre el reconocimiento de la pensión de invalidez respectiva, ¿cómo debería proceder el ICBF con el fin de que el tesoro público recupere alguna de las dos asignaciones recibidas por el servidor público? ¿Podría descontarse de la liquidación los valores pagados por concepto de sueldo durante el tiempo que el servidor público devengó salario y mesada pensional (por invalidez) o debe entenderse que al haberse recibido de forma efectiva la prestación del servicio no sería legítimo por parte del ICBF pretender recuperar los valores mencionados?

El Decreto 1083 de 2015, de manera explícita contempla la obligación de retirar a un empleado que haya obtenido la pensión por invalidez. Sobre el particular, señala:

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.

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 parágrafo 3 del Artículo 9 de la Ley 797 de 2003."

De acuerdo con anteriormente citado, una de las causales de retiro de un empleado público es el haber obtenido el reconocimiento a la pensión de invalidez, caso en el cual el empleador puede dar por terminado la relación legal o reglamentaria, siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión, se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.

Esto significa que la administradora de pensiones relacionada con el caso consultado, debió comunicar a la entidad el reconocimiento de la

pensión. Si bien el objetivo de la norma es evitar que el pensionado quede desprovisto de ingresos en el paso de la entidad a la vida de retiro con pensión, también es indispensable para que la entidad empleadora ajuste sus procedimientos a la nueva situación.

En el caso consultado la entidad, por desconocimiento de la concesión de la pensión, continuó reconociendo salarios y prestaciones sociales que, en estricto sentido, no debieron pagarse por expresa prohibición legal de percibir dos asignaciones del tesoro público.

Ahora bien, respecto al pago de lo no debido, la Corte Suprema de Justicia mediante Sentencia de noviembre 15 de 1991, se pronunció en los siguientes términos:

“Bien se sabe que el pago de lo no debido constituye en el fondo una aplicación concreta y particular del principio universalmente admitido del enriquecimiento injusto, y se haya perfectamente regulado por el ordenamiento jurídico colombiano, dentro del título que el Código Civil denomina de los Cuasicontratos. La Corte ha admitido expresamente que la actuación de repetición por el pago de lo no debido constituye una especie de género de enriquecimiento injusto, solo que por aparecer el disciplinado en la ley, se tiene una precisión acerca de los límites necesarios que moldean su ámbito de acción, conociéndose perfectamente cuáles son sus elementos estructurales o axiológicos.

Así, de manera general puede señalarse que está habilitado para la repetición quien demuestre que hizo un pago al demandado, sin ninguna razón jurídica que lo justifique, ni siquiera la preexistencia de una obligación meramente natural...”

“Compendiando lo anterior, ha de decirse que el buen suceso de la acción de repetición del pago indebido, requiere básicamente de los siguientes elementos:

“a. Existir un pago del demandante al demandado.

“b. Que dicho pago carezca de todo fundamento jurídico real o presunto.

“c. Que el pago obedezca a un error de quien lo hace, aun cuando el error sea de derecho.”. (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, la acción de repetición del pago indebido requiere que, exista un pago del demandante al demandado; que dicho pago carezca de todo fundamento jurídico real o presunto, y que el pago obedezca a un error de quien lo hace, ya sea error de hecho o de derecho.

Por otro lado, frente a los descuentos al servidor de aquellos pagos sin justa causa, la misma Corporación en sentencia T-1059 del 5 de octubre de 2001, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería, dispuso:

“El Decreto 1647 de 1967, en su Artículo 1 establece que los pagos por sueldo o cualquier otra forma de remuneración a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales, serán por servicios rendidos.

A su vez el Artículo 2 ibídem señala que los funcionarios que deban certificar los servicios rendidos por los servidores públicos, estarán obligados a ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la correspondiente justificación legal.

Norma que impone a la administración la obligación de descontar del salario de la actora, o más bien, de abstenerse de pagar el valor del salario equivalente a los días no laborados, pues de pagarlos estaría permitiendo que se enriqueciera sin justa causa en perjuicio de la misma administración pública, además de incumplir con el deber de todo servidor público de hacer cumplir la Constitución y la leyes, incurriendo presuntamente en la falta disciplinaria prevista en el Código Único Disciplinario, Artículo 40 de la ley 200 de 1995.

La remuneración a que tiene derecho el servidor público como retribución por sus servicios personales, en razón a un vínculo legal y reglamentario existente entre éste y el Estado, presupone el correlativo deber de prestar efectivamente el servicio, de acuerdo a las normas legales y reglamentarias que rigen la administración del personal al servicio del Estado. Por lo tanto, no existe en cabeza del servidor público el derecho a la remuneración por los días no laborados sin justificación legal y, por ende, tampoco surge para el Estado la obligación de pagarlos. De hacerlo se incurriría en presuntas responsabilidades penales y disciplinarias, procediendo el descuento o reintegro de las sumas canceladas por servicios no rendidos, por resultar contrario a derecho.

[...]

Ahora, considera esta Sala que la aplicación del Decreto 1647 de 1967 no requiere de proceso disciplinario previo, pues la norma no establece una responsabilidad disciplinaria para el servidor público, pero, sí ordena aplicar de plano y en forma inmediata el descuento o no pago de días

no laborados sin justificación legal. Por lo tanto, no se trata de una pena o sanción, sino simplemente es la consecuencia que deviene ante la ocurrencia del presupuesto de hecho de la norma. No prestación del servicio por ausencia al trabajo sin justificación legal, luego, no procede el pago de salario por falta de causa que genere dicha obligación.

Desde el punto de vista probatorio tenemos que es un deber u obligación del servidor público asistir al sitio de trabajo y cumplir con las funciones que le han sido asignadas al cargo, dentro del horario y jornada laboral pre-establecidos; por lo tanto, ante la verificación de la no asistencia sin justa causa (supuesto normativo), debe proceder a ordenar el descuento (efecto jurídico), a menos que el servidor público demuestre que el motivo de la ausencia constituye “justa causa” a fin de que se extingan los efectos jurídicos de la norma.

Lo anterior, sin perjuicio de que además del no pago, la administración inicie el respectivo proceso disciplinario por las presuntas faltas disciplinarias que puedan derivarse y en que haya podido incurrir el servidor público con su conducta omisiva, imponiendo las sanciones disciplinarias a que haya lugar.

Esto, en razón a que la ley contempla, como deberes de los servidores públicos, entre otros: “Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario del trabajo al desempeño de las funciones que les han sido encomendadas”; “Realizar personalmente las tareas que le sean confiadas...”; “Cumplir con eficiencia, diligencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación de un servicio esencial...”. (Decreto 2277/79, Ley 115/94 y Ley 200 de 1995). (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con las sentencias anteriormente transcritas, puede inferirse que resulta improcedente reconocer y pagar elementos salariales y prestacionales sin justificación legal, toda vez que ello implicaría permitir un enriquecimiento sin causa a favor del servidor, en detrimento de la administración pública. El enriquecimiento sin causa a favor del servidor conlleva la devolución a la administración del pago de no debido.

Recordemos que el enriquecimiento sin causa se produce siempre que un patrimonio recibe un aumento, positivo o negativo, a expensas de otro, sin una causa jurídica que los justifique. Sin embargo, si se ha hecho un pago por error, quien lo hace tiene derecho a repetir lo pagado. El que ha recibido el pago está obligado a la restitución del bien, así lo haya recibido de buena fe, pues esta última circunstancia no lo exonera de su obligación de restituirlo. La buena fe lo exime del pago de intereses en favor de quien pagó por error.

De otra parte, la Ley 1952 de 2019 “Por medio de la cual se expide el código general disciplinario”, señala:

“ARTÍCULO 39. PROHIBICIONES. A todo servidor público le está prohibido:

[...]

14. Ordenar el pago o percibir remuneración oficial por servicios no prestados, o por cuantía superior a la legal, o reconocer y cancelar pensiones irregularmente reconocidas, o efectuar avances prohibidos por la ley o los reglamentos.

Se considera entonces que, si se constituye un pago recibido de buena fe, no exonera al servidor de devolverlo por cuanto es un pago que se efectuó por fuera de la ley.

Conforme a lo anterior, esta Dirección Jurídica considera que la entidad debe ajustar la situación al ordenamiento legal y para ello una vez establezca que se incurrió en el pago de lo no debido por concepto de salarios, tendrá que repetir al empleado al cual se le consignó, y éste último tendrá que devolver el exceso pagado, ya que se presentaría enriquecimiento sin justa causa.

Si el pensionado no accede a la devolución de las sumas pagadas indebidamente, podrá acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para obtener la devolución.

Debe agregarse que esta situación puede generar investigaciones y sanciones disciplinarias y fiscales tanto para el pensionado que obtuvo ilegalmente salarios y prestaciones gozando de tal calidad y/o de los servidores públicos que intervinieron o dejaron de actuar en la situación expuesta, además de las sanciones en que pueda verse incurso la administradora de pensiones por el incumplimiento de la notificación a la entidad empleadora.

Si existe incompatibilidad entre la pensión de invalidez y el servicio público por ser las dos provenientes del tesoro público ¿sería viable condicionar la continuidad en el servicio público a que el servidor público solicite a su fondo de pensiones la suspensión en el pago de la mesada de su pensión de invalidez?

De acuerdo con lo indicado en el primer interrogante, no habría ninguna razón para que la persona limitada que reciba una pensión e ingrese a

laborar, se le suspenda el pago de la misma, salvo cuando exista doble asignación del tesoro público, caso en el cual el pago de su pensión de invalidez debe suspenderse para darle paso a los salarios y prestaciones sociales correspondientes del cargo, pues existe prohibición constitucional de percibir simultáneamente más de una asignación del tesoro público

En caso de requerir información adicional respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, al enlace [/eva/es/gestor-normativo](#), en el que 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.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: María Laura Zocadagui

Reviso: Harold Herreño

Aprobó: Armando López C

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-01-19 04:43:57