



## Concepto 249331 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000249331\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000249331

Fecha: 12/07/2022 07:56:42 a.m.

Bogotá D.C.

REF.: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Pensionado. Empleado público a quien se le ha otorgado pensión de vejez e incluido en nómina de pensionados continúe en ejercicio de su empleo. Rad. 20229000305932 del 2 de junio de 2022.

En atención a su escrito, mediante la cual consulta en relación con la eventual inhabilidad o incompatibilidad para que quien ha sido pensionado por vejez e incluido en nómina de pensionados continúe en ejercicio de su empleo recibiendo la asignación salarial correspondiente, incurriendo posiblemente en enriquecimiento sin causa, me permito dar respuesta en el marco de las funciones y competencias atribuidas a este Departamento Administrativo, particularmente las previstas en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 430 de 2016, en los siguientes términos:

Con el fin de dar respuesta a su consulta, se considera procedente tener en cuenta:

1.- Incompatibilidad para que un pensionado continúe en ejercicio de un empleo público.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 128 de la Constitución Política, nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, en consecuencia, al empleado público a quien se le haya otorgado pensión de invalidez, se le configura una incompatibilidad para recibir de manera simultánea el salario correspondiente en la entidad u organismo público.

Por consiguiente, el empleado público que haya sido incluido en nómina de pensionados no podrá recibir asignación salarial por expresa prohibición, al tratarse de dos asignaciones con origen público.

2.- Retiro del servicio a pensionado.

De conformidad con lo previsto en el literal e) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004<sup>1</sup>, la pensión por vejez es causal de retiro del servicio.

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015<sup>2</sup> contempla lo siguiente:

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 párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003.»

De acuerdo con lo anterior, el otorgamiento de pensión por vejez a favor de un empleado público es causal de retiro del servicio, el cual se hará efectivo una vez se haya incluido en nómina de pensionados por parte del fondo de pensiones que corresponda.

3. Pago de lo no debido - enriquecimiento sin causa.

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.

#### 4.- Prohibiciones.

De otra parte, la Ley 1952 de 2019<sup>3</sup>, 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.

#### 5.- Conclusiones.

De acuerdo con lo expuesto, esta Dirección Jurídica emite conceptos jurídicos mediante los cuales brinda interpretación general de aquellas normas de administración de personal en el sector público que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación, sin que tales atribuciones comporten de manera alguna el ordenar a las entidades u organismos públicos la forma como deben administrar su personal.

Conforme a lo anterior, esta Dirección Jurídica considera que, en caso de inclusión en nómina de pensionados constituye un impedimento legal para continuar en el ejercicio de sus funciones y recibir al mismo tiempo remuneración por sus servicios.

En ese sentido, en el caso que un empleado público haya recibido simultáneamente mesada pensional y asignaciones salariales, la entidad deberá solicitar la devolución de los dineros reconocidos y pagados sin sustento legal, en caso de no contar con la autorización de descuento o la devolución del dinero, deberá acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para que sea un Juez de la República el que ordene en derecho.

Por lo anterior, y en atención puntual de sus interrogantes le indico que este Departamento administrativo no es un organismo de control o vigilancia, no cuenta dentro de sus facultades para declarar derechos u obligaciones particulares y no tiene facultades jurisdiccionales, en consecuencia, no tiene la potestad legal para determinar si existe un enriquecimiento sin causa en el caso de un empleado público incluido en nómina de pensionados que no da aviso a la entidad y en virtud de ello continua en ejercicio de sus funciones y recibe en forma simultánea la asignación salarial como contra prestación por sus servicios, dicha competencia es propia de los Jueces de la República.

Tampoco cuenta con la facultad legal para determinar si la devolución de los dineros recibidos en forma simultánea como pensionado y las recibidas por el ejercicio de sus funciones los debe realizar a la entidad a la que se encuentra en nómina de pensionados o a la que prestaba sus servicios, dicha facultad como ya se indicó es propia de un Juez de la República, en consecuencia, no se considera procedente efectuar un pronunciamiento frente al tema.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid - 19, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo](#) y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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

Proyectó: Harold Herreño

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

1 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones."

2 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública."

3 "Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario."

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:28:10