



Concepto 274971 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000274971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000274971

Fecha: 30/07/2021 12:54:17 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: RETIRO DEL SERVICIO - Pensión de Invalidez. Radicado No. 20219000544042 de fecha 27 de julio de 2021.

Reciba un cordial saludo por parte de Función Pública. En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual plantea algunos interrogantes relacionados con la pensión de invalidez de un funcionario, me permito informarle que los mismos serán resueltos en el orden consultado:

Si a un funcionario le es concedida la pensión de invalidez por la ARL positiva, con una calificación por PCL del 50.16%, emitida por la junta nacional de calificación, la cual se encuentra en firme, es posible que:

1. *¿suspenda la inclusión en nómina con el deseo de continuar laborando?*

Previo a dar respuesta a su interrogante, es necesario traer a colación el tema de la desvinculación de los empleados que han perdido su capacidad laboral, para ello es pertinente señalar lo establecido el Artículo 38 de la Ley 100 de 1993 sobre el estado de invalidez:

“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 *ibídem*, 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 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 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).

Así mismo, el Decreto 1083 de 2015, al respecto preceptúa:

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:

(...)

5) *Invalidez absoluta.*

(...)

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 3º del Artículo 9º de la Ley 797 de 2003. (Resalto propio)

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 3º del Artículo 9º 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. 2º y 5º). 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 Invalides 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 Invalides 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, y atendiendo su interrogante, esta Dirección Jurídica considera que el empleado que ya se encuentra pensionado por invalidez deberá ser retirado del servicio por las razones antes expuestas, sin que sea procedente la suspensión en la inclusión de la nomina de pensionados, con el fin de continuar laborando en el empleo que venia desempeñando.

2. ¿Pese a la calificación del 50.16% de PCL, podrá el funcionario desistir de iniciar el trámite de reconocimiento de la pensión?

3. ¿Está obligada la entidad a tramitar el reconocimiento de la pensión de invalidez ante la ARL, una vez notificado por la ARL de la PCL, aun cuando el funcionario se niega a iniciar dicho trámite?

Para atender estos interrogantes, es necesario reiterar lo dispuesto por el Artículo 2.2.11.1.4 del Decreto 1083 de 2015:

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.

(...)

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.

(...)

Así las cosas, si cumpliendo con los requisitos el empleado no inicia el trámite de reconocimiento de pensión, la entidad puede solicitar el reconocimiento de ésta en nombre del empleado, siempre y cuando hayan transcurrido treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos para tener derecho a la pensión por invalidez.

4. *¿un funcionario con PCL superior al 50% y reconocida la pensión de invalidez, goza de estabilidad laboral reforzada?*

Para atender este interrogante, es necesario traer a colación el concepto de estabilidad laboral reforzada, para ello la Corte Constitucional en sentencia T-320 de 2016, definió este derecho así:

El derecho a la estabilidad laboral reforzada consiste en: " (i) el derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación del mismos y; (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador, que se aduce para dar por terminado el contrato laboral, so pena que, de no establecerse, el despido sea declarado ineficaz"

De acuerdo con la jurisprudencia transcrita, se puede inferir que los servidores que tienen reconocida la pensión por invalidez no gozan de estabilidad laboral reforzada, teniendo en cuenta que, como se ha explicado anteriormente, con el reconocimiento de la pensión se da el retiro del servicio y, por otra parte, este se da con ocasión de una causal objetiva.

5. *¿reconocida, incluido en nómina de pensionados y debidamente notificado, procede el retiro del servicio?*

Para atender este interrogante, solicitamos tener en cuenta lo expuesto en la respuesta a la primera pregunta, donde se concluye que es procedente el retiro del servicio, atendiendo las razones ahí expuestas.

Finalmente, me permito indicarle que para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link "Gestor Normativo" donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del Artículo 28 de la Ley 1437 de 2011¹.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: César Pulido.

Aprobó. José Fernando Ceballos

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Artículo sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:20:53