

CONCEPTO 1740 DE 2008

(febrero 14)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

Bogotá, D. C.

PARA: Doctora SORAYA PINO CANOSA

Gerenta Nacional de Atención al Pensionado

DE: Dirección Jurídica Nacional – Unidad de Seguros

ASUNTO: Oficio GNAP No. 7980 de 2007 – Exigencia del Retiro del Servicio Público para una pensión de invalidez

Respetada Doctora

Acuso recibo del oficio de la referencia emanado del despacho a su cargo, a través del cual se solicita concepto jurídico relacionado con la exigencia de la novedad de retiro del servicio público como requisito necesario para la inclusión en nómina de pensionados a efecto del reconocimiento y disfrute de una pensión de invalidez.

Sobre el particular es necesario tener como referente el marco jurídico que se enuncia a continuación:

El artículo [35](#) del Decreto 758 de 1990 aplicable por reenvío del artículo [31](#) de la Ley 100 de 1993 señala lo siguiente: “FORMA DE PAGO DE LAS PENSIONES POR INVALIDEZ Y VEJEZ. Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, **previo el retiro del asegurado del servicio** o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a **disfrutar** de la pensión. (...)”

A su turno, el inciso final del artículo [40](#) de la Ley 100 de 1993 prevé lo siguiente:

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

Por su parte, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 “(...) por la cual se establecen mecanismos de integración social de la personas con limitación y se dictan otras disposiciones”, señala que “(...) **En ningún caso**, la limitación de una persona, 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 (...)”.

La misma Ley en su artículo 33 establece que “(...) **El ingreso al servicio público** o privado de una **persona limitada que se encuentre pensionada**, no implicará la pérdida ni suspensión de su mesada pensional, siempre que no implique doble asignación del tesoro público”.

En cuanto a la determinación de la fecha de estructuración del estado de invalidez para efecto de

la percepción de las prestaciones por tal concepto, el Decreto [917](#) de 1999 modificatorio del Decreto 692 de 1995 que contiene el Manual Único de Calificación de la Invalidez en su artículo 3o señala lo siguiente: “Fecha de estructuración o declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. **En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez**”.

Respecto de la obligatoriedad para efectuar aportes al Sistema de Salud y Pensiones durante el período de incapacidad, el artículo [40](#) del Decreto 1406 de 1999 establece lo siguiente: “Durante los periodos de incapacidad por riesgo común o de licencia de maternidad, habrá lugar al pago de los aportes a los Sistemas de Salud y de Pensiones. Para efectos de liquidar los aportes correspondientes al periodo por el cual se reconozca al afiliado una incapacidad por riesgo común o una licencia de maternidad, se tomará como Ingreso Base de Cotización el valor de la incapacidad o licencia de maternidad según sea el caso.”

Entre tanto, la Circular Conjunta 521 del 2 de diciembre de 2002 emanada de la Vicepresidencia de Pensiones y la Dirección Jurídica Nacional al referirse al reconocimiento de la pensión de invalidez, en su numeral 7o señala: “Respecto de la pensión de invalidez ésta debe reconocerse a partir de la fecha de estructuración de la invalidez, **excepto cuando con posterioridad a esta fecha si el afiliado continúa disfrutando del subsidio por incapacidad, evento en el cual, el reconocimiento se hará a partir del día siguiente a la culminación del pago del subsidio**”.

Y el literal f) del artículo [41](#) de 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”, en lo atinente a las causales de retiro del servidor público refiere lo siguiente: “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;**”

De la normativa transcrita sea lo primero considerar que en los casos en los que hay lugar al reconocimiento y pago de la pensión por invalidez para un servidor público, dicha prestación por regla general debe reconocerse y pagarse en forma retroactiva desde la fecha de estructuración de la invalidez de conformidad con el último inciso del artículo [40](#) de la Ley 100 de 1993, empero, el artículo [3o](#) del Decreto 917 de 1999 condiciona perentoriamente la percepción de la mesada a la cesación del derecho al subsidio.

Lo anterior no debe interpretarse de manera aislada, antes bien, debe armonizarse con lo dispuesto en el artículo [35](#) del Decreto 758 de 1990 aprobatorio del Acuerdo 049 del mismo año, norma que prevé que para el pago de la pensión de invalidez o de vejez, deberá acreditarse el retiro del servicio, lo cual permite considerar que aun cuando se haya determinado la fecha de estructuración de la invalidez o la cesación del pago del subsidio por incapacidad para efecto del reconocimiento de la pensión de invalidez, pero no aparece acreditado el retiro del servicio, por tanto no será viable el disfrute efectivo de la prestación económica.

En ese punto debe tenerse en cuenta que el literal f) del artículo [41](#) de la Ley 909 de 2004 contempla una causal para el retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa consistente en la condición de invalidez absoluta del servidor, lo cual, en armonía con las normas del Sistema Pensional permite aseverar que sólo cuando se encuentre acreditado el Estado de Invalidez a través del dictamen emitido por la Junta de Calificación competente y una vez surtido el trámite pertinente ante la administradora de pensiones, deberá reconocerse la pensión de invalidez desde la estructuración o desde la cesación del subsidio por la incapacidad, empero, una vez se acredite el retiro del servicio, será procedente la percepción efectiva de la prestación.

En esa medida, el retiro del Servicio Público se constituye como un presupuesto necesario para la percepción efectiva de las mesadas pensionales por invalidez, pues, si bien es cierto la Ley condiciona el pago de la pensión de invalidez que haya una fecha de estructuración o que haya cesado el derecho al subsidio por la incapacidad-, también es cierto que para el disfrute efectivo de la pensión que otorgue el ISS, por mandato del Decreto [758](#) de 1990 aplicable por reenvío del artículo [31](#) de la Ley 100 de 1993 será necesario acreditar el retiro del servicio.

Ahora bien, la consulta de la referencia versa sobre la exigibilidad del retiro del servicio público para efecto de la percepción de la pensión de invalidez lo cual, como se advirtió en líneas precedentes se constituye en presupuesto necesario para el pago de la mesada pensional por invalidez, sin embargo, no se debe pasar por alto la tesis señalada en el artículo 33 de la Ley 361 de 1997 cuyo contenido normativo versa sobre el caso de la persona quien pese a encontrarse pensionada por invalidez se incorpora a un empleo en el sector público o privado.

Tal y como se advierte del tenor literal del artículo 33, si la persona se encuentra pensionada por invalidez e ingresa al servicio público de acuerdo a lo consultado, será legalmente procedente la percepción simultánea de la mesada pensional y el salario con el límite legal establecido en la misma normativa siempre que no contraría la prohibición de la doble erogación de asignaciones del erario público, premisa que adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que las pensiones que otorga el Instituto de Seguros Sociales como administrador del Sistema Pensional no son asignaciones que provienen del Tesoro Público sino que son recursos de naturaleza parafiscal.

Lo expuesto permite analizar además que la tesis contenida en el artículo 33 de la Ley 361 de 1997 parte del supuesto que la **persona pensionada por invalidez** goza aún de ciertas habilidades y capacidades que le permiten incorporarse laboralmente aplicando a un empleo en el sector público o privado, de lo cual se desprende que para ser sujeto y destinatario de los derechos y garantías establecidos en la Ley 361 de 1997 que fue promovida como desarrollo de los artículos [13](#), [47](#), [54](#) y [68](#) de la Constitución Nacional normas que conforman el bloque de constitucionalidad para la integración socio laboral de las personas con limitaciones físicas, psíquicas y/ o sensoriales, **la invalidez del servidor no debe ser incompatible e insuperable en el cargo público que se va a desempeñar** de acuerdo a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 261 de la citada Ley 361¹.

Lo anterior permite prever que cuando la limitación es incompatible e insuperable para el cargo público que se ostenta y la misma permite al servidor acceder a la pensión por invalidez, será necesario el retiro de servicio para disfrutar de la prestación según lo afirmado en líneas precedentes, circunstancia que ilustra claramente la condición de “invalidez absoluta” señalada como causal de retiro del servicio público según el literal f) del artículo [41](#) de la Ley 909 de 2004 transcrito en líneas precedentes.

Conviene anotar que si la limitación le permite al servidor continuar ostentando su cargo dentro del servicio público, significa en ese caso que hubo reincorporación laboral y que dicha limitación no dio lugar a las prestaciones por invalidez previo el trámite ante la EPS o la Junta de Calificación de Invalidez en los términos del artículo [23](#) del Decreto 2463 de 2001 y el artículo [52](#) de la Ley 962 de 2005 modificadorio del artículo [41](#) de la Ley 100 de 1993 según el caso, y de acuerdo al criterio esgrimido por esta Dirección en reiterados pronunciamientos²:

“(…) si este no es calificado como inválido por la Junta, se entiende que hubo reincorporación sociolaboral del trabajador, en caso contrario, procede el pago de la prestación por invalidez que corresponda por cuenta del Sistema Pensional”.

“(…)”

Conviene acotar que si por causa de la pérdida de capacidad laboral de una persona pensionada por invalidez no pueda ser destinataria de los derechos y prerrogativas establecidos en la Ley 361 de 1997 en lo atinente a la incorporación laboral, ello no conlleva a la inaplicación de las demás medidas de asistencia y protección necesarias reservadas a las personas con limitaciones severas y profundas³.

En mérito de lo expuesto, esta Dirección conceptúa lo siguiente:

La invalidez absoluta del servidor es una causal de retiro del Servicio Público.

La pensión de invalidez debe reconocerse y pagarse desde la fecha de la estructuración o desde la cesación del pago del subsidio por incapacidad, sin embargo, mientras el afiliado no acredite el retiro del servicio, no habrá lugar a la percepción efectiva de la mesada pensional por invalidez.

El pensionado por invalidez del Instituto de Seguros Sociales que no haya sido retirado del servicio público por invalidez absoluta podrá reincorporarse al sector público; en ese evento será viable el disfrute simultáneo del salario con la mesada pensional porque la asignación del erario público es compatible con la mesada percibida por el ISS.

En los anteriores términos se espera haber absuelto su inquietud.

Cordialmente

SERGIO HERNANDO COLMENARES PORRAS

Director Jurídico Nacional

RAMG/odpm

Rad. 12255

Pensión invalidez

5/X/07-15/XI/07

NOTAS AL FINAL:

1. Ley 361 de 1997.- “Artículo 26. En ningún caso la limitación de una persona, 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. Así mismo,

ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo”.

2. V. Conceptos DJN-US 19993 del 13 de diciembre de 2004, DJN-US 1943 de 16 de febrero de 2006, DJN-US [11823](#) del 24 de agosto de 2006 y DJN-US 16691 del 28 de agosto de 2007

3. Ley 361 de 1997. Artículo 1o.- Los principios que inspiran la presente Ley, se fundamentan en los artículos [13](#), [47](#), [54](#) y [68](#) que la Constitución Nacional reconocen en consideración a la dignidad que le es propia a las personas con limitación en sus derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales para su completa realización personal y su total integración social y a las personas con limitaciones severas y profundas, la asistencia y protección necesarias.

Artículo 2o.- El Estado garantizará y velará por que en su ordenamiento jurídico no prevalezca discriminación sobre habitante alguno en su territorio, por circunstancias personales, económicas, físicas, fisiológicas, síquicas, sensoriales y sociales.



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

