

CONCEPTO 35939 DE 2019

(junio 5)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

DE: XXXXX, Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa,
Código de área: 1-0014

ASUNTO: Preservación afiliación de familiares al Servicio Médico Asistencial del SENA

En respuesta a su comunicación electrónica del 22 de mayo de 2019, con radicado 8-2019-032690, mediante la cual solicita concepto con el fin de definir la continuidad de algunos afiliados al servicio médico asistencial del SENA que dependen de empleados públicos que tenían nombramiento provisional y fueron retirados con motivo del concurso de mérito, pero que por vía de tutela se ordenó una nueva vinculación al SENA; al respecto, de manera comedida le informo:

En su comunicación puntualiza lo siguiente.

“En atención a los recientes fallos judiciales favorables a las acciones de tutela interpuestas por quienes a consecuencia de la convocatoria “436 de 2017–SENA” perdieron su vinculación a la Entidad, en cargos de nombramiento provisional, fueron retirados y, en virtud de los referidos fallos el SENA se vio en la obligación de vincularlos nuevamente; me permito solicitar claridad de carácter jurídico frente a la conservación o no del derecho de afiliación de sus familiares al Servicio Médico Asistencial del SENA, quienes, también, a consecuencia del retiro de los provisionales perdieron su carácter de beneficiarios del mismo”.

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

PRECEDENTES NORMATIVOS

En relación con el caso consultado es preciso indicar que el Servicio Médico Asistencial del SENA fue creado por el Decreto 907 de 1975, en su artículo [30](#), modificado por el artículo [35](#) del Decreto 594 de 1977. Posteriormente fue reglado por el artículo [35](#) del Decreto 1014 de 1978, el artículo [16](#) del Decreto 415 de 1979, entre las principales normativas.

ANÁLISIS JURÍDICO

El artículo [53](#) de la Constitución establece como uno de los principios mínimos de las relaciones laborales el derecho que tiene todo trabajador a permanecer estable en el empleo^[1], a menos que exista una justa causa para su desvinculación.^[2]

La regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el

sistema de la carrera administrativa, tal como lo ha previsto el artículo [125](#) de la Constitución Política.

El Decreto 1083 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”, señala lo siguiente: “ARTÍCULO [2.2.5.3.3](#) Provisión de vacancias temporales en empleos de carrera. De acuerdo con lo establecido en la Ley [909](#) de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron”. (...)
(Subrayado fuera de texto)

Es por esto que, los empleados públicos que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad.^[3]

Ahora bien, cuando un empleado público ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y, además, es sujeto de especial protección constitucional “concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades”. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa.^[4]

Además, Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general, lo cual impone el deber de adoptar medidas afirmativas que permitan la continuidad laboral, como manifestación del deber de solidaridad contenido como principio fundador del Estado social de derecho, que obliga a responder con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas.

En otras palabras, cuando con fundamento en el principio del mérito surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección como los padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la constitución^[5], y en la materialización del principio de solidaridad social, se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento.

Asimismo, la protección es aplicable tanto para las relaciones laborales privadas como para el ejercicio del empleo público,^{[6][7]} no es relevante si la prestación de los servicios se presenta ante un empleador público o privado.

Dichas prerrogativas no operan como un mandato absoluto y, por lo tanto, no significa que ningún trabajador protegido pueda ser apartado de su cargo, puesto que lo que debe verificar el juez de tutela es que el titular del derecho haga parte de un grupo de especial protección por su situación específica y que el despido se haya producido como una expresión discriminatoria por su condición.

En efecto, lo que garantiza es que el despido no se produzca en razón de su especial condición.

De esta manera, la mencionada protección no se traduce en la prohibición de despido o en la existencia de un derecho fundamental a conservar y permanecer en el mismo empleo por un periodo de tiempo indeterminado.

Por otra parte, los artículos [86](#) de la Constitución Política y [6o](#) del Decreto 2591 de 1991, definen la acción de tutela como un mecanismo preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales de las personas cuando estos se vean amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o excepcionalmente de un particular. Esta acción se caracteriza por ser subsidiaria y residual, lo cual implica que será procedente cuando: a) No exista un mecanismo de defensa judicial o de existir no resulta eficaz, o b) se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

De ahí que, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la tutela para solicitar el reintegro de servidores públicos a los cargos de los que han sido desvinculados, cuando en el caso concreto se advierte la vulneración de un derecho fundamental y se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez que en estos eventos la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados.^[8]

Por consiguiente, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, los sujetos de especial protección constitucional han de ser los últimos en removerse y, en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. “La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia”.^[9]

Por último, en relación con la prestación del servicio médico asistencial a los beneficiarios de empleados públicos que fueron retirados de la entidad como consecuencia de una declaratoria de insubsistencia por concurso de méritos y que en virtud de fallos de tutela deben ser reintegrados a la entidad es menester realizar algunas precisiones.

El Acuerdo 0007 de 2009, expedido por el Consejo Directivo Nacional del SENA, en su artículo [1o](#) dispone:

“A partir del 1 de junio de 2009, no habrá nuevas afiliaciones al Servicio Médico Asistencial del SENA, de beneficiarios de personas que se vinculen a la entidad como empleados públicos desde esa fecha.

Los beneficiarios de las personas que se vinculen al SENA como empleados públicos a partir de la fecha indicada en el inciso anterior, deberán afiliarse al Sistema General de Seguridad Social

en Salud, en la forma y en las condiciones establecidas por la Ley [100](#) de 1993 y las demás normas que la modifiquen, complementen y reglamenten, y los servicios médicos serán prestados por las entidades que integran ese sistema”.

En virtud de lo dispuesto en esta norma, si un servidor público del SENA, después del 1o de junio de 2009, es retirado de la entidad por una cualquiera de las causales previstas en los artículos [25](#) del Decreto 2400 de 1968, [105](#) del Decreto 1950 de 1973, [41](#) de la Ley 909 de 2004 y demás normas legales, y posteriormente vuelve a ser nombrado en esta entidad, nos encontramos frente a una nueva vinculación al SENA, y, en consecuencia, los familiares de este nuevo empleado deben afiliarse al sistema general de salud y no recibirán los servicios médicos asistenciales de la entidad.

En el caso planteado, el artículo [25](#) del Decreto 2400 de 1968, modificado por el artículo 1o del Decreto 3074 de 1968, determina cuándo se entiende que hay retiro del servicio, en los siguientes términos:

“La cesación definitiva de funciones se produce en los siguientes casos:

a. Por declaración de insubsistencia del nombramiento;

b. Por renuncia regularmente aceptada;

c. Por supresión del empleo;

d. Por retiro con derecho a jubilación;

e. Por invalidez absoluta;

f. Por edad;

g. Por destitución; y

h. Por abandono del cargo”.

Por lo anterior, en el evento de haberse presentado retiro del servicio del funcionario del SENA, por algunas de las causales antes anotadas (salvo las excepciones establecidas para los pensionados), se pierde el derecho a que sus beneficiarios continúen afiliados durante la nueva vinculación laboral, así el nuevo nombramiento se haga antes de los 15 días hábiles siguientes, ya que en este tema no hay lugar al reconocimiento de la no solución de continuidad^[10].

Sobre esta figura de la no solución de continuidad se ha pronunciado el Consejo de Estado y el Departamento Administrativo de la Función Pública.

El Consejo de Estado, por vía de consulta, mediante Concepto del 17 de marzo de 1995, Radicación 675, de la Sala de Consulta y Servicio Civil, se pronunció de la siguiente manera:^[11]

“La solución de continuidad”, a que alude la consulta, consiste en que, por disposición legal o de decreto ejecutivo, para los efectos de reconocimiento de determinadas prestaciones sociales, la desvinculación del servicio no es jurídicamente relevante si el empleado público se retira de él y se vuelve a vincular inmediatamente o dentro de un determinado plazo.

En consecuencia, si la ley o el decreto ejecutivo nacional dispone, para el reconocimiento de una prestación social, que la desvinculación del servicio durante un tiempo determinado no

constituye solución de continuidad, ello significa que, para su reconocimiento, se pueden sumar los tiempos servidos antes de la desvinculación y con posterioridad al nuevo ingreso”.

“En cuanto a la pregunta de la “Solución de Continuidad”, ésta Oficina ha enunciado reiteradamente, que la acumulación de tiempos servidos entre entidades de la rama ejecutiva, del orden nacional o de los sistemas que la remitan a ella, es para efectos de acumular tiempos servidos entre diferentes entidades, no aplica para preservar regímenes salariales o prestacionales”.

Por su parte, el Departamento Administrativo de la Función Pública, mediante Concepto del 27 de julio de 2006, No. 2006EE6484 01, precisó lo siguiente:

“Por regla general, cuando un funcionario se retira del servicio, rompe la continuidad en la relación laboral; sin embargo, algunas normas establecen la excepción a esta regla, tal es el caso de la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados (para entidades de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, y las vacaciones en las que se establece, que si el empleado que se ha retirado del servicio y se vincula nuevamente a la misma o a otra entidad del mismo orden), dentro de los quince días hábiles a la fecha de su retiro, se acumulará el tiempo servido con anterioridad a la fecha de su retiro, con el servido después de la segunda vinculación para efectos del reconocimiento del beneficio.

El solo hecho de no transcurrir más de quince días entre el retiro del funcionario y su nueva vinculación con la Administración, no faculta a esta última para que reconozca al servidor el derecho de la no-solución de continuidad para el reconocimiento de sus prestaciones sociales, pues para que ésta figura proceda deben darse los siguientes presupuestos: de un lado que en la nueva entidad a la que se vincule el funcionario se aplique el mismo régimen salarial y prestacional que disfrutaba en la entidad que se retiró y, que la no solución de continuidad se encuentre expresamente consagrada en la ley”.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en Sentencia del 3 de diciembre de 2009, dentro del proceso 2006-00166, al resolver la aplicación de la figura de la solución de continuidad de una funcionaria del SENA que se retiró y fue nombrada en la entidad antes de 15 días hábiles, precisó lo siguiente:

“Así las cosas, resulta claro que como la... se constituye como una causal de retiro del servicio, generando como consecuencia la separación del cargo y el cese del ejercicio de las funciones,... la demandante quedó automáticamente retirada del servicio, y por ello, su posterior vinculación a la entidad como profesional... no puede considerarse como la continuación en el servicio y, en ese sentido, hablarse de que no hubo solución de continuidad, porque se trata de una nueva designación...” (Subrayado fuera de texto).

En definitiva, cuando una persona se retira del servicio por cualquiera de las causales que implican cesación de funciones y se vuelve a vincular a la entidad, se inicia una nueva relación laboral, salvo para aquellas prestaciones que consagren expresamente la aplicación de la no solución de continuidad, pero en materia de servicio médico ninguna norma lo consagra expresamente.

CONCLUSIÓN

De acuerdo con lo expuesto, se concluye que los reintegros por protección especial con ocasión de un fallo de tutela deben ser examinados de forma particular y acogernos a la decisión que el

Juez profiera, teniendo en cuenta lo siguiente:

1. Sera procedente mantener la afiliación al Servicio Médico Asistencial de familiares de los servidores públicos desde el momento del retiro hasta la fecha de vinculación (fecha de posesión), siempre y cuando en el fallo de tutela se hubiese señalado expresamente que el reintegro o vinculación se haría sin solución de continuidad o se hubiese ordenado expresamente dicho reconocimiento.
2. En caso que el fallo de tutela guarde silencio respecto al reintegro o vinculación sin solución de continuidad o al reconocimiento y pago de salarios, beneficios y prestaciones sociales, el reintegro o vinculación se debe considerar como un nuevo nombramiento.

En consecuencia, si el juez de tutela no se ha pronunciado sobre la no solución de continuidad o guarde silencio al respecto, debe realizarse una nueva vinculación con la Entidad, razón por la cual los beneficiarios de las personas que se vinculen nuevamente al SENA como empleados públicos, deberán afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en la forma y en las condiciones establecidas por la Ley [100](#) de 1993 y las demás normas que la modifiquen, complementen y reglamenten, y los servicios médicos serán prestados por las entidades que integran ese sistema.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley [1755](#) de 2015.

Cordial saludo,

Antonio José Trujillo Illera

Coordinador

Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa
Dirección Jurídica - Dirección General

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Artículo [25](#) Constitución “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.”
2. Artículo [53](#) Constitución: “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo

debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.”

3. El artículo [125](#) de la Constitución Política señala: “Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. // Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. // El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. // El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. // En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. // PARÁGRAFO. Parágrafo adicionado por el artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2003. El nuevo texto es el siguiente: Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido”.

4. Sentencia T-373/17

5. En la Sentencia T-106 de 2015, la Corte precisó que cuando se trata de personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta y son discriminadas por su condición médica, la estabilidad laboral reforzada se convierte en el mecanismo idóneo para garantizar el derecho fundamental a la igualdad.

6. En la Sentencia T-292 de 2011[106] esta Corte sostuvo que “(...) la jurisprudencia constitucional ha señalado que, sin importar el tipo de relación laboral y la naturaleza de la discapacidad, todo trabajador que se encuentre en esta situación tiene derecho a que se le garantice la estabilidad laboral reforzada por estar en una condición de debilidad manifiesta”. (Énfasis agregado)

7. Sentencia T-834 de 2012[108] en la que este Tribunal precisó que el derecho a la estabilidad laboral reforzada debe ser protegido sin considerar la denominación del vínculo contractual en virtud del cual los beneficiarios de esa garantía ejercen sus actividades.

8. Corte Constitucional Sentencia T-373/17

9. SU-917 de 2010

10. CONCEPTO 6 DE 2010 (junio 6) Grupo de Conceptos y Producción Normativa Sena Beneficio de Servicio Médico para funcionarios que se retiraron de la entidad y fueron nombrados en cargos de provisionalidad – Solución de continuidad

11. Concepto de fecha 17 de marzo de 1995, Radicación 675, de la Sala de Consulta y Servicio Civil, del Consejo de Estado.



Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

