

CONCEPTO 43270 DE 2022

(junio 24)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: XXXXXXXXXXXX Coordinador Grupo Gestión del Talento Humano - SENA Regional Cauca. XXXXXXXXXXXX

DE: XXXXXXXXXXXX Coordinadora Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa XXXXXXXXXXXX

ASUNTO: CONCEPTO - Vinculación pensionado, mediante convocatoria abierta, como trabajador oficial. Rad. 19-9-2022-004022/19-9-2022-004029.

Respetado Rigoberto,

En respuesta a su comunicación electrónica radicada bajo No. 9-2022-004022 y 9-2022-004029 del 8 de junio de 2022, mediante la cual solicita concepto jurídico, sobre el siguiente tema:

“El SENA Regional Cauca mediante circular 19-2-2022-000925 del 29 de abril de 2022, dio apertura a la convocatoria de personal no vinculado para trabajadores oficiales con el siguiente perfil:

CARGO: Oficial de Mantenimiento Centro de Especialidad Albañilería

Vacantes: 1

IDP. 4119

Centro Teleinformática y Plomería Producción Industrial

Que dentro de los términos establecidos en el cronograma anexo se postuló el señor, xxxxxxxxxxxxxx identificado con cédula de ciudadanía número xxxxxxxxxxxx.

Que se verificó su hoja de vida para requisitos mínimos cumpliendo con lo establecido en el manual de funciones

Que el señor Joover Emilio fue citado a la prueba psicotécnica aprobándola

Que se procede a revisar la hoja de vida del Señor Jiménez Pino, encontrado que en este momento ya es pensionado del INPEC

Que se le envía correo al aspirante pidiéndole documentación que corrobore su situación

En este orden de ideas solicito su concepto jurídico o el proceder teniendo en cuenta que el cargo al cual está concursando es de trabajador Oficial del SENA. si al final del proceso el señor Jimenez Pino es el ganador de este”.

Al respecto nos permitimos indicarle,

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

Para el análisis del presente concepto se tendrán en cuenta los siguientes fundamentos normativos:

Sentencia C-124 de 1996 Corte Constitucional.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=2320>

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante radicado No. 786 del 26 de marzo de 1996, Consejero Ponente: Doctor César Hoyos Salazar.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=3802>

Concepto 178398 de 11 de junio de 2009, expedido por el Ministerio de la Protección Social

<https://cijuf.org.co/conceptosminproteccion/2009/junio/c178398.html>

ANÁLISIS JURÍDICO

En relación con el asunto consultado, es menester precisar que el Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa de la Dirección Jurídica no resuelve casos particulares ni entra a analizar situaciones concretas que son del resorte de las áreas o instancias institucionales que tienen la competencia para abordarlos y resolverlos o brindar la orientación o asesoría pertinente.

Nuestra dependencia emite conceptos de carácter general sobre dudas en la interpretación de las normas jurídicas o cuando quiera que se presenten enfoques diferenciales en su aplicación a fin de dilucidar el tema y lograr la unidad doctrinal.

En este orden de ideas se analizará en abstracto el tema consultado, para que la instancia competente decida lo procedente, a saber:

El derecho al reintegro laboral del pensionado se entiende, obviamente, sin perjuicio de la prohibición de recibir dos o más asignaciones del tesoro público contenida en el artículo [128](#) de la Carta Política. Esta incompatibilidad tiene algunas excepciones consignadas en el artículo [19](#) de la Ley 4a de 1992, que son taxativas y no pueden ampliarse por analogía; por tanto, en los casos eximidos, la persona que sea reintegrada al servicio público dejará de percibir la pensión de jubilación, salvo que esta fuere superior, caso en el cual recibirá únicamente ésta.

El artículo [150](#) de la Ley 100 de 1993, dispone: "(...). Parágrafo. No podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el sólo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso." El artículo [71](#) del Código Civil Colombiano, consagra: "La derogación de las Leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua. Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior".

La Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil - en Sentencia del 28 de marzo de 1984, sobre la derogatoria de las normas, expresó: "(...) la derogación de una ley puede ser expresa, tácita y orgánica. Es de la primera especie cuando la nueva ley suprime formalmente la anterior; es de la segunda, cuando la norma posterior contiene disposiciones incompatibles con las de la

antigua; y es de la tercera, cuando una ley nueva regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería. La derogación tácita encuentra su fundamento o razón de ser en que, existiendo dos leyes contradictorias de diversas épocas tiene que entenderse que la segunda ha sido dictada por el legislador con el propósito de modificar o corregir la primera; (...)" (Subrayas fuera del texto).

De otro lado el entonces Ministerio de la protección social en Concepto 178398 de 11 de junio de 2009, determinó:

“Trabajador pensionado

(...)

Al respecto, debe precisarse a la peticionaria que dentro de la legislación laboral y de seguridad social, no existe norma que impida o establezca sanciones para los empleadores, cuando vinculan personal pensionado; en otras palabras, no existe normatividad que impida la vinculación de un pensionado nuevamente a la fuerza laboral; sin embargo, resulta procedente indicar que respecto a la forma de vinculación de éstos se pronunció el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consulta No. 1480, formulada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, C.P. Susana Montes de Echeverri, mayo 8 de 2003, en los siguientes términos:

“(...) Sin embargo, se podría pensar que a pesar de no existir la posibilidad de vinculación de un pensionado al Sistema General de Pensiones y, por lo mismo, de no poderse realizar nuevas cotizaciones al Sistema para ajustar pensión pues la persona entró a gozar del estatus de pensionado por vejez, si podría darse una relación laboral de tal pensionado.

En opinión de la Sala, no existe tal posibilidad legal por las siguientes razones:

De conformidad con los artículos [15](#) y [17](#) de la ley 100, toda persona que esté vinculada mediante contrato de trabajo o como servidor público tiene que estar afiliada (sic) al Sistema General de Pensiones; por lo mismo, dentro de la filosofía de la ley no es posible generar un tipo de trabajadores o de servidores públicos que no estén afiliados al mismo, lo cual conduce necesariamente a la conclusión de que la ley no permite tal situación.

No siendo posible realizar nuevas cotizaciones al Sistema, de hecho, resultarla que la vinculación de pensionados al sector laboral de la economía, tendría una carga económica inferior para el empleador a la que significa la vinculación de trabajadores que aún no disfrutan de pensión. Esta situación resultarla contraria al espíritu de la ley, pues de aceptarse que un pensionado pueda reincorporarse a la fuerza laboral dependiente, se estaría favoreciendo este tipo de vinculaciones, lo cual, a su turno, atenta contra el propósito legal de auspiciar la creación de empleos para quienes no tienen empleo y para los nuevos trabajadores que ingresan a la fuerza de trabajo del país.

De aceptarse la posibilidad de esa nueva vinculación de pensionados a la fuerza laboral se generarla 'a inaplicabilidad de muchas disposiciones de carácter”

En lo que atañe al pago de los aportes a las Cajas de Compensación, el artículo [17](#) de la Ley 21 de 1982 dispone:

"Para efectos de la liquidación de los aportes al régimen del Subsidio Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Escuela Superior de Administración Pública, (ESAP),

Escuelas Industriales e Institutos Técnicos, se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley Laboral, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por descansos remunerados de ley v convencionales o contractuales". (Negrilla fuera de texto).

En este orden de ideas, el pago de aportes parafiscales incluidos los correspondientes a las Cajas de Compensación, se efectúan tomando como base la nómina, entendida por ésta, la totalidad de pagos efectuados por los diferentes elementos que integran el salario; por lo que no resulta procedente la afiliación de un contratista por cuenta de la empresa contratante a una caja de compensación, en la medida que aquél no recibe salario y por ende, no se encuentra incluido bajo el concepto de nómina que ha señalado la disposición en cita.

Por último, el Departamento Administrativo de la Función Pública, en reciente concepto No. 38401 de 2020, sobre el tema precisó:

“(…)el artículo [29](#), inciso 2 del Decreto 2400 de 1968, modificado por el artículo 1o del Decreto 3074 del mismo año, dispone que la persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar una de las siguientes posiciones: de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de establecimientos públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidas en la respectiva carrera y Secretario Privado de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando el empleado no sobrepase la edad de setenta (70) años, que constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo las excepciones señaladas en el artículo [2.2.11.1.5](#) del Decreto 1083 de 2015, por lo tanto, la vinculación a los cargos anteriormente indicados procede siempre que el empleado no sobrepase dicha edad de retiro forzoso.

EL ARTÍCULO [2.2.11.1.5](#) del Decreto 1083 de 2015 establece que la persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de: 1. Presidente de la República; 2. Ministro del Despacho o Director de Departamento Administrativo; 3. Superintendente; 4. Viceministro o Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo; 5. Presidente, Gerente o Director de entidad descentralizada; 6. Miembro de misión diplomática no comprendida en la respectiva carrera; 7. Secretario privado de los despachos de los funcionarios anteriores; 8. Consejero o asesor; 9. elección popular; 10. Las demás que por necesidades del servicio determine el Gobierno, siempre que no se sobrepase la edad de retiro forzoso.

La Ley [4ª](#) de 1992, “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo [150](#), numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.”, establece:

“ARTÍCULO [19o](#). 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. Exceptúense las siguientes asignaciones:

- a). Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la rama legislativa;
- b). Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;
- c). Las percibidas por concepto de sustitución pensional;
- d). Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;
- e). Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud.
- f). Los honorarios percibidos por los miembros de las juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas.
- g). Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados.

PARÁGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades.”

El Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación No 1480 de mayo 8 de 2003, Consejera ponente: SUSANA MONTES DE ECHEVERRI respecto a la prohibición de percibir doble asignación por parte de los pensionados, señaló:

“Con todo, una vez que el empleado afiliado al sistema general de pensiones adquiera el derecho a la pensión, de conformidad con el parágrafo 3° del artículo [9o](#) de la ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo [33](#) de la ley 100, pierde la estabilidad en el empleo, tanto en el sector público como en el privado”

“De aceptarse la posibilidad de esa nueva vinculación de pensionados a la fuerza laboral se generaría la inaplicabilidad de muchas disposiciones de carácter laboral a tal pensionado-trabajador, pues él no podrá tener la protección de estabilidad en el empleo que dan las leyes laborales, pues por definición del parágrafo 3° del artículo [9o](#) de la ley 797 de 2003, modificadorio del mismo parágrafo del artículo [33o](#) de la ley 100, es justa causa de terminación del contrato de trabajo el haber sido reconocida la pensión de vejez. De tal suerte se crearía una situación laboral del pensionado-trabajador a quien no se le podrían aplicar las normas del C.S. del T., circunstancia que impone la conclusión contraria.

En cuanto a la posibilidad de ingreso al servicio público, las normas propias del servicio civil del Estado, las cuales tienen carácter especial y no han sido derogadas expresamente, establecen la prohibición de la reincorporación al servicio público de un pensionado, salvo en los casos de excepción consagrados o contemplados en la ley:

(...)”

Por otra parte, el Decreto 583 del 4 de abril de 1995 “Por el cual se dictan disposiciones en materia prestacional del sector oficial”, consagra:

ARTÍCULO 1o.- Las personas que se encuentren gozando de pensión de jubilación o vejez y se reintegren al servicio en uno de los empleos señalados en el Artículo [29](#) del Decreto 2400 de 1968 o en uno de elección popular, percibirán la asignación mensual correspondiente. En el

evento de que dicha asignación fuere inferior a la mesada pensional, percibirán adicionalmente la diferencia por concepto de pensión, hasta concurrencia del valor total de esta prestación social.

“ARTÍCULO 2o.- en ningún caso el valor anual que se reciba por concepto de asignación básica mensual, gastos de representación y demás emolumentos salariales, prestaciones sociales que se causen durante el servicio y diferencia por concepto pensional, según el caso, podrá ser superior a lo que le correspondería en el mismo período por concepto de pensión.

Anualmente se solicitará a la entidad de previsión que tenga a su cargo el reconocimiento y pagos de la pensión, que certifique el valor de la misma y en caso de ser inferior a lo recibido por los factores antes enunciados, se deberá reintegrar la diferencia.”

“ARTÍCULO 3o.- Para los efectos del artículo anterior, el pensionado deberá informar de su situación a la entidad de Previsión Social que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, para que suspenda el pago o asuma la diferencia.”

“ARTÍCULO 4o.- La revisión del valor de la mesada pensional, si a ello hubiere lugar, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo Primero (1) de este Decreto, se sujetará a los términos y condiciones previstos en el artículo cuarto (4) de la Ley 17 de 1961.”

Con fundamento en lo expuesto, en criterio de esta Dirección Jurídica, quien tenga el estatus de pensionado, como en el presente caso, le está prohibido por las normas propias del servicio civil, las cuales tienen carácter especial, que sea reincorporado al servicio público, salvo en los casos de excepción consagrados o contemplados en la ley, como en los empleos indicados anteriormente, siempre y cuando no se sobrepase la edad de retiro forzoso”.

CONCLUSIÓN

De conformidad con el desarrollo jurisprudencial y doctrinal expuesto, le manifestamos que, en el caso de su consulta, es necesario revisar varias circunstancias, a saber:

Al haber expedido el Legislador la Ley 100 de 1993 al prever ésta, en el párrafo del artículo [150](#), reformado por el artículo [1o](#) de la Ley 1821 de 2016 (diciembre 30), que el funcionario que ha cumplido los requisitos para pensión, sin haber llegado a la edad de retiro forzoso (70 años), puede seguir vinculado a la administración; a su vez, y por razones de igualdad ante la ley, se permitiría que aquellas personas que aún no han recibido el reconocimiento pensional y no se encuentren fuera del límite de edad de retiro forzoso, podrían acceder a empleos dentro de la administración pública.

El precitado artículo, de manera tácita derogó aquellas disposiciones que establecían la limitación del acceso a la administración pública, para quienes tuvieran la condición de pre pensionados o tengan cumplidos los requisitos sin el reconocimiento de la pensión, teniendo en cuenta que al existir leyes contradictorias expedidas en diferentes épocas se entiende que prevalece la última dictada por el legislador en razón a que ésta modifica o corrige las primeras, en consecuencia es viable que éste pueda acceder al desempeño de empleos públicos, hasta tanto, no se encuentre por fuera de la edad de retiro forzoso.

Ahora bien, en caso de que la persona cuente con la condición ya reconocida de pensionada, sólo podría acceder al servicio, para el ejercicio de los empleos señalados en los Decretos [2400](#) de 1968, [1950](#) de 1973, 2040 de 2002, 4229 de 2004 y 863 de 2008.

Respecto al párrafo anterior, es de anotar, que en el evento de que sea vinculado deberá tener en cuenta la incompatibilidad prevista en el artículo [128](#) de la Constitución Política, relacionada con el hecho de encontrarse percibiendo doble asignación del tesoro público (salario y pensión), es decir, que por mandato expreso de la ley, el pensionado incorporado al servicio público no puede recibir sino la asignación del cargo o ésta y la diferencia en monto con relación al de su pensión, pero no podrá percibir en forma simultánea sueldo y pensión completos. El pensionado deberá informar de su situación a la entidad de previsión social que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión para que suspenda el pago o asuma la diferencia.

No obstante, de la convocatoria anexa a su consulta se evidencia que el cargo a proveer no constituye ninguno de los cargos exentos por Ley para estos fines, en consecuencia, existe una incompatibilidad para el ejercicio del cargo ofertado.

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. Lo anterior no sin advertir, que el mismo se encuentra sujeto a las modificaciones legales y jurisprudenciales que se expidan y acojan dentro del asunto.

Cordialmente,

GLORIA ACOSTA CONTRERAS

Coordinadora Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa - Dirección Jurídica

Dirección General



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

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

