

CONCEPTO 4133 DE 2005

(marzo 28)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

Bogotá, D.C.

Señora

Miryam Jimena Avellaneda Pardo

Calle 135 No. 23 – 65

Bogotá.

Ref. Consulta – Aplicación art. [128](#) de la Constitución Política

Mediante comunicación dirigida a esta Dirección, la consultante solicita se le indique si la prohibición contenida en el art. [128](#) de la Carta Política, es aplicable a la persona que está pensionada por el ISS con tiempos laborados exclusivamente en entidades del sector privado y consecuentemente con aportes netamente parafiscales, y se vincule al servicio del Estado como funcionario público.

Sobre el particular manifestamos lo siguiente:

Al respecto, es necesario precisar lo consagrado en el literal a) del artículo [2o](#) de la Ley 797 de 2003, modificatorio del artículo [13](#) de la Ley 100 de 1993, a saber: “La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes”.

Así mismo, lo reitera el numeral 1o del artículo [3o](#) de la ley 797 de 2003, modificatorio del artículo [15](#) de la ley 100 de 1993, según el cual “Todas las personas vinculadas mediante contrato o como servidores públicos, serán afiliados obligatorios al Sistema General de Pensiones...”

A su turno, el artículo [4o](#) de la ley 797 de 2003, modificatorio del artículo [17](#) de la ley 100 de 1993, señala que “Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen”.

Agrega la norma que “La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

Con relación a la anterior disposición legal, el Consejo de Estado, MP. Susana Montes de Echeverri, con fecha 8 de mayo de 2003, radicación No. 1480, se ha pronunciado así:

“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, sí 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 de 1993, toda persona que esté vinculada mediante contrato de trabajo o como servidor público tiene que estar afiliada 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 resultaría que la vinculación de pensionados al sector laboral de la economía inferior para el empleador a la que significa la vinculación de trabajadores que aún no disfrutaban de pensión. Esta situación resultaría 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 ingresen a la fuerza laboral del país.
- De aceptarse la posibilidad de esta 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 3o del artículo [9o](#) de la Ley 797 de 2003, modificatorio del mismo parágrafo del artículo [33](#) 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”.

Por su parte, el artículo [29](#) del Decreto 2400 de 1968, modificado por el artículo [1o](#) del Decreto 3074 de 1968, según el cual “El empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de Jubilación, cesará definitivamente en sus funciones y será retirado del servicio, dentro de los seis (e) meses siguientes a la fecha en que reúna tales condiciones. No obstante, el Gobierno podrá establecer excepciones para el retiro, cuando las necesidades del servicio lo exijan.

La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe del 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 secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el Gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando que el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años.

Ahora bien, el artículo [1o](#) del decreto 583 de 1995, estableció la manera como debe efectuarse el pago de los servicios a saber: “Las personas que se encuentren gozando de pensión de jubilación o vejez y se reintegren al servicio en uno de los empleos señalados en la disposición normativa anteriormente enunciada 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” (Subrayado por fuera de texto).

En virtud de lo anterior, por mandato expreso de la ley, el pensionado reincorporado al servicio 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.

En consecuencia, se concluye que con la entrada en vigencia la ley [100](#) de 1993, la pensión es única y en tal medida no puede una persona, salvo los casos legalmente previstos, reincorporarse a la vida laboral y por ende a cotizar al Sistema.

Cordialmente,

JAIME EDUARDO RINCON CERON

Director Jurídico Nacional

CPM

Rad. 15634

Aplicación art. [128](#) Constitución Política



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

