



LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL ACCESO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DESDE LA FIGURA DEL “RETEN SOCIAL” ENTRE LOS AÑOS 2018-2019

José Daniel Velásquez López, (abogadajosedanielvelasquez@gmail.com)

Luis Eduardo Franco Hernández, (solucionesjyc@gmail.com)

Especialización en Derecho Laboral

Resumen

Frente a circunstancias político administrativas identificadas en Colombia, precisamente en asuntos laborales en atención a garantías constitucionales, la Corte Constitucional ha fijado precedentes respecto del fuero laboral cuando de estabilidad laboral reforzada se trata, surgiendo la necesidad y el reconocimiento de este fuero a los trabajadores del sector público que se encuentran próximos a adquirir la pensión de vejez, a través de la figura del retén social.

El objetivo del presente artículo es exponer la intervención de la Corte Constitucional frente al tema de la estabilidad laboral reforzada de la figura del retén social, para ello, se desarrolla un análisis normativo y jurisprudencial constitucional de este mecanismo de protección laboral que ha evolucionado a través de esta última, fortaleciendo la protección de quienes se aproximan a recibir la pensión y prolongable al trabajador del sector público.

Palabras clave: Retén social, principios y valores constitucionales, derecho fundamental, garantía constitucional, trabajador del sector público, protección social, régimen pensional.

Abstract

Faced with political administrative circumstances identified in Colombia, precisely in labor matters in response to constitutional guarantees, the Constitutional Court has set a precedent regarding the labor jurisdiction when reinforced labor stability is treated, arising the need and

recognition of this jurisdiction to the workers of the public sector that are close to acquiring the old-age pension, through the figure of social retention.

The objective of this article is to expose the intervention of the Constitutional Court against the issue of reinforced labor stability of the figure of social retention, for this, a normative and constitutional jurisprudential analysis of this mechanism of labor protection that has evolved through of the latter, strengthening protection who are close to receiving the pension and extending to the public sector worker.

Keywords: Social retention, constitutional principles and values, fundamental right, constitutional guarantee, public sector worker, social protection, pension system.

Introducción

Se ha titulado el artículo “La Corte Constitucional y el acceso a la estabilidad laboral reforzada desde la figura del “reten social” entre los años 2018-2019”, para indicarse, esta corporación judicial colombiana ha sido reconocida como una de las instituciones más activas al velar por la integridad y supremacía de la Constitución. Sin embargo, su participación no ha sido igual en todos los campos, ha tenido una atención diferenciada en la protección de derechos y su

intervención en aspectos tradicionalmente relacionados con temas políticos, sociales y económicos, como lo es el tema de la seguridad social.

Es un hecho notorio que la rama judicial no crea leyes, decretos u otras normas jurídicas, pero sí es competente para crear reglas, subreglas o extender derechos, como lo hace la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad, de unificación y tutela con las que se garantizan derechos constitucionales a las personas residentes en Colombia (Sentencia SU-003/2018, T-084/2018, 2019-0084, entre otras de años anteriores que se mencionan en el contenido del artículo. Siendo esta la oportunidad para referir que, a la luz de la Corte Constitucional, la figura legal del retén social surge tras el contexto de la renovación, reestructuración o liquidación de entidades públicas con el fin de brindar garantías laborales y de seguridad social a los servidores públicos que están próximos a la pensión.

El trabajo se elaboró tras la exploración de la Ley, la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional entre los años 2018 y 2019, además de soportarse en providencias de años anteriores que expresamente refieren la figura del retén social en Colombia, perfilaos a partir del principio de interpretación hermenéutico utilizado por la corporación, donde se armonizan derechos, principios y valores constitucionales.

El artículo se desarrolla en tres partes, la primera, haciendo una exposición de la forma en que la Corte Constitucional, la doctrina y la jurisprudencia ha definido la figura de retén social en Colombia; la segunda, se definen criterios normativos y jurisprudenciales respecto de la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados y se finaliza con unas discusiones e implicaciones a tenerse de presente.

Justificación

Es importante dar a conocer los aspectos relevantes de los pronunciamientos de la Corte Constitucional frente a la figura del retén social en los años 2018 y 2019 con el fin de contribuir

a la visibilización de los factores que conllevan la protección laboral reforzada de un grupo de personas a los que se ha denominado prepensionados.

Este artículo pretende abordar el tema desde una exposición de la forma en que la Corte Constitucional, la doctrina y la jurisprudencia ha definido la figura de retén social en Colombia, en un segundo momento se definen criterios normativos y jurisprudenciales respecto de la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados y por último se plantean unas discusiones e implicaciones a tenerse de presente.

La problemática se conocería directamente del enfoque jurisprudencial y normativo en derecho desde un aspecto positivista, conceptual, doctrinal que permitiría presentar resultados reflexivos.

Este artículo se desarrolla por el interés en describir desde un sistema jurisprudencial y normativo, lo relacionado con el retén social y su relación estrecha con la estabilidad laboral y reconocimiento de derechos de aquel grupo de personas que están próximos a pensionarse y que por causas ajenas a su voluntad la entidad para la que laboran entra en liquidación.

Por otra parte, los espacios académicos son idóneos para desarrollar artículos como estos y ayudan a generar conciencia y visibilizar una problemática que debe ser conocida en sociedad, en especial, por aquellas personas a la que se les ve vulnerado o amenazado su derecho a pensionarse.

Planteamiento del problema

Los incrementos desmesurados de la liquidación de empresas del sector público, los altos índices de desempleo, la crisis económica que afronta el país, de manera significativa proyectan en general una relación con el incremento de despidos o planes de retiro consensuado de aquellas personas que poco les falta para alcanzar su pensión.

Atendiendo lo anterior, se dará cuenta de un desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional a partir de un enfoque normativo. De acuerdo con ello, en el presente artículo se plantea la siguiente pregunta:

¿Qué reglas o condiciones específicas ha fijado la Corte Constitucional para garantizar la figura del retén social a los empleados del sector público?

Objetivo General

Exponer cómo la Corte Constitucional ha permitido el acceso a la estabilidad laboral reforzada desde la figura del “reten social” entre los años 2018-2019.

Objetivos Específicos

Mencionar la definición del concepto de retén social designado por la Corte Constitucional, la doctrina y jurisprudencia.

Definir los criterios normativos y jurisprudenciales en materia de estabilidad laboral reforzada del retén social en Colombia.

Marco teórico

En materia laboral y sin distinción alguna para los trabajadores tanto del sector público como privado, al igual que los vinculados a través de la figura de libre nombramiento y remoción en Colombia, entre estos, los prepensionados gozan de especial protección constitucional, legal y jurisprudencial.

La Constitución Política en su artículo 25 establece que, “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”; en igual sentido, en el canon 48 superior, indica que, “la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de

eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley”. (Constitución Política, 1991)

Respecto de los principios mínimos fundamentales para ejercicio del derecho al trabajo y la vigencia directa en las relaciones laborales tiene su amparo en el artículo 53 de la Carta Política:

“Artículo 53. 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.” (Constitución Política de Colombia, Artículos 25,53, 1991)

Es por eso que el Estado Colombiano a través de su carta magna establece en cabeza de éste, la protección especial de todos aquellos grupos de personas y en este caso específico a la población vulnerable laboralmente, que, por sus circunstancias particulares y su posición de indefensión dentro de la sociedad, pueden llegar a ser susceptibles de abusos y discriminación, como en el caso de las personas que, por su avanzada edad, tales como los prepensionados se encuentran en esta situación de debilidad manifiesta.

Jurisprudencia

A fin de proteger el derecho constitucional de la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados, la Corte Constitucional en múltiples pronunciamientos ha señalado que procederá el reintegro o renovación del contrato laboral cuando se configuren las siguientes situaciones, incluso haciéndolo extensivo al sector privado a través de la Sentencia T-357 de 2016:

“a- Cuando su desvinculación suponga una afectación de su mínimo vital derivada del hecho de que su salario y eventual pensión son la fuente de su sustento económico.

b- Cuando la terminación de su contrato ha sido motivada en la edad del actor al no evidenciarse un incumplimiento de las obligaciones contractuales.”

La Honorable Corte Constitucional a través de la Sentencia T-638 de 2016, ha establecido que la estabilidad laboral es una: “garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. La doctrina ha entendido entonces que el principio de estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador

y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado. Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral, y de la especial protección al trabajo, no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo, sino que es necesario que se configure una justa causa, en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales”. (Corte Constitucional, Sentencia T-638, 2016)

Al mismo tiempo, manifiesta que:

“La estabilidad laboral de los prepensionados es una garantía constitucional de los trabajadores del sector público o privado, de no ser desvinculados de sus cargos cuando se encuentren ad portas de cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez. De otro lado, no basta la mera condición de prepensionado, sino que se precisa verificar si hubo afectación de los derechos fundamentales”.

En el entendido que, si la estabilidad opera para todos los trabajadores, en el caso que venimos observando, con mayor razón se presenta para la protección de las personas en condición de prepensionados, en razón a que durante este periodo es donde se requiere mayor respeto y asistencia a su condición por parte del empleador, casos en los que operaría la presunción de despido por discriminación en juicio de su edad avanzada, debiendo asumir la carga de la prueba el empleador para que afirme el factor objetivo que le admita efectuar legalmente el despido.

Ley 790 de 2002

Las sentencias antes mencionadas y sus antecedentes soportan la Ley 790 de 2002, norma que plantea el procedimiento para desarrollar una renovación de la administración pública, además de incluirse en esta una protección especial a los empleados estatales que pudieran ser vulnerables ante la posible liquidación de empresas u otras entidades y que les faltara tres años

para pensionarse. Es a esto a lo que se le conoce como el origen de retén social, plataforma de la estabilidad reforzada que aplica jurisprudencialmente para los pensionados:

“Artículo 12 Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley” (Congreso de la República, Ley 790, 2002)

Categorización del retén social y su aplicación en Colombia.

Para la Corte Constitucional “la profunda significación de la categoría de las personas próximas a pensionarse surge de dos ejes funcionales dentro del Estado colombiano, que no son otros que el papel protagónico asignado al jefe del ejecutivo en la determinación de la estructura de la administración, artículo 189, numeral 15, que le otorga amplias posibilidades en el diseño de los distintos sectores que la conforman; y el carácter social del Estado colombiano, artículo 1 de la Constitución, que obliga a que todas las funciones ejercidas por los entes públicos tengan como fundamento y límite el principio de protección social que debe inspirar toda decisión tomada por las instituciones al interior del Estado.

Lo anterior, origina que programas como la renovación de la administración pública tengan el imperativo jurídico de coherencia y armonía con el principio de Estado social al momento de diseñarse y deban, a su vez, involucrar contenidos sociales en los proyectos a través de los cuales se concretan”. (Corte Constitucional, Sentencia SU-897, 2012)

En este sentido, la corporación con el fin de asegurar la estabilidad laboral reforzada en los procesos de reestructuración administrativa y tratándose de las personas próximas a pensionarse, el legislador ha concretado esta protección especial a través de la Sentencia T-729 de 2010, manifestando que:

“(…) la Ley 790 de 2002, en la que prevé mecanismos especiales de estabilidad para los trabajadores o funcionarios que se verían particularmente afectados en los procesos de reforma institucional, como concreción de los mandatos contenidos en los incisos 3º y 4º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en los postulados constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres, los niños, las personas de la tercera edad y las personas con discapacidad”. (Constitución Política, 1991)

En la citada Ley, el Congreso de la República estableció, como ámbito de aplicación del reten social, los programas de renovación o reestructuración de la administración pública del orden nacional; determinó que su finalidad es la de garantizar la estabilidad laboral y el respeto a la dignidad humana para las personas que de hecho se encuentren en la situación de cabezas de familia, los discapacitados y los servidores públicos próximos a pensionarse, prohibiendo su retiro del servicio y fijó como límite temporal de la protección, el vencimiento de las facultades extraordinarias conferidas al presidente mediante la citada ley. (Corte Constitucional, Sentencia C-795, 2009)

Respecto de la condición de sujeto prepensionado, la Corte delimitó este concepto para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador en la sentencia C-795 de 2009, enunciando que:

Definición de prepensionado: tiene la condición de prepensionado para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de procesos de renovación de la administración pública, el servidor público próximo a pensionarse al cual le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez. (Corte Constitucional, Sentencia C-795, 2009)

El momento a partir del cual se [debe contabilizar] el parámetro temporal establecido para definir la condición de prepensionado (...) En relación con el (...) momento histórico a partir del cual se contabilizarían esos tres (3) años previos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, este debe adecuarse al nuevo contexto normativo generado por la expedición de la Ley 812 de 2003 y el pronunciamiento de la Corte efectuado en la sentencia C-991 de 2004 sobre esta norma; en ese nuevo marco, la jurisprudencia ha estimado que el término de tres (3) años o menos, debe contabilizarse a partir de la fecha en que se declara la reestructuración de la entidad de la administración pública. (Corte Constitucional, Sentencia C-991, 2004)

Al mismo tiempo en la Sentencia T-768/2005, aclara que aunque la protección laboral reforzada contenida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, se circunscribió en su momento a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, la Corte Constitucional ha sentenciado que dicha protección, es de origen supralegal, la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores; se trata en consecuencia de una aplicación concreta de las aludidas garantías constitucionales que están llamadas a producir sus efectos cuando quiera que el ejercicio de los derecho fundamentales de

estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculcado. La implementación de este tipo de medidas responde a imperativos constitucionales que se desprenden de los artículos 13, 42, 43 y 44 superiores, entre otros, y que constituyen en sí mismos fines esenciales en el Estado Social de Derecho. (Corte Constitucional, Sentencia T-768, 2005)

En ese mismo sentido, las sentencias T-768/2005, SU-897/2012 y T-824/2014, han reiterado el carácter constitucional de la protección laboral otorgada en la Ley 790 de 2002 y, en consecuencia, su aplicación a todos los servidores públicos, es decir, no es exclusivo de la Rama Ejecutiva, nivel central. (Corte Constitucional, Sentencia T-638, 2016)

Sin embargo, el artículo 12 del Decreto 190 de 2003 que reglamenta parcialmente esta ley, expresa tácitamente los destinatarios del retén social, según las definiciones del artículo 1° de este decreto. Por tanto, el artículo 13, enuncia las reglas y fija el trámite para hacer efectiva la estabilidad laboral, indicando, que los organismos y entidades que modifiquen sus plantas de personal dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública en el orden nacional. La aplicación de esta protección especial se basa en las certificaciones expedidas por los jefes de personal o quienes hagan sus veces y en las valoraciones del tipo de limitación previstas en el numeral 13.1 del artículo 13 de este mismo Decreto, donde el secretario general de la respectiva entidad analizará, dentro del estudio técnico correspondiente a la modificación de la planta de personal y teniendo en cuenta la misión y los objetivos del organismo o entidad, el cargo del cual es titular el servidor público que se encuentra en alguno de los grupos de la protección especial y comunicará a los jefes de la entidad respectiva los cargos que de manera definitiva no podrán ser suprimidos o las personas a quienes se les deberá respetar la estabilidad laboral.

En caso de supresión del organismo o entidad, la estabilidad laboral de los servidores públicos que demuestren pertenecer al grupo de protección especial de que trata el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, se mantendrá hasta la culminación del Programa de Renovación de la

Administración Pública conforme a lo establecido en el artículo 16 de este decreto.

(Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 61631, 2019)

Es por eso que, en materia de protección laboral reforzada, la Ley 790 de 2002 ha previsto el denominado “reten social”, como la figura que se circunscribe específicamente para los programas de renovación o reestructuración de la administración pública del orden nacional, norma que luego fue complementada y modificada por la Ley 812 de 2003, y los Decretos 190 y 396 de 2003, conjunto normativo que suele agruparse bajo este mismo nombre.

Definición de “retén social” para la Corte Constitucional.

La corporación ha definido este mecanismo de garantía de estabilidad laboral reforzada, en los siguientes términos:

Mecanismo por medio de la cual se buscó que, en los procesos de reforma institucional, se otorgara una protección más intensa que a los demás servidores públicos, en materia permanencia y estabilidad en el empleo a las madres cabeza de familia sin alternativa económica, a las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y a los servidores que al momento de la liquidación estuviesen próximos a obtener su pensión de jubilación o de vejez. De no contarse con tal protección, en virtud de la fusión, reestructuración o liquidación de las entidades públicas objeto del programa de renovación referido, esas personas quedarían desprotegidas y cesantes laboralmente, al igual que sus hijos menores o aquellas personas que dependieren económica o afectivamente de ellas. (Corte Constitucional, Sentencia C-795, 2009)

Para otros juristas, es una medida afirmativa de protección laboral tendiente a dar cumplimiento a la igualdad real y efectiva consagrada en la Constitución, que busca que en los procesos de reforma institucional se otorgue una protección mayor, en materia de permanencia y estabilidad en el empleo a ciertas categorías de sujetos, son ellas las personas con limitaciones

físicas, mental, visual o auditiva; las madres y padres cabeza de familia sin alternativa económica y las personas próximas a pensionarse. (Corte Constitucional, Sentencia T-455, 2011)

Respecto de la garantía de Estabilidad laboral reforzada de personas próximas a pensionarse, la estabilidad laboral de los prepensionados es una garantía constitucional de los trabajadores del sector público o privado, de no ser desvinculados de sus cargos cuando se encuentren ad portas de cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez. De otro lado, no basta la mera condición de prepensionado, sino que se precisa verificar si hubo afectación de los derechos fundamentales. (Corte Constitucional, Sentencia C-795, 2009)

La estabilidad laboral reforzada derivada del llamado “retén social”, no es de carácter absoluto, pues no existe un derecho fundamental a la conservación perpetua del trabajo o a la permanencia indefinida en el mismo. Así, en el marco de los ajustes institucionales propios de los procesos de reestructuración de la administración pública, se debe garantizar la permanencia de los servidores públicos que tengan derecho a la protección especial derivada del retén social. (Corte Constitucional, Sentencia T-084, 2018)

La estabilidad laboral del retén social se traduce en el ‘derecho a permanecer en el cargo hasta el último acto de liquidación de la entidad, salvo que se configure una justa causa de despido y ésta sea verificada por la autoridad laboral correspondiente. (Corte Cosntitucional, Sentencia SU-377, 2014)

Para la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, la estabilidad laboral reforzada de la que gozan los prepensionados no es solo aquella que se desprende del retén social, sino que es una garantía susceptible de exigirse (i) ante la existencia de un vínculo laboral administrativo de funcionarios nombrados en propiedad o en provisionalidad y (ii) en los eventos en los que al solicitante desvinculado de su lugar de trabajo le falten 3 años o menos para cumplir los

requisitos, edad y tiempo de servicio o semanas cotizadas, para adquirir el derecho pensional. (Corte Constitucional, Sentencia T-376, 2016)

No obstante, dicha estabilidad laboral reforzada para los prepensionados no constituye un derecho absoluto, pues en caso de existir una justa causa el empleador podrá desvincular al trabajador de su lugar de trabajo. Contrario a ello, si el empleado es apartado de su cargo debido a su condición de persona próxima a pensionarse o sin tomar en cuenta tales condiciones y sin existir justa causa que lo amerite, se activa la protección laboral. (Corte Constitucional, Sentencia T-595, 2016)

Criterios normativos y jurisprudenciales de estabilidad laboral reforzada y retén social en Colombia

Tratándose de la protección laboral reforzada, la Ley 790 de 2002, posteriormente complementada y modificada por la Ley 812 de 2003 y los Decretos 190 y 396 de 2003, conjunto normativo al que suele agruparse bajo el nombre de “retén social”, ha previsto esta denominación como la figura que se circunscribe específicamente para los programas de renovación o reestructuración de la administración pública del orden nacional.

A través de esta norma, el Congreso de la República estableció como ámbito de aplicación del retén social, programas de renovación o reestructuración de la administración pública del orden nacional; determinó que su finalidad es garantizar la estabilidad laboral y el respeto a la dignidad humana para las personas que de hecho se encuentren en la situación de cabezas de familia, los discapacitados y los servidores públicos próximos a pensionarse, prohibiendo su retiro del servicio y fijó como límite temporal de la protección, el vencimiento de las facultades extraordinarias conferidas al presidente mediante la citada ley (Concepto 61631, 2019). (Sentencia C-1039/2003, T-587/2008, C-795/2009)

Precisamente esta ley lo desarrolla a través del artículo 12, Protección especial. “De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley”. (Congreso de la República, Ley 790, 2002)

Respecto de los destinatarios expresa la norma “Dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública no podrán ser retirados del servicio las madres cabezas de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años, según las definiciones establecidas en el artículo 1° del presente decreto” (Presidencia de la República, Decreto 190, 2003)

Y, frente a su trámite, el artículo 13 de este mismo Decreto expresa que para hacer efectiva la estabilidad laboral de que trata el artículo anterior, los organismos y entidades que modifiquen sus plantas de personal dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública en el orden nacional respetarán las siguientes reglas:

13.1 Acreditación de la causal de protección

(...)

d) Personas próximas a pensionarse: Sin perjuicio de que el servidor público que considere encontrarse en este grupo adjunte los documentos que acreditan la condición que invoca, los jefes de personal o quienes hagan sus veces deben verificar que a los servidores que puedan

encontrarse en estas circunstancias en efecto les falten tres (3) años o menos para reunir los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez, y expedir constancia escrita en tal sentido. (Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 61631, 2019)

El jefe del organismo o entidad podrá verificar la veracidad de los datos suministrados por el destinatario de la protección.

Interpretación de la Protección Social y límite temporal por la Corte Constitucional

Al respecto, la posición de esta corporación frente al artículo 12 de la Ley 790 de 2002, se remite al Literal D -Renovación de la administración pública- del artículo 8 de la Ley 812 de 2003, “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, publicada en el Diario Oficial No. 45.231 de 27 de junio del mismo año.

Donde, los beneficios de rehabilitación profesional y técnica que describe el Capítulo 2 de esta Ley, serán aplicables a los servidores públicos retirados del servicio en desarrollo del programa de renovación de la Administración Pública del orden nacional, a partir del primero de septiembre de 2002 y hasta el 31 de enero de 2004. Esta es una estrategia social que pretendía brindar protección especial a la población más vulnerable, con beneficios más allá de los previstos por la ley, con limitaciones en su cobertura en un tiempo considerado prudente para la rehabilitación laboral buscada.

Por su parte, el reconocimiento económico previsto en el artículo 8 de la misma ley, será pagado durante un plazo no mayor de 12 meses; respecto de los programas de mejoramiento de competencias laborales a que refiere el artículo 12, así como la protección especial, salvo en lo relacionado con los servidores próximos a pensionarse, cuya garantía deberá respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez.

Con ocasión a la inexequibilidad de la vigencia antes señalada, la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-991/2004, manifestó que el programa de renovación de la administración pública y plan de protección social, es un retroceso en la protección del derecho al trabajo de los empleados con discapacidad o padres o madres cabeza de familia:

“A pesar de que el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 estableció una protección laboral reforzada a madres y padres cabeza de familia y discapacitados (personas con limitación física, mental, visual o auditiva) sin establecerle límite temporal, la Ley 812 de 2003 sí lo fijó. La Sala observa que con la modificación del artículo 12 de la Ley 790 de 2002 introducida por el legislador se presentó un retroceso en la protección del derecho al trabajo de los empleados de las entidades reestructuradas que presentaban alguna discapacidad o eran padres o madres cabeza de familia. Tal retroceso en la protección de los derechos sociales se suma al desconocimiento del mandato dirigido al Estado de proteger especialmente a las personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.” (Congreso de la República, Ley 790, 2002)

Este Plan de Protección Social (vigencia máxima hasta el 31 de enero de 2004 se cuestiona), fue enunciado en el numeral 1.1.2. de la Directiva Presidencial No 10 del 20 de agosto de 2002, y plasmado en los artículos 8 a 12 de la Ley 790 de 2002, reglamentado por el Decreto 190 de 2003 y su vigencia establecida en la Ley 812 de 2003, Plan Nacional de Desarrollo.

Reestructuración ésta que implicó para la administración un despido mayor de personas que superó considerablemente el porcentaje de individuos beneficiados con la figura de estabilidad laboral reforzada del “reten social” y que sólo al límite fijado (y hasta el 31 de enero de 2004) tendría un beneficio medio de llegar a mantenerse vigente, ante la eficiencia del manejo de los fondos públicos. Periodo dentro del cual debía cumplirse con la primera fase del programa (de reestructuración de la administración), esto es, las reformas verticales.

En términos de la Corte Constitucional, este beneficio medio no tiene otra explicación si se tiene en cuenta que: “en mayor o menor medida, la desvinculación de los funcionarios también representaba productividad para la entidad a la cual estaban vinculados lo cual implica que para determinar el efectivo aumento en la eficiencia de la Administración se debe realizar una sumatoria entre la productividad que pierde con la desvinculación y la erogación que deja de realizarse en virtud de la desvinculación del funcionario” (Corte Constitucional, Sentencia C-991, 2004) . Porque una vez, realizada la sumatoria en aplicación de la regla de ponderación para que una limitación sea exequible y logre la disminución del beneficio conseguido para la eficiencia, el grado de beneficio del fin buscado por el legislador debe ser tanto mayor cuanto mayor sea la afectación del principio constitucional en colisión; para compensar las medidas de austeridad tomadas por el Gobierno en materia de redimensionamiento de la fuerza laboral, se estableció la política de “retén social” donde el Plan de Protección Social que tenía vigencia límite hasta el 31 de enero de 2004, periodo dentro del cual debía cumplirse con la primera fase del programa de reestructuración de la administración en reformas verticales, estableciendo la inexequibilidad del último inciso del artículo 8, literal D, de la Ley 812 de 2003.

Esto quiere decir, que hasta el 31 de enero de 2004 se cerraba el plazo de la primera fase del programa de renovación administrativa y su extensión se fijó teniendo en cuenta el tiempo previsto para la terminación de la misma. Además, puesto que la estrategia social pretendía brindar una protección especial a la población más vulnerable, brindándoles beneficios más allá de los previstos por la ley, debía ser limitada en su cobertura en un tiempo considerado prudente para la rehabilitación laboral buscada. Es de aclarar, que por reformas verticales se entendió en el Documento CONPES 3248 el proceso “que hace énfasis en la necesidad de repensar los sectores, analizando cuál debe ser el papel del Estado en cada uno. La unión de la reflexión sobre el papel del Estado en el sector y la necesidad de ajustar correspondientemente las estructuras

organizacionales de las entidades cabeza de sector, sus redes institucionales y sus recursos humanos, administrativos y financieros”. (Sentencia C-991/2004)

El plazo establecido tiene su razón de ser en la culminación de la primera fase del programa de renovación administrativa y su extensión se fijó teniendo en cuenta el tiempo previsto para la terminación de tal fase. Además, puesto que la estrategia social pretendía brindar una protección especial a la población más vulnerable, brindándoles beneficios más allá de los previstos por la ley, debía ser limitada en su cobertura en un tiempo considerado prudente para la rehabilitación laboral buscada. (Corte Constitucional, Sentencia C-991, 2004)

Respecto al derecho a la igualdad, la norma de protección social sólo ampara a las personas desvinculadas en la marcha de una reforma vertical, no a cualquier persona que pueda resultar desvinculada de una entidad por supresión de cargo. Medida que es razonable, toda vez que es legítimo a la luz de la Constitución procurar la eficiencia y la eficacia en las labores estatales (Const., 1991, art. 209). Además, la medida es legítima, en cuanto constituye una acción afirmativa a favor de las personas más débiles. En efecto, por un lado, el reconocimiento económico del artículo 8 de la Ley 790 de 2002 se otorga a empleados no directivos provisionales o de libre nombramiento y remoción que no tienen, según las disposiciones de Ley, derecho a indemnización; por otro lado, el “retén social” es aplicable a personas con limitaciones físicas o mentales y a la madre o el padre cabeza de familia.

Por último, respecto a los derechos de los trabajadores es preciso mencionar que los beneficios consagrados en la Ley, por ir más allá de la protección común laboral, no pueden entenderse como derechos ordinarios.

Estabilidad laboral reforzada de los prepensionables.

Esta protección se consagra en la ley para servidores públicos (Ley 790 de 2002); sin embargo, la Corte Constitucional a través de la Sentencia T-357/2016, amplió el alcance de la

misma, haciéndola extensiva a empleados prepensionables del sector privado, indicando en esta que se hacía necesario evaluar la edad del empleado, sus recursos económicos, limitando la terminación del contrato cuando el salario sea la única fuente de ingreso que éste tenga, o cuando sea el único ingreso que le garantice una vida en condición digna. Además, de definir en esta el concepto de prepensionado como “las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que le falten 3 años o menos para acreditar la edad de pensión de vejez o teniendo la edad para pensionarse le faltará 156 semanas o menos de cotización al sistema pensional y así consolidar su derecho a la pensión”.

En igual sentido se ha definido en la Sentencia SU-003/2018, al manifestar que acredita la condición de “prepensionable”: “las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión”. En otras palabras, los prepensionables son aquellos empleados a quienes les falten tres años de su edad o de tiempo de servicios para que se les reconozca la pensión, hasta el momento de su inclusión en la nómina de pensionados.

En esta sentencia, la Corte Constitucional unificó la jurisprudencia constitucional en relación con el alcance del fuero de estabilidad laboral reforzada de los prepensionables, señalando que si el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, habiendo cumplido el empleado con el requisito de semanas mínimas cotizadas, no habrá estabilidad laboral reforzada, puesto que se trata de un requisito que puede ser cumplido por el empleado con posterioridad, con independencia de la existencia del contrato de trabajo. Así mismo, la Corte aclara que el fuero de prepensionados es diferente al “retén social” que aplica para entidades

públicas, indicando que los prepensionables son aquellos empleados del sector público o privado que les falten menos de tres años para consolidar su derecho a la pensión de vejez. (Corte Constitucional, Sentencia SU-003, 2018)

Entonces, la protección de estabilidad reforzada para el prepensionado, entendido como el derecho de protección especial del que goza un trabajador para evitar el retiro de su cargo o la terminación de su vinculación laboral, si éste, pone en riesgo o en situación de vulnerabilidad el derecho a la pensión y el ingreso mínimo de la persona.

Contexto nacional del prepensionado

Frente a la crisis que vive el país cuando se refiere a cobertura pensional, la Fundación para la Educación Superior y el Desarrollo (Fedesarrollo), ha manifestado que:

El sistema pensional colombiano, originado en la reforma de la Ley 100 de 1993, no ha logrado solventar de forma satisfactoria las funciones de protección social que debe cumplir. Pues, esta presenta baja cobertura, ineficacia de los mecanismos de solidaridad, inequidad en el otorgamiento de subsidios y el alto costo fiscal.

De acuerdo a la tesitura del cuaderno 58 de Fedesarrollo, los elementos para una propuesta de reforma del Sistema de Protección Económica para la vejez en Colombia, esta crisis de cobertura se hace evidente cuando se hace el análisis de los dos componentes utilizados para medir esta, estos son: (i) la acumulada de ahorro de los cotizantes durante su vida laboral y (ii) la des acumulada que el porcentaje de adultos mayores que reciben una pensión, a saber:

En términos de la fase de acumulación, los niveles de cobertura del sistema en la población activa son apenas cercanos al 35%. El problema más grave es que las tasas más bajas de cotización se concentran precisamente en la población más vulnerable (panel B). Además, los trabajadores que logran aportar a pensión tienen que mostrar una alta densidad en las cotizaciones para cumplir los requisitos para una pensión mínima.

La cobertura en la fase de des acumulación, esto es, el porcentaje de adultos mayores que recibe una pensión, resulta en la actualidad inferior al 25% de acuerdo con estimaciones realizadas a partir de encuestas de hogares. Más preocupante aún es que según varios estudios, como Núñez y Castañeda (2012) y Vaca (2012), el porcentaje de los actuales trabajadores afiliados que cumplirá los requisitos mínimos para una pensión en el futuro se reduciría a alrededor del 17%; López y Lasso (2012), por su parte, estiman que la probabilidad de pensionarse de los actuales trabajadores es mucho menor, de 8,7% para el RPM y 11,1% para el RAIS, con una probabilidad mucho menor de los no calificados (1,5%) que de los calificados (35%-45%).

El porcentaje de cotizantes activos dentro de la población ocupada es de cerca del 35%, del total de la población mayor en edad de pensionarse apenas 24% cuentan con una pensión contributiva de alguno de los dos regímenes, y se estima que bajo los parámetros actuales esta cifra se reduzca a niveles cercanos al 17% en 2050.

Los bajos niveles de cobertura del sistema pensional colombiano, tanto en términos del porcentaje de cotizantes como del porcentaje de adultos mayores que reciben una pensión responde en alto grado a la alta incidencia de la informalidad laboral en Colombia.

Para la Asociación Nacional de Instituciones Financieras (ANIF) y respecto de la misma crisis ha indicado que, paradójicamente, bajo un escenario de este tipo, los pagos pensionales a cargo del fisco estarían descendiendo de sus niveles actuales del 4.1% del PIB hacia el 1.1% del PIB en 2050. Esto se explica por la baja cobertura pensional de solo el 30%, lo cual representará todo un drama social, ya que la población mayor de 60 años se habrá prácticamente triplicado (pasando de 5.5 millones a 15 millones hacia 2050). Cabe recordar que el RPM actualmente cuenta con el 27% de los afiliados y atiende el 95% de los pensionados, pero debido a las altas exigencias de tiempo y densidad de cotización (mínimo 25 años) estas obligaciones pensionales se irán

diluyendo en el tiempo, dejándonos con menor presión fiscal, pero con esa preocupante “bomba social” de gran cantidad de ancianos con riesgo de indigencia. (Clavijo, 2017)

Discusiones e implicaciones

La figura del “retén social” creada por la Ley 790 de 2002, cuyo margen de aplicación se circunscribe a procesos de renovación, reestructuración o liquidación de entidades públicas, es uno de los múltiples mecanismos previstos para garantizar los derechos fundamentales de los prepensionados. De allí, que es importante no confundirlo con la también figura de “estabilidad laboral de las personas próximas a pensionarse” (Sentencia T-186/2013). Tal diferencia radica en que “reten social” debe entenderse como “una medida de protección dirigida a personas puestas en condiciones de especial vulnerabilidad, que se implantó en el marco del programa de renovación y modernización de la administración pública” (Sentencia T-178/2009), y “La estabilidad laboral de los prepensionados” es la garantía constitucional de los trabajadores del sector público o privado, de no ser desvinculados de sus cargos cuando se encuentren a portas de cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez”. (Sentencia C-795/2009)

La Corte Constitucional respecto de la “estabilidad laboral reforzada” de la que gozan los prepensionados no es solo aquella que se desprende del retén social, sino que es una garantía susceptible de exigirse (i) ante la existencia de un vínculo laboral administrativo de funcionarios nombrados en propiedad o en provisionalidad y (ii) en los eventos en los que al solicitante desvinculado de su lugar de trabajo le falten 3 años o menos para cumplir los requisitos, edad y tiempo de servicio o semanas cotizadas, para adquirir el derecho pensional. En todo caso, el examen en sede de tutela de estas hipótesis exige un estricto examen de subsidiariedad, tal y como la Corte lo ha hecho en esta oportunidad. No obstante, dicha estabilidad laboral reforzada para los prepensionados no constituye un derecho absoluto, pues en caso de existir una justa causa el empleador podrá desvincular al trabajador de su lugar de trabajo. Contrario a ello, si el

empleado es apartado de su cargo debido a su condición de persona próxima a pensionarse o sin tomar en cuenta tales condiciones y sin existir justa causa que lo amerite, se activa la protección laboral”. (Corte Constitucional, Sentencia T-357, 2016)

En los apartes jurisprudenciales citados, se hace distinción a la protección laboral reforzada de que son sujetos los prepensionables, de la figura de “retén social” creada por el legislador para proteger a los trabajadores en condiciones de debilidad manifiesta –cabezas de hogar, discapacitados o prepensionados– cuando debido a procesos de reestructuración o modernización de las entidades del Estado, se vieran separados de sus cargos.

Aunque recientemente la Corte interpretó en la Sentencia SU-003/2018, el alcance del fuero de estabilidad laboral reforzada de los prepensionables, aclarando la inexistencia del fuero de prepensionados cuando al empleado sólo le falte acreditar el requisito de edad y que aplicaría sólo para el Régimen de Prima Media, hay incertidumbre de existencia del fuero de prepensionados para empleados del Régimen de Ahorro Individual y para aquellos casos en los cuales la terminación del contrato supone un riesgo para la consolidación del derecho pensional, por no haber cumplido el mínimo de semanas cotizadas para acceder a su pensión de vejez.

De allí, que a fin de prever eventuales reintegros laborales por el despido de empleados prepensionables, el empleador antes de hacer efectivo el despido de empleados, deberá analizar el cumplimiento de requisitos, el régimen pensional al que estos pertenecen, procedimiento que se dificultaría tratándose de empleados afiliados al Régimen de Ahorro Individual, que no están sujetos al cumplimiento de edad o semanas cotizadas.

Si bien, el fuero de prepensionables busca proteger derechos fundamentales como el de la vida digna y la Seguridad Social de los empleados, el hecho de no encontrarse claramente regulado en la ley o en la jurisprudencia, tiene eco directamente en el mercado laboral, conllevando a que los empleadores tomen la determinación de terminar los contratos de trabajo

antes de que estos lleguen a ser prepensionables, afectando la posibilidad de ubicarse nuevamente en el mercado laboral y continuar cotizando al sistema de pensiones, debido a que la edad se convierte en un indicador de falta de probabilidades de competencia laboral y donde también juega papel importante el salario como fuente de ingresos. (Corte Constitucional, Sentencia T-357, 2016)

Sin embargo, pese a la existencia de suficiente jurisprudencia referente a la estabilidad laboral y la Ley 790 de 2002, que prevé mecanismos especiales de estabilidad para los trabajadores o funcionarios que se verían particularmente afectados en los procesos de reforma institucional y en aras de la necesidad de salvaguardar el derecho a la pensión que deberían gozar los trabajadores, dada la ardua dificultad que afronta Colombia cuando de cobertura pensional se refiere, por lo que se hace necesario del diseño de una protección especial para todas las personas que se encuentren en estado de prepensionados, que le garantice la estabilidad laboral o el aporte a la seguridad social bajo un estudio individual del caso, enfocado a impedir el que el contratante desgarre de manera discriminatoria y arbitraria tal relación. Protección especial que deberá elevar a rango legal, teniendo en cuenta los diferentes y numerosos pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional, como en el caso de la Sentencia T-357 de 2016, donde se amparan los derechos de los prepensionados y todas aquellas garantías de la estabilidad laboral reforzada, la cual se deriva del derecho fundamental a acceder a los derechos ya adquiridos, pero de los cuales, aún no gozan de ellos.

Sería conveniente que dentro de tal protección especial, se clasifique al trabajador de acuerdo a su tipo, como por ejemplo, la creación de medidas para los servidores públicos de carrera administrativa, otras para los provisionales, otras para los de libre nombramiento y remoción y, otras para los trabajadores del sector privado y que además, se cree la posibilidad para el caso de las personas independientes que se encuentren en condición de prepensionados y que no

acrediten un ingreso mayor a un salario mínimo y que no estén vinculados laboralmente o no cuenten con un contrato de prestación de servicios puedan realizar el pago sólo y exclusivamente al sistema de seguridad social en pensión, gozando del servicio subsidiado de salud, como un incentivo para la formalización pensional del trabajador independiente que no goce de ingresos superiores a un salario mínimo para poder terminar su aporte y gozar del derecho a la pensión. (P.L.147-219C Prepensionados).

Conclusiones

En el marco

Referencias

- Clavijo, S. (23 de octubre de 2017). Elementos Para Una Reforma Estructural Pensional. *La República*. Obtenido de <https://www.larepublica.co/analisis/sergio-clavijo-500041/elementos-para-una-reforma-estructural-pensional-2561735>
- Congreso de la República, Ley 790. (2002). Bogotá. D.C (27 de diciembre 2002). Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0790_2002.html
- Constitución Política de Colombia, Artículos 25,53. (1991). Bogotá. D.C (6 de Julio 1991), secretario: Dr. Jacobo Pérez Escobar. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html#1
- Constitución Política, 1. (1991). Constitución Política, 1991. Bogotá. D.C: Senado de la República.
- Corte Constitucional, Sentencia C-674. (2005). Bogotá. D.C (30 de junio 2005), Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional, Sentencia C-795. (2009). Bogotá D.C (4 de noviembre 2009, Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional, Sentencia C-991. (2004). Bogotá D.C (12 de octubre de 2004), Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional, Sentencia SU-003. (2018). Bogotá. D.C (8 de febrero 2018), Magistrado Ponente: Dr. Carlos Bernal Pulido. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU003-18.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia SU-897. (2012). Bogotá, D.C (31 de octubre 2012), Magistrado Ponente: Dr. Alexei Julio Estrada.

- Corte Constitucional, Sentencia T-084. (2018). Bogotá. D.C (5 de marzo 2018), Magistrada Ponente: Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Corte Constitucional, Sentencia T-357. (2016). Bogotá. D.C (6 de Julio 2016), Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-357-16.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia T-376. (2016). Bogotá. D.C (15 de Julio 2016), Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Linares Cantillo.
- Corte Constitucional, Sentencia T-455. (2011). Bogotá. D.C (26 de mayo 2011), Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional, Sentencia T-595. (2016). Bogotá. D.C (31 de octubre 2016), Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Linares Cantillo.
- Corte Constitucional, Sentencia T-638. (2016). Bogotá. D.C (16 de noviembre 2016), Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional, Sentencia T-768. (2005). Bogotá. D.C (25 de Julio de 2005), Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araújo Rentería.
- Corte Constitucional, Sentencia SU-377. (2014). Bogotá. D.C (12 de junio 2014), Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa.
- Presidencia de la República, Decreto 190. (2003). Bogotá. D.C (30 de enero 2003), presidente: Dr. Álvaro Uribe Vélez. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=7542>