

Estabilidad laboral trabajador Pre- Pensionado.

Mintrabajo Concepto No 71064 de 2021

Consulta respecto Estabilidad Laboral Trabajador Pre- Pensionado., esta Oficina se permite de manera atenta, atender sus interrogantes, mediante las siguientes consideraciones generales:

Alcance de los conceptos emitidos por esta Oficina Asesora Jurídica:

Antes de dar trámite a su consulta es de aclararle que esta Oficina Asesora Jurídica solo estaría habilitada para emitir conceptos generales y abstractos en relación con las normas y materias que son competencia de este Ministerio, de conformidad con el Artículo 8º del Decreto 4108 de 2011 y por ende no le es posible realizar declaraciones de carácter particular y concreto. De igual manera, el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el art. 41 del D.L. 2351 de 1965, modificado por el art. 20 de la ley 584 de 2000, dispone que los funcionarios de este Ministerio no quedan facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión esté atribuida a los jueces.

Así mismo es importante dejar claro al consultante, que el derecho de petición de rango constitucional supone para el Estado la obligación de responder las peticiones que se formulen, pero no obliga a hacerlo en el sentido que quiera el interesado, por lo que el derecho de petición no supone que la Administración deba acceder a pedido, tal y como lo ha mencionado reiteradamente la Corte Constitucional en extensa jurisprudencia la respuesta a las consultas están al margen de que la respuesta sea favorable o no al consultante, pues no necesariamente se debe acceder a lo pedido. (Sentencia T-139/17).

Hecha la precisión anterior, las funciones de esta Oficina es la de absolver de modo general las consultas escritas que se formulen sobre la interpretación y aplicación de las normas de la legislación colombiana sin que le sea posible pronunciarse de manera particular y concreta por disposición legal, por tal razón se procede a resolver los interrogantes de manera conjunta mediante las siguientes consideraciones:

Frente al caso en concreto:

En cuanto a la garantía de retén social y o fuero del pre-pensionado, es importante aclarar que son dos figuras constitucionales completamente diferentes, que protegen a los trabajadores que están próximos a pensionarse.

Estos dos amparos tienen en común, que operan en favor de los trabajadores que están a tres años o menos de cumplir con los requisitos para acceder a una pensión de vejez o jubilación, Si embargo el retén social, opera únicamente en aquellos casos en los cuales el trabajador próximo a pensionarse, se encuentra vinculado a una entidad pública objeto de reestructuración o modificación en el marco de la renovación de la administración, mientras que el fuero de estabilidad laboral reforzada es una garantía que ampara a todo aquel trabajador que se encuentra próximo a pensionarse, estando a tres años o menos de cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, ya sea que se encuentre vinculado en el sector privado o público.

A continuación se procederá a exponer las características de cada uno de los amparos con el fin de dar claridad sobre estas dos figuras, las cuales tienen como finalidad proteger a los trabajadores que están próximos a pensionarse, de no ser despedidos o desvinculados hasta que no le sea reconocida la pensión de vejez o jubilación y se ingrese en nómina de pensionados.

RETEN SOCIAL-FUERO DEL PRE-PENSIONADO

En cuanto al denominado fuero del pre-pensionado, se iniciará por indicar que, este amparo de rango constitucional le antecede la figura denominada retén social la cual surgió durante el proceso de renovación pública que sufrió el país a raíz de la entrada en vigencia de la Constitución Nacional de 1991, cuyo objetivo era la reestructuración y modificación de la administración, con esto, permitir que su funcionamiento fuera más eficiente y eficaz

Esto conllevó a que fueran suprimidos varios cargos de las entidades públicas, con el respectivo retiro de los funcionarios, que en ocasiones se encontraban próximos a pensionarse, viendo afectado su derecho a la seguridad social, al no alcanzar a cumplir con todos los requisitos para acceder a una pensión de origen legal o convencional.

Esta circunstancia generó la necesidad de establecer garantías en favor de los servidores que veían afectados sus derechos laborales y de

seguridad social, con la fusión y supresión de empleos de las plantas de personal de las entidades públicas.

Razón por lo cual, a través de la ley 790 de 2002 se estableció la protección reforzada conocida inicialmente como reten social, el cual garantizaba la estabilidad laboral de ciertos grupos de trabajadores, dentro de los que se encontraban, las madres solteras cabezas de familia, los discapacitados y aquellos que estaban próximos a pensionarse.

Sin embargo dicha protección fue perdiendo su fuerza por el paso del tiempo, pues dicha garantía, solo amparaba a servidores públicos que les faltaba tres años para cumplir con los requisitos que les permitiera acceder a la pensión de vejez, a partir de la promulgación de la ley 790 de 2002.

Por tal razón la Corte Constitucional en su jurisprudencia, estableció que este fuero constitucional beneficia a todos aquellos servidores públicos que les falten tres años para acceder a una pensión de vejez y que se encuentren vinculados a una entidad que se encuentra en proceso de liquidación, siendo indiferente la temporalidad establecida en esta ley, esto permitió que se le garantizara a los trabajadores al servicio del estado el derecho a acceder a una pensión de vejez aun cuando se procediera a la liquidación o reestructuración de la entidad pública a la cual se encontraba vinculado.

También estableció que este fuero debe garantizar a los trabajadores que están próximos a pensionarse, a contar con las respectivas cotizaciones a seguridad social en pensiones aun cuando la entidad se haya extinguido, siendo necesario que el liquidador realice las previsiones necesarias para tal fin.

En cuanto al fuero de estabilidad laboral del pre-pensionado, la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos ha definido y delimitado las características de esta figura, estableciendo entre otras cosas que, este amparo es diferente a la protección denominada retén social, pues la estabilidad laboral del pre-pensionado es una garantía de rango constitucional, que no se encuentra supeditada a lo establecido en una regulación de orden legal, como es el caso del retén social, el cual, tan solo es una de las formas de protección de los trabajadores que se encuentran próximos a cumplir con los requisitos para acceder a una pensión de vejez, y que son desvinculados de una entidad pública que es reestructurada o liquidada a causa del proceso de renovación de la administración, así fue expuesto en sentencia T-186 de 2013 en los siguientes términos:

“Con todo, debe hacerse una distinción conceptual de especial importancia para la solución de los problemas jurídicos materia de esta decisión. El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los pre pensionados no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público.

Por ende, la Corte desestima lo expresado por los jueces de instancia, en el sentido de confundir la estabilidad laboral reforzada de los pre pensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad y en el marco de los procesos de restructuración de la Administración Pública.”

Respecto a los requisitos o condiciones que debe cumplir el trabajador, para estar amparado por el fuero de estabilidad laboral reforzada, la alta corporación determinó que, todas aquellas personas que les falten tres años o menos para adquirir el estatus de pensionados, cuentan con dicha protección, ya sea que se encuentren trabajando en el sector público o privado, protección que no se limita a aquella situación, en donde un trabajador se encuentra inmerso en un proceso de liquidación de una entidad pública.

“la condición de pre pensionado, como sujeto de especial protección, no necesita que la persona que alega pertenecer a dicho grupo poblacional se encuentre en el supuesto de hecho propio de la liquidación de una entidad estatal y cobija incluso a los trabajadores del sector privado que se encuentren próximos a cumplir los requisitos para acceder a una pensión por lo que puede decirse que tiene la condición de pre pensionable toda persona con contrato de trabajo que 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.”

Debiendo mantener a dicho trabajador en su puesto de trabajo, hasta que le sea reconocida la pensión de vejez y sea incluida en la nómina de pensionado.

“4.6. Por lo antes expuesto, se puede concluir que para dar por terminada la relación laboral de un trabajador -tanto del sector público como del

sector privado- que cumpla con los requisitos para acceder al derecho pensional, cuando tal desvinculación afecte su mínimo vital y esa circunstancia esté probada en el expediente, se requiere que: (i) la pensión de vejez este reconocida; y (ii) la persona sea incluida en nómina de pensionados.”

En caso de ser retirado del empleo, el trabajador pre-pensionado debe ver afectados sus derechos fundamentales, para que le sea amparado su fuero de estabilidad laboral, siendo necesario realizar un estudio en cada caso para determinar la procedencia de la protección constitucional.

“7.3. Esta Corporación también ha sostenido que no basta la mera calidad de pre pensionado para proteger a las personas que se encuentren en esta situación, ya que se requiere, además, que su desvinculación ponga en riesgo sus derechos fundamentales, como el mínimo vital, dada la edad en que se encuentra quien es retirado del mercado laboral, por las dificultades en que queda para obtener su sustento y el de su familia. Es decir, en los eventos de retiro de personas a quienes les falten tres (3) o menos años para adquirir el status de pensionados debe analizarse cada caso concreto para establecer si se ponen en riesgo sus derechos fundamentales.”

En la sentencia T-055 de 2020, se expuso una serie de reglas sobre el ámbito de aplicación de este fuero de estabilidad laboral, excluyendo del amparo constitucional a los trabajadores que están por cumplir en tres años o menos la edad para adquirir el derecho a la pensión de vejez pero ya cuentan con el número de semana mínimas requeridas o que están a tres años o menos de cumplir con la edad, pero a más de tres años de cumplir con las semanas mínimas requeridas para la pensión de vejez.

Frente a la aplicación del fuero de estabilidad laboral reforzada del pre-pensionado en los contratos a término fijo, en sentencia T-693 de 2015 se determinó que los trabajadores que cumplan con los presupuestos establecidos por la alta corporación para ser objeto de protección, y sean contratados bajo esta modalidad, cuentan con el amparo constitucional del fuero de estabilidad laboral reforzada del pre pensionado, por lo tanto, no pueden ser desvinculados a causa del cumplimiento del plazo establecido en el contrato.

“4.5. En la sentencia T-824 de 2014[46], la Corte revisó el caso de un trabajador oficial -vinculado mediante contratos de trabajo a término fijo de seis meses prorrogables- que se desempeñaba como conductor del Banco Agrario y fue retirado del cargo por el vencimiento del término

contractual pactado, sin que previamente le hubiera sido reconocida su pensión, pese a que reunía los requisitos para acceder a ella.

La Sala Tercera de Revisión, después de estudiar (i) la estabilidad laboral reforzada de las personas que se encuentran cercanas a obtener la pensión de vejez; (ii) la jurisprudencia constitucional relacionada con la finalización de los contratos de trabajo a término fijo renovables indefinidamente y (iii) la terminación del contrato de trabajo por el cumplimiento de los requisitos para reclamar la pensión de vejez; revocó la sentencia de segunda instancia y en su lugar confirmó la sentencia de primera instancia que concedía el amparo deprecado. Ordenó al Banco Agrario que reintegrara al trabajador hasta tanto le fuera reconocida la pensión de vejez e incluido en nómina de pensionados”

De conformidad con lo expuesto, el fuero de estabilidad laboral del pre-pensionado es un amparo constitucional, con el que cuentan aquellos trabajadores, tanto del sector privado como del público, que estén a tres años o menos de cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, que en principio impide que sean despedidos o retirados de su cargo, hasta que le sea reconocido la pensión de vejez y se incluya en la nómina de pensionados, amparo que también se encuentran beneficiados aquellos trabajadores contratados a término fijo.

Sin embargo en estos casos es necesario tener en cuenta el tipo de vinculación y las causas de la terminación del vínculo, pues este tipo de fuero tiene límites, los cuales dependerán de los términos en los cuales se contrató al trabajador y las causales de terminación del contrato, al respecto la Corte Constitucional en la sentencia T-055 de 2020, estableció que esta protección en aquellos casos en los cuales el trabajador que se encuentra próximo a cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, se encuentra vinculado por ejemplo a través de un contrato por obra o labor, dicha vinculación debe mantenerse siempre y cuando no se haya finalizado la obra.

“A efectos de establecer el alcance de la protección constitucional de pre pensionados, debe recordarse que la misma no se traduce, per se, en una permanencia indefinida en el empleo, así como tampoco puede desprenderse de ella una cláusula según la cual las relaciones de trabajo son permanentes. De ello se sigue que la estabilidad laboral para las personas que cuenten con la condición de pre pensionados, no puede entenderse de manera absoluta dado que, en todo caso, será importante analizar la naturaleza del vínculo y el contexto de la terminación contractual. Así, en lo referido a la naturaleza jurídica del contrato de obra o labor, regulado en el artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo,

habrá de asumirse que la relación laboral subsistiemientras no se haya finalizado la obra para la cual fue contratado el trabajador.

De conformidad con las consideraciones realizadas sobre los alcances de la protección constitucional que otorga el fuero de estabilidad laboral del pre-pensionado, solo es posible determinar la procedencia de este amparo al analizar la naturaleza del vínculo y la terminación del mismo.

Para mayor información, se invita a consultar nuestra página web www.mintrabajo.gov.co, en donde entre otros aspectos de interés, se encuentra tanto la normatividad laboral como los conceptos institucionales, los cuales servirán de guía para solventar sus dudas en esta materia.

La presente consulta se absuelve en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el Artículo 1° de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

FIRMADO EN ORIGINAL

ARMANDO BENAVIDES ROSALES

Coordinador

**Grupo de Atención a Consultas en Materia Laboral de la Oficina
Asesora Jurídica**