

MEMORANDO

RADICACIÓN CORRESPONDENCIA	
	I- 2020 - 18166
Fecha	20/02/2020
No.	I-2020-10987

24 FEB 2020

DE: FERNANDO AUGUSTO MEDINA GUTIERREZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica**PARA:** RICARDO MORENO PATIÑO
Director de relaciones con los sectores de educación superior y educación para el trabajo**ASUNTO:** Concepto sobre procedencia de la estabilidad laboral reforzada para contratistas de prestación de servicios profesionales en condición de prepensionados**REFERENCIA:** I-2020-10987

Respetado doctor Moreno:

De conformidad con su solicitud del asunto, elevada mediante el radicado de la referencia, esta Oficina Asesora Jurídica procederá a emitir concepto, de acuerdo a sus funciones establecidas los literales A y B¹ del artículo 8 del Decreto Distrital 330 de 2008, y en los términos del artículo 28 del CPACA, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, según el cual, por regla general, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

1. Consulta jurídica.

Previamente, le precisamos que esta Oficina Asesora Jurídica (OAJ) no resuelve casos concretos, por ende, no define derechos, no asigna obligaciones y tampoco establece responsabilidades; sino que emite conceptos jurídicos, entendidos como respuestas a consultas claras, concretas y precisas en forma de pregunta sobre un punto materia de cuestionamiento, duda o desacuerdo que ofrezca la interpretación, alcance y/o aplicación de una norma jurídica o la resolución de una situación fáctica genérica relacionada con el sector educativo.

"Artículo 8º Oficina Asesora de Jurídica. Son funciones de la Oficina Asesora de Jurídica las siguientes:

A. Asesorar y apoyar en materia jurídica al Despacho del Secretario y demás dependencias de la SED.

B. Conceptuar sobre los asuntos de carácter jurídico que le sean consultados por las dependencias de la SED y apoyarlas en la resolución de recursos."

Bajo ese entendido, sus consultas han sido sintetizadas así:

Personas contratadas para prestar sus servicios profesionales en la Dirección de Relaciones con los Sectores de Educación Superior y Educación para el Trabajo de la Secretaría de Educación Distrital, han solicitado la prórroga del contrato con fundamento en que están a menos de dos (2) años de obtener la pensión de vejez y cuentan con el número de semanas requerido para ello.

Frente lo anterior formula los siguientes interrogantes:

- “
1. ¿Cuáles son las condiciones de pre pensionados en Colombia?
 2. ¿En qué consiste la estabilidad reforzada y en qué casos aplica?
 3. ¿ES posible aplicar el principio de estabilidad reforzada, como desarrollo jurisprudencial a un contratista que tiene la condición de pre pensionado?
 4. ¿En caso de ser negativa la respuesta, existe violación respecto a la expectativa cierta respecto del derecho a la pensión de vejez?

2. Marco jurídico.

- 2.1. Constitución Política de Colombia de 1991 artículo 122 y 123.
- 2.2. Decreto Ley 3135 de 1968 artículo 5 empleados públicos y trabajadores oficiales
- 2.3. Ley 790 de 2002. artículo 12 se refiere a la protección especial para servidores públicos en calidad de prepensionados.
- 2.4. Decreto 190 de 2003 reglamentario de la Ley 790 de 2002 artículo 12 y 13 protección especial.
- 2.5. Ley 909 de 2004 “ por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.
- 2.6. Ley 80 de 1993, numeral 3º del artículo 32 define el contrato de prestación de servicios.
- 2.7. Decreto 1082 de 2015 artículo 2.2.1.2.1.4.9. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.
- 2.8. Decreto 1083 de 2015 protección especial en caso de supresión del empleo como consecuencia de una reforma de planta de personal artículo 2.2.12.1.1.1 definiciones y 2.2.12.1.2.1 destinatarios.
- 2.9. Ley 100 de 1993: “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.
- 2.10. Resolución 2126 del 12/12/2017, que adoptó el Manual Integrado de Contratación de la Secretaría de Educación del Distrito.

3. Análisis Jurídico.

Para responder la consulta se abordarán los siguientes temas: 3.1) Formas de vinculación con la administración pública 3.2) estabilidad laboral reforzada para personas en condición de prepensionados. 3.3) conclusiones 3.4) respuestas a las preguntas formuladas.

3.1 Formas de vinculación con la administración pública

La Constitución Política de Colombia contempla en su artículo 123 el término genérico de “servidor público” que incluye entre otros a los empleados públicos y trabajadores oficiales.²

A su vez consagra en el inciso primero del artículo 125 que *“los empleos en los órganos y entidades del estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.”*

En esa medida la Carta Política recoge lo dispuesto en el Decreto Ley 3135 de 1968 que en su artículo 5º, definió quienes son considerados empleados públicos y trabajadores oficiales, así: *“Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. Las personas que presten sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado, son trabajadores oficiales; sin embargo los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”.*

Bajo este entendido, el personal al servicio de la administración pública a nivel nacional o territorial se clasifica en miembros de corporación pública, empleados públicos, trabajadores oficiales o trabajadores que se rigen por las normas del derecho privado y teniendo en cuenta su forma de vinculación se rigen por diferentes disposiciones en materia de ingreso, permanencia y retiro de la siguiente manera:

1.1 Empleados públicos que corresponden a los servidores cuya vinculación es legal y reglamentaria que se formaliza a través del acto de nombramiento y la posesión.

Por ende su relación laboral se encuentra establecida por la ley o por reglamentos. Los requisitos, funciones, jornada laboral, remuneración y prestaciones, situaciones administrativas, evaluación de desempeño, bienestar, estímulos, capacitación, causales de retiro y responsabilidad disciplinaria se encuentran determinados en el manual de funciones o en la ley.

² Concepto marco 07 de 2017 DAFP “De acuerdo con lo prescrito en el artículo 123 de la Constitución Política, el término “servidor público” es genérico, el cual engloba varias especies, entre las cuales se encuentran los empleados y los trabajadores del Estado, denominados comúnmente empleados públicos y trabajadores oficiales.

El empleado público a su vez se clasifica en:

- a) Carrera administrativa, que se constituye en la regla general, cuya provisión definitiva de estos empleos se realiza a través de un nombramiento en período de prueba, una vez el servidor ha superado un concurso público de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil. De manera transitoria, el empleo puede proveerse mediante nombramiento provisional, mientras se adelanta el respectivo concurso o el empleo se encuentra temporalmente vacante.
- b) Libre nombramiento y remoción, cuya provisión y retiro se efectúan en virtud de la facultad discrecional del nominador para proveer los empleos de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 5 de la Ley 909 de 2004.
- c) De periodo fijo: que son aquellos definidos en la Constitución o en la ley con esta naturaleza, como son el Personero, el Contralor, el Director de Empresa Social del Estado, entre otros.
- d) Temporales: Estos empleos se crean para cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración.

1.2. Miembros de corporación pública: Son aquellos servidores que integran los cuerpos colegiados de elección directa que representan al pueblo en los niveles nacional y territorial, cuyos requisitos, funciones, inhabilidades e incompatibilidades y forma de elección se encuentran definidos en la Constitución Política

1.3. Trabajadores oficiales; Son aquellos servidores vinculados mediante un contrato de trabajo que regula el régimen del servicio que va a prestar, permitiendo la posibilidad de discutir las condiciones aplicables en materia salarial, prestacional, jornada laboral, entre otros aspectos. Los pactos y convenciones colectivas, el reglamento interno de trabajo, los laudos arbitrales, hacen parte del contrato de trabajo. Son la regla general en las empresas industriales y comerciales del Estado.

1.4. Trabajadores que se rigen por el derecho privado Se vinculan a la administración mediante un contrato de trabajo según las normas del Código Sustantivo de Trabajo. Tienen la posibilidad de discutir las condiciones aplicables en materia salarial, prestacional, jornada laboral, entre otros aspectos. Los pactos y convenciones colectivas, el reglamento interno de trabajo, los laudos arbitrales, hacen parte del contrato de trabajo. Son la regla general en las sociedades de economía mixta y las empresas de servicios públicos domiciliarios en el orden nacional y territorial.

1.5. Supernumerarios: Son auxiliares de la Administración vinculados a ella de manera temporal únicamente en casos de vacancia temporal de los empleados públicos como consecuencia de las licencias o vacaciones que no pertenecen a las plantas de personal permanentes.

Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.1.4.9 del Decreto 1082 de 2015 que definen este tipo de servicios así: *“Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.*

Razón por la cual, las entidades estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando cuenten con la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate, previa verificación de la entidad u organismo que requiere de tales servicios para satisfacer la respectiva necesidad.

En este sentido, a diferencia de la relación laboral si bien es cierto se configura una prestación personal del servicio, el pago de una remuneración denominada honorarios por el servicio u oficio realizado, no se genera una relación de subordinación que imponga cumplimiento de horarios o condiciones de dirección sobre la persona en su calidad de contratista⁵.

Bajo este entendido, y como quiera que la respectiva necesidad a satisfacer no es recurrente, las entidades y organismos hacen uso de ésta forma de colaboración estatal a través de la contratación directa por prestación de servicios (profesionales y/o apoyo a la gestión) que por su naturaleza temporal se encuentra limitada al cumplimiento del objeto contractual y de las obligaciones que de aquel se derivan, estableciendo para ello un plazo determinado de ejecución del citado objeto convenido.

Es esa misma temporalidad la que conlleva a que las entidades y organismos públicos financien este tipo de contratos por lo general con recursos de los proyectos de inversión a su cargo y en ese sentido las necesidades a satisfacer con la suscripción de los mismos debe justificarse con base en los objetivos, actividades, productos, metas e indicadores definidos en el respectivo plan de desarrollo, así como de los planes de acción y estratégicos de las mencionadas entidades u organismos estatales.

3.2 Estabilidad laboral reforzada para personas en condición de prepensionados.

La Ley 790 de 2002 que expide disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública en su artículo 12 al referirse a la protección especial, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 12 y 13 del Decreto 190 de 2003 reglamentario de la citada Ley señala lo siguiente: artículo 12 *“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, 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*

⁵ Sentencias C-154 de 1997 y C-614 de 2009 de la Corte Constitucional.

En este orden de ideas, los anteriores servidores antes referenciados ejercen un empleo público entendido este como “el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.”³

Lo anterior implica que dada la vocación de permanencia de los empleos públicos se ha previsto un régimen general a partir de lo preceptuado en el artículo 122 de la Carta Política según el cual *“No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.”*⁴

A partir de ésta premisa constitucional los empleos públicos de cada entidad y organismo deben estar contemplados en su planta de personal, de conformidad con lo consagrado constitucionalmente en los artículos 305 numeral 7 y 315 numeral 7 para el orden territorial.

Además que las funciones y requisitos generales de los empleos están definidos en la ley que para el nivel territorial se encuentran contempladas en el Decreto Ley 785 de 2005.

Con base en lo anterior, cada entidad y organismo deberá establecer su propio manual específico de funciones y requisitos, en el cual se establecen las competencias laborales generales para los empleos públicos de los distintos niveles jerárquicos de las entidades a las cuales se aplican los Decretos Ley 770 y 785 de 2005 exceptuando los empleos cuyas funciones y requisitos se encuentran señalados en la Carta Política o en una norma especial.

Así mismo, los emolumentos de los empleos deben constar en el presupuesto aprobado para cada entidad u organismo.

Por otro lado, otro tipo de colaboradores con los que cuenta la administración pública son las personas que prestan servicios profesionales y/o de apoyo a la gestión cuya relación con el estado se encuentra materializada en contratos de prestación de servicios que por supuesto no constituyen una relación laboral y se rigen por lo previsto en el artículo 32 numeral 3 de la Ley 80 de 1993 que establece lo siguiente: *“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”*.

³ El Decreto 770 de 2005 en su artículo segundo define así el empleo público

⁴ Sentencia 2000-01400 de mayo de 2016. Consejo de Estado Sala de lo contencioso administrativo sección segunda- subsección A CP: Gabriel Valbuena Hernández se refiere a los tipos de vinculación con entidades públicas: legal y reglamentaria, laboral contractual y los contratos de prestación de servicios, así como el régimen jurídico aplicable.

Además la Corte Constitucional en otro fallo sostiene que *“el fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral de los prepensionados no se circunscribe al retén, sino que deriva de mandatos especiales de protección contenidos en la Constitución Política y del principio de igualdad material que orden dar un trato especial a grupos vulnerables. 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**. (Sentencia T-326 de 2014 **negrita fuera de texto**).*

3.3 Conclusiones

Como se puede evidenciar, al revisar la normas antes señaladas, así como los pronunciamientos proferidos por la Corte Constitucional se han referido a la aplicación de la estabilidad laboral reforzada de los servidores públicos en condición de prepensionados que ejercen empleos públicos y resulta lógico en la medida que ésta figura de protección especial se tenía prevista inicialmente tal y como lo establecieron la Ley 790 de 2002 y los decretos 190 de 2003 y 1083 de 2015 frente a los programas de renovación de la administración pública para prohibir el retiro de los servidores públicos próximos a pensionarse, es decir que les falten tres (3) años o menos para reunir los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez.

Lo anterior, habida cuenta de que la naturaleza del empleo público es de carácter permanente, y es por ello que no se tiene prevista la aplicación de ésta protección especial, es decir la estabilidad laboral reforzada para los contratistas por prestación de servicios profesionales y/o de apoyo a la gestión que se encuentren en condición de prepensionados, cuya relación de colaboración con el estado es de carácter temporal, entendida como un acuerdo de voluntades supeditada al cumplimiento del objeto convenido y de las obligaciones que de aquel se derivan dentro de un plazo de ejecución definido por la Entidad u organismo, que se encuentra regulada en la normativa vigente sobre contratación estatal principalmente en la Ley 80 de 1993 y el Decreto 1082 de 2015.

Es más, en reciente Sentencia de Unificación SU-003 de 2018 la Corte Constitucional manifestó que los empleados públicos de libre nombramiento y remoción en condición de prepensionados no gozan de estabilidad laboral reforzada, aduciendo que *“..Este tipo de empleos, tal como se indicó supra, exigen el máximo grado de confianza por parte de sus nominadores y, por tanto, de discrecionalidad en cuanto a su nombramiento y remoción. Por tanto, extender la protección individual de la garantía de estabilidad laboral reforzada a estos servidores supondría desconocer, de modo absoluto, la finalidad o naturaleza de estos empleos, la cual se ha considerado ajustada a la Constitución, entre otras, en las sentencias C-195 de 1994 y C-514 de 1994.”*

Bajo este entendido y analizando de manera analógica la citada sentencia de unificación si la Corte Constitucional en virtud de la cual se unificó la jurisprudencia constitucional en cuanto al alcance del fuero de estabilidad laboral reforzada de las prepensión consideró que a los empleados públicos de libre nombramiento y remoción en condición de prepensionados no se les aplica la estabilidad laboral reforzada a pesar de formar parte de los empleos públicos con

tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años (*negrita fuera de texto*).

(..) artículo 13 “ Trámite. 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.*

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

13.2 Aplicación de la protección especial

Con base 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 anterior, 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.”

En ese mismo sentido el Decreto 1083 de 2015 que expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública al referirse a la protección especial en caso de supresión del empleo como consecuencia de una reforma de planta personal señala que se entiende por prepensionado o servidor próximo a pensionarse: *“Aquel al cual le faltan tres (3) años o menos, para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o de vejez, al momento de la supresión del empleo”. Y en virtud de la citada protección no podrá retirarse del servicio. (..)”*.

Sobre el particular, es importante señalar que la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados ha tenido un desarrollo jurisprudencial que trasciende el marco de lo establecido en la Ley 790 de 2002 es decir a los procesos de reestructuración estatal o de renovación de la administración pública, recalcando que *“la mera condición de prepensionado no es suficiente para ser sujeto especial de protección constitucional sino que su **desvinculación** supone una afectación de su mínimo vital derivada del hecho de que **su salario** y eventual pensión son la fuente de su sustento económico”*(Sentencia T-357 de 2016 *negrita fuera de texto*).

vocación de permanencia, con mayor razón ésta figura de protección especial no es predicable respecto a las personas naturales o jurídicas que presten al estado servicios profesionales y/o de apoyo a la gestión dada la naturaleza temporal de su labor.

3.4 RESPUESTAS

3.4.1 ¿Cuáles son las condiciones de prepensionados en Colombia?

Se consideran pre pensionados las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado que están próximas (dentro de los tres años siguientes) para acreditar los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez.

3.4.2 ¿En qué consiste la estabilidad reforzada y en qué casos aplica?

La estabilidad laboral reforzada es una garantía de protección especial definida en la ley y con amplio desarrollo jurisprudencial tendiente a beneficiar a personas vinculadas mediante relación laboral es decir en ejercicio de un empleo público en el sector público o al sector privado pertenecientes a los siguientes grupos de población en situación de vulnerabilidad manifiesta:

- Condición de discapacidad o limitaciones físicas o psicológicas que le impiden realizar su trabajo.
- Mujeres en estado de embarazo, madres cabeza de hogar.
- Trabajadores que cuentan con fuero sindical.
- Pre pensionados.
- Madres y padres cabeza de familia.

3.4.3 ¿Es posible aplicar el principio de estabilidad reforzada, como desarrollo jurisprudencial a un contratista que tiene la condición de pre pensionado?

Como se señaló anteriormente, la jurisprudencia constitucional se ha referido es a la procedencia de la estabilidad laboral reforzada de los servidores públicos en condición de pre pensionados, lo cual se reafirma con la Sentencia SU 003 de 2018 mediante la cual se unificó la jurisprudencia constitucional en cuanto al alcance del citado fuero de estabilidad laboral reforzada, figura de protección especial que no se hace extensiva a las personas naturales o jurídicas que prestan servicios profesionales o de apoyo a la gestión con la misma condición en las entidades y organismos del sector público con la misma condición.

3.4.4. ¿En caso de ser negativa la respuesta, existe violación respecto a la expectativa cierta respecto del derecho a la pensión de vejez?

Teniendo en cuenta los deberes de las entidades contratantes y los derechos de los contratistas no resulta pertinente abordar la presente inquietud, habida cuenta de las precisiones realizadas con antelación sobre el particular.

En los anteriores términos se da respuesta a su solicitud de concepto.

Finalmente, recuerde que puede consultar los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica en la página web de la Secretaría de Educación del Distrito <http://www.educacionbogota.edu.co>, siguiendo la ruta: Nuestra entidad / Normatividad / Conceptos Oficina Jurídica/ Conceptos emitidos por la OAJ.

Cordialmente,

FERNANDO AUGUSTO MEDINA GUTIÉRREZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: María Camila Cótamo Jaimes
Revisó: Fernando Augusto Medina Gutiérrez