

CONCEPTO 40809 DE 2022

(junio 14)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

REFERENCIA: Concepto Jurídico. “Situación especial protección prepensionado”. Radicado 01-9-2022-019840,

Procede este Despacho a responder su solicitud del asunto en referencia.

ANTECEDENTES

Atendiendo el escrito de la consultante, (...) indaga lo siguiente: “/Al tratarse de una persona que adelanta un proceso ante la jurisdicción para que se declare la ineficacia del traslado entre los Regímenes de Pensión, ¿se deben aplicar las reglas para la protección especial establecida en la jurisprudencia, para el RPM o para el RAIS? //¿Hasta cuándo debe extenderse la protección especial de la funcionaria nombrada en provisionalidad?”

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son generales y no particulares, es decir, frente a temas específicos, porque para estas particularidades es competencia del área de relaciones laborales. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes previo estudio y análisis del caso en particular conforme a las competencias propias del área solicitante.

MARCO JURÍDICO

1. Ley [100](#) de 1993
2. Ley [797](#) de 2003
3. Circular [3-2022-000053](#). SENA
4. El Concepto No. 20216000243771, de 12 de julio de 2021

CONSIDERACIONES

5. Ley [100](#) de 1993

Los regímenes pensionales en Colombia conforme lo señalan la Ley [100](#) de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones” contempla en el artículo [12](#), que el Sistema General de Pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, a saber:

- a. Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, el cual es administrado actualmente por la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES) adscrita al Ministerio del Trabajo.
- b. Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Es administrado por los Fondos de Pensiones

Privados.

3. Ley [797](#) de 2003 “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley [100](#) de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”, en el artículo 9 que modifica el artículo [33](#) de la Ley 100 de 1993, establece los requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Donde el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Estos requisitos son obligatorios para los afiliados al RPM.

Para el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad está administrado por los Fondos de Pensiones Privados.; en este régimen, está determinado que el afiliado cuente con el capital suficiente en su cuenta individual (incluyendo el bono pensional, si lo tuviere y los aportes voluntarios) para acceder a la pensión y en donde la de edad puede ser escogida por el afiliado como la modalidad a la cual se quiere acoger para disfrute de su pensión (renta vitalicia, retiro programado y retiro programado con renta vitalicia).

4. Circular [3-2022-000053](#). Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA, Secretaría General

El SENA, en relación con la protección especial para los denominados “prepensionados”, ha emitido la Circular [3-2022-000053](#) de 2022, en la cual señala, acorde con los pronunciamientos de la H. Corte Constitucional, lo siguiente:

“Con el fin de dar cumplimiento al Decreto [1083](#) de 2015 “Único Reglamentario del Sector de la Función Pública”, en los apartes modificados y adicionados por los Decretos 498 de 2020 y 1415 de 2021 respecto a las personas vinculadas con nombramiento provisional que tengan condición de protección especial, de manera atenta les solicito dar cumplimiento a los siguientes lineamientos para continuar con el proceso de provisión de empleos de carrera administrativa (...)

El artículo [2.2.5.3.2](#) del Decreto 1083 de 2015 (modificado y adicionado por los Decretos mencionados anteriormente), dispone al respecto lo siguiente: //“(...) PARÁGRAFO 2. Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por: (...)// 3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia. (...)// PARÁGRAFO 3. Cuando la lista de elegibles esté conformada por un número igual o superior al número de empleos a proveer, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible los servidores que se encuentren en

las condiciones señaladas en el párrafo anterior sean reubicados en otros empleos de carrera o temporales que se encuentren vacantes, y para los cuales cumplan requisitos, en la respectiva entidad o en entidades que integran el sector administrativo”.

(...)

Prepensionados:// De acuerdo con las normas vigentes y la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencias SU-003 de 2018 y T-055 de 2020), la estabilidad laboral reforzada por prepensión se presenta en los siguientes casos, para el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD):

- a) Servidor público que está a tres años o menos de cumplir la edad y semanas cotizadas.
- b) Servidor público que está a tres años o menos de completar las semanas y ya cuenta con la edad.

La Corte Constitucional consideró que no tienen estabilidad laboral reforzada las siguientes personas:

- Quienes están a tres años o menos de cumplir la edad y ya cuenta con las semanas mínimas requeridas.
- Quienes están a tres años o menos de cumplir la edad, pero les falta más de tres años de cumplir las semanas.

En cuanto al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), la Corte Constitucional estableció lo siguiente en los considerandos de la sentencia de tutela anotada anteriormente: // “De manera que podrá gozar de la calidad referida quien se encuentre a tres años o menos de alcanzar el monto mínimo previsto para acreditar el derecho o, acudiendo a la analogía con lo dispuesto para los afiliados al Régimen de Prima Media, quien esté a tres años o menos de completar las semanas que le permitan ser beneficiario de la garantía de la pensión mínima”. // En ese sentido, el servidor público afiliado al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) goza del fuero de estabilidad laboral reforzada en los siguientes casos:

- a) Cuando se encuentre a tres años o menos de alcanzar el monto mínimo previsto para pensionarse.
- b) Cuando se encuentre a tres años o menos de completar las semanas que le permitan ser beneficiario de la garantía mínima de la pensión mínima.

Nota: La garantía de la pensión mínima aplica cuando los hombres de 62 años o las mujeres de 57 años de edad cotizaron por lo menos 1.150 semanas, pero el capital ahorrado no les alcanza para una pensión de al menos un (1) salario mínimo mensual. (...)

Haciendo una lectura detallada de la citada Circular, en particular los apartes transcritos, no se encuentran en ella contempladas situaciones especiales para la consideración o extensión de la condición de prepensionado, ya que únicamente prevé la configuración de tal condición en la forma que ha sido establecida en la jurisprudencia constitucional.

5. Estabilidad Laboral Reforzada.

La situación de prepensionado dinamiza el concepto de la estabilidad laboral reforzada. Respecto

a este concepto, el Departamento Administrativo de la Función Pública, entidad que tiene como objeto el fortalecimiento de la organización y funcionamiento, así como el desarrollo de la democratización de la gestión pública, ha precisado el alcance y condiciones de la estabilidad laboral reforzada para los servidores públicos así:

El Concepto No. 20216000243771, de 12 de julio de 2021, concreta lo siguiente:

“En torno a la condición de sujeto prepensionado, la Corte delimitó el concepto para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador, en la sentencia C-795 de 2009: // “(i) [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”.(...)

Bajo tal entendimiento, la Corte Constitucional ha precisado que el fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los “prepensionados” no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional, es decir, “opera para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público”; así las cosas, sostuvo que la mencionada estabilidad no solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad, o en el marco de los procesos de reestructuración de la Administración Pública (retén social), siendo estos casos, apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales involucrados por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse.(...)

Ahora bien, si se encuentra en un nombramiento provisional es importante realizar las siguientes precisiones; respecto al retiro de los empleados provisionales que se encuentran en situación de Prepensionados, otro de los criterios de estabilidad reforzada; como consecuencia de la provisión de cargos mediante concurso de méritos, la Corte Constitucional, en sentencia en sentencia C-901 de 2008, señaló: “(...) respecto de personas que se consideran sujetos de especial protección constitucional, como son las personas con discapacidad (...) donde no es fácil procurar un trabajo, situación suele agravarse cuando las personas con discapacidad se acercan al momento en que adquieren el derecho a la pensión, por su misma condición y por la edad, amén de factores de índole económica. // Esta situación pone sobre el tapete la necesidad de ponderar las circunstancias de tales sujetos y del respeto que se debe a su dignidad como seres humanos, frente al mérito privilegiado por la Constitución Política, y defendido por esta Corporación como factor de acceso al servicio público al declarar la inconstitucionalidad o tutelar los derechos de quienes ven limitados sus derechos por razones ajenas a la superación de las diferentes pruebas del concurso y relacionados con circunstancias particulares de los participantes, extrañas al mérito y vinculadas con fórmulas como, el lugar de origen o de prestación del servicio, la experiencia antigüedad, conocimiento y eficiencia en el ejercicio cargo para el que se concursa (...)

Por otra parte, la Ley [1955](#) de 2019, “por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, sobre este mismo tema dispuso: // **ARTÍCULO 263. REDUCCIÓN DE LA PROVISIONALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO.** Las entidades coordinarán con la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) la realización de

los procesos de selección para el ingreso a los cargos de carrera administrativa y su financiación; definidas las fechas del concurso las entidades asignarán los recursos presupuestales que le corresponden para la financiación, si el valor del recaudo es insuficiente para atender los costos que genere el proceso de selección, de acuerdo con lo señalado en el Artículo 9o de la Ley 1033 de 2006. (...) /Surtido lo anterior los empleos deberán proveerse siguiendo el procedimiento señalado en la Ley [909](#) de 2004 y en los decretos reglamentarios. Para el efecto, las listas de elegibles que se conformen en aplicación del presente Artículo tendrán una vigencia de tres (3) años. (...) Para los demás servidores en condiciones especiales, madres, padres cabeza de familia y en situación de discapacidad que vayan a ser desvinculados como consecuencia de aplicación de una lista de elegibles, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible sean reubicados en otros empleos vacantes o sean los últimos en ser retirados, lo anterior sin perjuicio del derecho preferencial de la persona que está en la lista de ser nombrado en el respectivo empleo. // De acuerdo al Artículo anterior, las entidades deberán coordinar con la CNSC la realización los procesos de selección para el ingreso a los cargos de carrera administrativa. Surtido el proceso de concurso, los empleos deberán proveerse con el personal que ganó el concurso, siguiendo el procedimiento señalado en la Ley [909](#) de 2004 y en los decretos reglamentarios.”

“La condición de prepensionado es una condición especial y de carácter excepcional, que otorga una cierta mejor posición frente a la desvinculación de los empleados de carácter provisional, para lo cual deben atenderse las disposiciones legales y el alcance que la jurisprudencia ha otorgado, sin que sea dable atender a otros criterios como la antigüedad, eficiencia, etc., para prevalecer sobre el mérito en el acceso al servicio público.

De acuerdo con lo anterior, la condición de prepensionado no otorga un derecho preferencial sobre las personas que han adquirido el derecho a ingresar al servicio público a través de procesos de mérito, por lo tanto, en los casos de especial vulnerabilidad, condición de prepensionado agravado por situación de discapacidad, o madre o padre cabeza de familia, la Entidad deberá realizar acciones afirmativas para que, en lo posible, sean reubicados en otros empleos vacantes o sean los últimos en ser retirados”.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta la jurisprudencia citada por la FP proveniente de la Corte Constitucional, y las leyes mencionadas, los empleados que se encuentran en estado de prepensionados, tendría que considerarse que el empleado provisional que tiene dicha calidad deberá ceder el cargo a quien ocupe el primer lugar en el concurso de méritos que se adelantó para proveer el empleo que ocupa en provisionalidad, ya que su situación especial de indefensión no lo exime de demostrar su capacidad y mérito en igualdad de condiciones; y por la otra, que la entidad, regional o centro de formación profesional, previamente debe realizar las acciones que estén a su alcance tendientes a garantizar el amparo o protección dada por la jurisprudencia para garantizar la condición de prepensionado.

6. Derechos Adquiridos y Expectativas. Jurisprudencia

Acorde con lo expuesto en la Jurisprudencia Constitucional, existen conceptos sobre la configuración y protección de situaciones jurídicas particulares, tales como los derechos adquiridos, las meras expectativas y las expectativas legítimas, cuya comprensión resulta pertinente para atender el objeto de la solicitud.

La Corte Constitucional en Sentencia C-242 del 1 de abril de 2009, señaló: “Los derechos adquiridos son aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el

imperio de una Ley y, que por lo mismo, han instituido en favor de sus titulares un derecho subjetivo que debe ser respetado frente a Leyes posteriores que no puede afectar lo legítimamente obtenido al amparo de una Ley anterior. Presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la Ley, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento. (...) Las meras expectativas, consisten en probabilidades de adquisición futura de un derecho que, por no haberse consolidado, pueden ser reguladas por el Legislador, con sujeción a parámetros de justicia y de equidad. En las meras expectativas, resulta probable que los presupuestos lleguen a consolidarse en el futuro.”

A su vez, en Sentencia SU003/18, en relación con el concepto de prepensión se sostuvo: “La “prepensión” protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez. // Sin embargo, el alcance de esta regla fue delimitado –para quienes se encuentran afiliados al RPM– por la Sala Plena de esta Corporación en la Sentencia SU-003 de 2018.

En esa providencia, este Tribunal se propuso resolver dos problemas jurídicos. en uno de ellos, buscaba definir si:“(...) cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, puede considerarse que la persona en esta situación es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable”. // Al abordar de manera directa la cuestión planteada, la Sala Plena consideró que, en tales eventos, la persona no podrá ser beneficiaria del fuero mencionado dado que (i) el requisito de la edad podrá cumplirlo de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente y, en consecuencia, (ii) el empleador, con el despido, no está frustrando el acceso a la prestación de vejez (párrafo 59). Esta interpretación se fundó en que “la “prepensión” protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (...)”.

Por su parte el Consejo de Estado en Sentencia 2011-00849 de 2020, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, con ponencia del Magistrado Rafael Francisco Suárez Vargas (Radicación 3592-16), ha sostenido: “Existe un derecho adquirido cuando se cumplieron todos los requisitos que exige la normativa vigente que lo regula, lo que implica que ingresa de manera definitiva al patrimonio de su titular y no puede ser desconocido por el cambio de regulación. Hay expectativa legítima cuando la persona no cumplió con tales presupuestos y la norma deja de estar vigente; empero, estaba próximo a lograrlo, caso en el cual se le protege del cambio brusco de legislación a través de normas de transición que garanticen que pueda obtener su derecho. Y las meras expectativas no son sujetos de protección inmediata, en la medida que son situaciones en curso que no pueden impedir el cambio de regulación”

La Constitución Política en su artículo [58](#) señala “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. (...)”. Los derechos adquiridos protegen con la regla de irretroactividad de la ley, de modo que no sean desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Existen casos en los que los derechos no se alcanzaron a consolidar de forma definitiva antes del

cambio de legislación y sus titulares estarían ante meras expectativas de obtenerlos, es decir, frente a probabilidades de una adquisición futura del derecho, para ellos la protección legal precaria. La jurisprudencia ha categorizado en ellas, las llamadas “expectativas legítimas” como una categoría intermedia respecto de los derechos adquiridos y las meras expectativas.

Las expectativas legítimas se refieren a aquellas situaciones en las que la persona en el instante del cambio normativo no ha adquirido el derecho de manera definitiva, pero está cerca lograrlo. Como sucede con los prepensionados. Aunque a estas no se les otorga garantías de seguridad como a los derechos adquiridos, sí se protegen del cambio de normativa en un grado mayor. Por su parte, las meras expectativas no tienen protección inmediata que no pueden impedir el cambio normativo.

7. Procesos judiciales.

Para efectos de la consulta elevada, es importante considerar cuáles son los efectos de un proceso judicial y los eventuales derechos que le asisten a las partes en disputa. Para el efecto vale la pena tener en consideración los pronunciamientos jurisprudenciales en relación con los derechos litigiosos.

Al respecto en la Sentencia C-1045/00 la Corte Constitucional, señaló, “La cesión de derechos litigiosos es un contrato que tiene por objeto directo el resultado de una litis. Se trata de la transferencia de un derecho incierto, porque, una de las partes procesales, demandante o demandado, dispone a favor de un tercero del asunto en disputa, luego de entablada la relación procesal. Así entendida, la cesión de derechos litigiosos es una negociación lícita, en la cual el cedente transfiere un derecho aleatorio y el adquirente se hace a las resultas del juicio, pudiendo exigir éste a aquel tan solo responsabilidad por la existencia misma del litigio”.

De acuerdo con ello, en el curso de un proceso judicial, no existe un derecho cierto, el derecho material está en discusión; como lo expuso la citada jurisprudencia en el objeto de litis se está ante un “derecho incierto” o un “derecho aleatorio”. En el curso del proceso judicial, se está expuesto a la eventualidad de adquirir o perder el derecho que se disputa.

Ahora bien, en nuestro criterio, hasta tanto no se cuente con una sentencia ejecutoriada, se deberían aplicar las reglas que para el efecto tiene la Corte frente a los prepensionados afiliados al régimen de ahorro individual, es decir, deben determinar si a la persona le faltan tres años o menos para alcanzar el monto mínimo previsto para pensionarse o cuando se encuentre a tres años o menos de completar las semanas que le permitan ser beneficiario de la garantía mínima de la pensión mínima (1.150 semanas).

Por lo tanto, la protección se extendería hasta que el proceso judicial culmine y se revise nuevamente si tiene tal calidad, siempre y cuando el funcionario (a) a la fecha cuente con los requisitos en el RAIS para considerarse prepensionado.

Así las cosas, el riesgo se mitigaría siempre y cuando cualquier vinculación de un provisional cuente con la revisión descrita (calidad de prepensionado), pues de lo contrario, se podrían generar reclamaciones administrativas y judiciales con alta probabilidad de pérdida para la entidad, pues podrían solicitar reintegro y emolumentos dejados de percibir.

CONCEPTO

De acuerdo con las exposiciones previas, y en relación con los interrogantes que plantea la

consultante: “... ¿se deben aplicar las reglas para la protección especial establecida en la jurisprudencia, para el RPM o para el RAIS? //¿Hasta cuándo debe extenderse la protección especial de la funcionaria nombrada en provisionalidad?”

Respuesta: De acuerdo con lo expuesto, en el curso de un proceso judicial, no existe un derecho cierto, el derecho material está en discusión; se está ante un “derecho incierto” o un “derecho aleatorio”, es decir, se está expuesto a la eventualidad de adquirir o perder el derecho que se disputa.

Sin embargo, en nuestro criterio, hasta tanto no se cuente con una sentencia ejecutoriada, se deberían aplicar las reglas que para el efecto tiene la Corte frente a los prepensionados afiliados al régimen de ahorro individual, es decir, que se debe determinar en cada caso en particular, si a la persona le faltan tres años o menos para alcanzar el monto mínimo previsto para pensionarse o cuando se encuentre a tres años o menos de completar las semanas que le permitan ser beneficiario de la garantía mínima de la pensión mínima (1.150 semanas).

Ahora bien, desde esta dirección esta la competencia de emitir conceptos generales y no particulares, es decir, frente a temas específicos, estas particularidades es competencia del área de relaciones laborales; es por ello que, frente al interrogante planteado de traslado de régimen y calidad de prepensión, se podría abordar indicando que mientras no exista el traslado de régimen pensional, y verificado los requisitos para ser beneficiario del fuero, primaria esta condición, pues dicha situación no cambia las condiciones mientras no medie decisión judicial y en consecuencia la protección se extendería hasta que el proceso judicial culmine y se revise nuevamente si tiene tal calidad, siempre y cuando el funcionario (a) a la fecha cuente con los requisitos en el RAIS para considerarse prepensionado.

Así las cosas, el riesgo se mitigaría siempre y cuando cualquier vinculación de un provisional cuente con la revisión descrita (calidad de prepensionado), pues de lo contrario, se podrían generar reclamaciones administrativas y judiciales con alta probabilidad de pérdida para la entidad, pues podrían solicitar reintegro y emolumentos dejados de percibir.

Por último, recomendar, que los conceptos brindados, cada área/grupo o dependencia, determinará si se acoge o no a los considerandos jurídicos propuestos, partiendo de su poder de decisión como funcionario competente, los mismos, que, si decide acoger, debe aplicar o interpretar teniendo en cuenta las aristas que se plantean en cada situación.

Este concepto se rinde de conformidad con lo dispuesto en el artículo [28](#) de la Ley 1755 de 2015.

GLORIA ACOSTA CONTRERAS

Coordinadora

Grupo Conceptos Jurídicos y Producción Normativa - Dirección Jurídica

Dirección General



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma del Sena
ISSN Pendiente

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

