

2023IE01659

COMUNICACIÓN INTERNA

PARA: JUAN CARLOS LEON ACOSTA
Coordinador Grupo de Gestión Contractual.

DE: CHRISTIAN FERNANDO JOAQUI TAPIA
Jefe Oficina Asesora Jurídica – OAJ.

FECHA: 23/03/2023

1. **ASUNTO:** Respuesta a Comunicación Interna 2023IE01280 de 07/03/23, “Solicitud de Concepto jurídico prepensionado.”

2. **TEMA:** CONDICIÓN PRE PENSIONABLE – Contrato de Prestación de Servicios – REQUISITOS – Contratación

3. CONSULTA:

El Coordinador Grupo de Gestión Contractual solicita concepto jurídico para dar respuesta al derecho de petición en el que se manifiesta lo siguiente:

“(…) Teniendo en cuenta que el día 26 de enero de 2023. se dio por terminado el contrato No 9677- PPAL001-378-2022 suscrito con el FNGRD. Quiero poner en conocimiento lo siguiente:

1. Ingrese el día 9 de mayo de 2013 a la UNGRD a través de un contrato de Prestación de Servicios y de ahí en adelante hasta el último contrato mencionado llevo laborando, Es decir he laborado con esta entidad por un término aproximado de 10 años.

2. Con la Dirección Nacional de Prevención y Atención de Desastres del Ministerio del Interior, labore 5 años en carrera administrativa.

3. Con la Dirección de Participación Ciudadana del Ministerio del Interior último, Labore 5 años en carrera administrativa.

4. Con la Contraloría General de la Republica, labore 10 años en carrera administrativa.

5. *El día 15 de agosto de 2023, cumpla mis 62 años y reúno los requisitos para disfrutar de mi pensión.*

Por lo anterior, Doctora Diana Mire ya, por medio del presente escrito comunico, que requisitos cumpla los para acceder a mi pensión de vejez (edad y semanas de cotización) el próximo 15 de agosto de 2023 y en virtud de lo señalado por la Honorable Corte Constitucional "La estabilidad laboral de los pre pensionados es una garantía constitucional de los trabajadores del sector público o privado, de no ser desvinculados de sus cargos cuando se encuentren a puertas de cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez", aún más cuando he tenido vinculación con la UNGRD por más de 10 años de manera interrumpida (contratos de prestación de servicios), razón por la cual solicito muy respetuosamente se estudie la posibilidad de renovación de mi contrato de prestación de servicios profesionales con la UNGRD, por mi actual condición.

Sea la oportunidad para manifestarle todo el interés y deseo de apoyar con mi experiencia, honestidad, lealtad y responsabilidad a la actual administración, de la misma forma que he venido haciéndolo con las 4 anteriores administraciones en la cual he tenido la oportunidad de laborar".

4. COMPETENCIA:

Dentro de las facultades y funciones que contempla esta Oficina se encuentra la de establecer interpretaciones jurídicas respecto de casos específicos con relación a la ejecución de la misión y visión de la Unidad Administrativa Especial (UNGRD) dentro del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres – SNGRD. Lo anterior, de acuerdo con el numeral 1° del artículo 12, modificado por el Art. 3, Decreto 2672 de 2013.

5. CONCEPTO:

El contratista de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión, al cual se le termine normal o anormalmente la relación contractual con la Entidad Pública y que a la vez se encuentre en condición de estabilidad laboral reforzada por causa del estatus de prepensión, deberá acreditar concurrentemente, que aquella terminación ponga en riesgo sus derechos fundamentales por causa de un perjuicio irremediable, es decir, que se le cause un daño: i) cierto e inminente, ii) grave y iii) de urgente atención.

En este sentido, deberá delimitar su causa a través de los siguientes criterios: (a) la edad, por ser sujeto de especial protección en el caso de las personas de la tercera edad; (b) el estado de salud del prepensionado y de su familia; y (c) las condiciones económicas del prepensionado o de las personas obligadas a acudir a su auxilio. Sin perjuicio de aquello, se deberán analizar los requisitos faltantes para obtener el derecho pensional, pues si únicamente faltase el de la edad, no se estaría generando una afectación en el

derecho pensional de la persona, en cuanto ésta se puede cumplir estando vinculado, o no, a la entidad.

Finalmente, la entidad deberá acreditar que la necesidad de la contratación de ese objeto persista y que esta, a su vez, no haya sido satisfecha por la contratación de otro contratista de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión; además de verificar la idoneidad y experiencia del contratista en relación directa con el objeto a contratar y la disponibilidad presupuestal para su vinculación.

En sustento y desarrollo de la tesis propuesta de manera precedente, esta Oficina deberá abordar varios acápite de naturaleza eminentemente jurídica, los cuales se encuentran contemplados y delimitados a continuación:

5.1. Condición del estatus de Prepensionado como concepto de Estabilidad Laboral Reforzada – ELR.

Lo primero que debe ser advertido es que la Estabilidad Laboral Reforzada (En adelante ELR) se comprende como la garantía que posee el trabajador, en ciertas circunstancias, de poder continuar desempeñando sus funciones siempre que la causa que motivó la suscripción del contrato con el empleador se mantenga vigente y no existan razones que deriven en la inviabilidad de su continuación.

En atención de tal garantía, el ordenamiento interno ha propugnado por la defensa prima facie sobre la circunstancia de imposibilidad para finalizar el contrato de quien está ad portas de cumplir los requisitos exigidos por ley para pensionarse. Así las cosas, se 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 Pensiones¹. Pese a lo mencionado, la jurisprudencia ha limitado esta garantía, con lo cual, no puede entenderse como absoluta y se advierte que, per se aquella condición, no puede entenderse como una permanencia indefinida de un empleo. Al respecto ha establecido la Corte Constitucional que existen diversos hipotéticos facticos de los cuales aplicaría o no, la garantía de la Estabilidad Laboral reforzada, a saber:

I. Aplicación a Garantía de ELR

- a. Encontrarse a tres años o menos de cumplir edad y semanas cotizadas.
- b. Encontrarse a tres años o menos de completar las semanas, pero ya se cuenta con la edad.

¹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-003 de 2018. Referencia: T- 5.712.990. Acción de tutela instaurada por Alfonso Serrano Ardila contra la Dirección de Tránsito y Transportes de Bucaramanga. M.P.: Carlos Bernal Pulido.

II. No aplicación a Garantía de ELR

- a. Encontrarse a tres años o menos de cumplir la edad, pero se cuenta con las semanas mínimas requeridas.
- b. Encontrarse a tres años o menos de cumplir la edad, pero a más de tres años de cumplir las semanas.

En consecuencia, si un trabajador, encontrándose en alguna de las circunstancias enunciadas en el primer numeral, es despedido por un empleador se puede afirmar que éste frustró su expectativa pensional y por tanto deberá proceder con la aplicación de la garantía de la ELR y, de manera correlativa, la protección de su derecho a la seguridad social.

Sin perjuicio de lo mencionado y como se vislumbra del ordenamiento jurídico interno, se ha limitado la garantía para vinculaciones de naturaleza netamente laborales y de las cuales exclusivamente se podría predicar estabilidad laboral reforzada. Al respecto se tienen las siguientes: a) servidores públicos; b) servidores públicos provisionales; c) servidores públicos en cargos de libre nombramiento y remoción; y d) personas vinculadas a través de contrato laboral en el sector privado.

Así, acreditan la condición de “prepensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que se encuentren próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez: (i) la edad y (ii) el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPM o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS) y consolidar así su derecho a la pensión, teniendo en cuenta los hipotéticos relacionados anteriormente y que, analógicamente son aplicables para cada Régimen.

Como se denotó en la tesis expuesta, siguiendo la línea jurisprudencial constitucional², la ELR por condición de prepensión no puede entenderse de manera absoluta puesto que, en todo caso, debe analizarse: la a) naturaleza del vínculo y b) el contexto de la terminación contractual. De acuerdo con el primer aspecto analizable se debe establecer que las personas, al suscribir un negocio jurídico de determinadas características entienden, por ese solo hecho, que la duración de la labor es temporal o transitoria o continua e indefinida. De allí que tanto el empleador, como el eventual juzgador, deberán concluir y precaver la característica esencial del vínculo laboral. Ahora bien, con relación al segundo aspecto analizable, se debe mencionar que quien pretenda acreditar la

² Cfr., Sentencias T-269 de 2017 y C-588 de 1995. En la segunda Sentencia, se advirtió que: “*Las relaciones laborales no son perennes o indefinidas, pues tanto el empleador como el trabajador, en las condiciones previstas en la ley y en el contrato tienen libertad para ponerles fin. La estabilidad, por lo tanto, no se refiere a la duración infinita del contrato de trabajo, de modo que aquélla se torne en absoluta, sino que, como lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia, ella sugiere la idea de continuidad, a lo que dura o se mantiene en el tiempo.*”

condición, deberá demostrar que la terminación obedeció a una finalización cierta y efectiva del objeto laboral o si por el contrario aún se mantiene vigente.

5.2. Naturaleza del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales o de apoyo a la Gestión.

El contrato de prestación de servicios o de apoyo a la gestión, como Contrato Estatal, se encuentra delimitado, definido y expresamente regulado en la legislación colombiana. Al respecto la Ley 80 define en su artículo 32 que Contrato estatal será el acto jurídico generador de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad. Seguidamente el numeral 3° del precitado artículo manifiesta que 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 conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”

En el mismo sentido, el artículo 2.2.1.2.1.4.9. del Decreto 1082 manifestó que “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 la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate.” Con aquellas determinaciones legales se tiene que el Contrato de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión, es uno de naturaleza estatal, regulada en la ley, excepcional, bilateral, consensual, expreso, de plazo determinado, conmutativo y oneroso. Razón por la cual, no genera relación laboral, ni prestaciones sociales y se celebra por un termino definido y determinado o determinable.

En síntesis, la vinculación jurídica derivada del contrato de prestación de servicios es diferente de la vinculación laboral que emana de la relación laboral de origen contractual con los trabajadores oficiales. En efecto, el contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión se refiere a las actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad; el contratista es autónomo para ejecutar el contrato; no se causan prestaciones sociales³. Contrario sensu, sucede con el trabajador oficial percibe por sus servicios un salario, que constituye asignación; está, por esencia, subordinado a la administración; las prestaciones sociales le son consustanciales y responde disciplinariamente. La retribución de los contratistas de

³ Cfr. Consejo de Estado. Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de Mayo 10 de 2001, Radicación 1.344, C.P.: Flavio Augusto Rodríguez Arce.

prestación de servicios son los honorarios, que NO tienen tal carácter. Por ende, la fuente del reconocimiento es bien distinta: en el primero, la vinculación laboral sea administrativa o privada y, en el segundo, el negocio jurídico, fundado en la autonomía de la voluntad de los cocontratantes.

En conclusión, del análisis legal y jurisprudencial sobre la naturaleza los elementos analizados, se establece que los particulares que colaboran con el Estado mediante un contrato de prestación de servicios o cualquier otro, tipificado en la ley 80 de 1993 o producto de la autonomía de la voluntad, no están subsumidos en el contexto de la función pública, ni son, por tanto, servidores públicos⁴ y, por lo mismo, no reciben "asignación" en los términos establecidos, lo que hace imposible aplicarles el régimen de estos, entendido, dentro de aquel, la condición de prepensionado como ELR.

5.3. Condición de prepensionado en vigencia de un Contrato de Prestación de Servicios profesionales o de apoyo a la gestión.

Es cierto que el ordenamiento jurídico interno no encuentra contemplado expresamente la hipótesis que ocupa a esta consulta. Razón por la cual, de una interpretación armónica y sistemática, tanto de la jurisprudencia constitucional como de la norma legal, se concluye que:

- A. En primer término, es dable relacionar que los Contratos de Prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, según su desarrollo precontractual, conservan un termino estricto de ejecución, así como obligaciones específicas a cargo de los cocontratantes. Dicho de otro modo, la elaboración del estudio previo lleva consigo la determinación exacta del plazo, el valor, la forma de pago, las obligaciones, la justificación de la necesidad que a su vez, se encuentra acorde con la insuficiencia de personal emitida por el encargado de Talento Humano y, las demás disposiciones aplicables para el cumplimiento del objeto contractual. En consecuencia, de finalizar normal o anormalmente en vínculo contractual de Prestación de Servicios, las partes deberán adecuar, en etapa postcontractual, temas liquidatorios, en caso de que este sea aplicable y así, cesará aquel vínculo.
- B. Ahora bien, teniendo en cuenta la posición mayoritariamente garantista de la Corte Constitucional que ha venido ampliando el análisis en casos no expresamente determinados por la Ley, ha establecido que la Estabilidad Laboral Reforzada no aplicará en casos donde la naturaleza propia del vínculo (que para el caso es netamente civil) y su vocación temporal y transitoria

⁴ Departamento Administrativo de la Función Pública. Concepto 90061 de 2020. Radicado No.: 20206000090061. De Fecha: 04/03/2020.

(cumplimiento del plazo de ejecución), deban responder a lo anotado en los estudios previos, a la disponibilidad presupuestal y a la necesidad de la Entidad⁵.

- C. Como colofón, es posible afirmar que en virtud de los condicionamientos jurisprudenciales desarrollados por la Corte Constitucional que fueron denotados en este documento, quien conserve un vínculo contractual con la entidad, a través del Contrato de Prestación de Servicios profesionales y de apoyo a la gestión, que acredite condición de prepensionable, per se, no es virtud para acceder a una estabilidad laboral reforzada; sino que deberá acreditar en simultáneo, que con la desvinculación se cause un perjuicio irremediable para sus derechos fundamentales o de las personas a cargo. Además, deberá determinarse si se encuentra dentro de los hipotéticos de aplicación de la ELR y, finalmente, establecer si la disponibilidad presupuestal es suficiente y la necesidad de la Entidad persiste.

6. RESPUESTA CONCRETA AL CUESTIONAMIENTO FORMULADO.

Conforme a todo lo expuesto, en virtud de contemplar un único lineamiento institucional y de acuerdo con el caso concreto, se afirma que quien ostente un vínculo contractual con la UNGRD-FNGRD de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, que se encuentre en condición prepensionable, deberá acreditar que con la terminación del plazo de ejecución contractual suceden los siguientes aspectos:

1. Acontecimiento de un perjuicio irremediable (Cierto e inminente, grave y de urgente atención);
2. Determinación de que su causa se encuentra en conexidad de los siguientes criterios: (i) la edad, por ser sujeto de especial protección en el caso de las personas de la tercera edad; (ii) el estado de salud del prepensionado y de su familia; y (iii) las condiciones económicas del prepensionado o de las personas obligadas a acudir a su auxilio;
3. Encontrarse a tres años o menos de cumplir edad y semanas cotizadas o encontrarse a tres años o menos de completar las semanas, pero contando con la edad necesaria;

Y la entidad, deberá acreditar concurrentemente que:

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-269/17. Referencia: Expediente T-5.889.419. Asunto: Acción de tutela interpuesta por Leonor Alicia Díaz Valbuena, contra la Secretaría Distrital de la Mujer de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

4. Persista la necesidad de la prestación del servicio profesional o de apoyo a la gestión respecto del contratista idóneo y experto para el cumplimiento del objeto contractual;
5. Que esta, a su vez, no haya sido satisfecha por la contratación de otro contratista de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión;
6. Exista suficiencia en la disponibilidad presupuestal para la aplicación de la garantía de ELR.

CHRISTIAN FERNANDO JOAQUI TAPIA

Jefe Oficina Asesora Jurídica OAJ – UNGRD.

Elaboró: Andrés Santiago Esquivel Huertas / Abogado contratista OAJ

Revisó y aprobó: Christian Fernando Joaqui Tapia / Jefe OAJ

Actualización: formato GUÍA PARA LA ELABORACIÓN DE CONCEPTOS JURÍDICOS CODIGO: G-1200-OAJ-01

