

SEGURIDAD SOCIAL – Naturaleza de servicio público

La seguridad social fue consagrada en la Constitución Política, artículo 48, como un servicio público de carácter obligatorio, que puede ser prestado por entidades públicas y privadas, de conformidad con la ley, pero siempre bajo la dirección y coordinación del Estado. Adicionalmente, es un derecho irrenunciable que tienen todos los habitantes del territorio nacional

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 48

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la naturaleza de servicio público de la seguridad social ver Corte Constitucional, sentencia C- 078 de 2017.

REGÍMENES PENSIONALES – Creación

Con fundamento en este canon constitucional, el legislador expidió la Ley 100 de 1993 y las demás disposiciones que la modificaron o la adicionaron, mediante la cual creó un sistema dual de pensiones (...) Los dos regímenes pensionales creados por la ley tienen características diferentes y son excluyentes entre sí

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993

NOTA DE RELATORÍA: Sobre las características de los sistemas pensionales ver Corte Constitucional, sentencia C- 086 de 2002, C- 538 de 1996, C- 378 de 1998, C-078 de 2017

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA – Destinatarios / PREPENSIONADO – Concepto / PREPENSIONABLE / RETÉN SOCIAL

En el año 2002, fue expedida la Ley 790 (...) Dado que esta renovación de la rama ejecutiva trajo consigo la eliminación de los diferentes cargos y el retiro del servicio de los servidores públicos, dicha ley consagró una protección especial (...) Esta garantía de estabilidad reforzada, en consecuencia, procedía siempre que se dieran los siguientes supuestos de hecho: (...) Que existiera una vinculación laboral con una entidad pública del orden nacional. (...) Que en dicha entidad se desarrollara el programa de renovación pública. (...) Que los servidores públicos se encontraran en alguna de las siguientes situaciones: (...) Madres cabeza de familia sin alternativa económica. Situación extendida a los padres que se encuentren en la misma condición, mediante sentencias C- 1039 de 2003 y C- 044 de 2004. (...) Personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y (...) Servidores que cumplan con 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 contados a partir de la promulgación de la Ley 790 de 2002 (...) A esta última situación se le conoce con el nombre de prepensionados. No obstante, es un concepto descrito bajo una condición específica conocida como retén social

FUENTE FORMAL: LEY 790 DE 2002

NOTA DE REALTORÍA: Sobre el concepto de prepensionado ver SU 897 de 2012 y Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia SL 1018–2018 del 10 de abril de 2018, radicación No. 56052, acta 08

FIGURA DEL PREPENSIONABLE – Alcance / PREPENSIONADO – Evolución

jurisprudencial

La jurisprudencia ha sido enfática en señalar que la condición de prepensionado tiene un origen suprallegal, pues deviene de la necesidad de proteger los derechos fundamentales, como el mínimo vital y la igualdad, de aquellas personas que pueden verse afectadas por el retiro del empleo (...) Así pues, a partir de dicha sentencia de unificación [SU-003 DE 2018], tal condición la tiene aquel trabajador a quien le falten 3 años o menos para cumplir con el requisito de las semanas cotizadas, pero ya no se tiene en cuenta la edad, pues, según la Corte Constitucional, la pensión no se frustra si no se cumple con la edad, en la medida en que esta puede cumplirse de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. (...) La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de tutela STL 1784 – 2019, del 23 de enero de 2019, Radicación No. 11001023000020190000100, acta 02, atendiendo los lineamientos dados por la Corte Constitucional en su sentencia de unificación SU- 003 de 2018, aplicó el nuevo criterio para otorgar la condición de prepensionado a quien desempeñe un cargo de carrera administrativa vinculado en provisionalidad. Por último, el Consejo de Estado, en relación con la condición de prepensionado de un empleado afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, le otorgó la calidad de tal con fundamento en la garantía de pensión mínima consagrada en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, que exige el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas cotizadas

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la conformación legal del instituto jurídico del retén social ver Corte Constitucional, sentencia T-186 de 2013

NOTA DE RELATORÍA: En esta providencia se hace un recuento de la evolución jurisprudencial de la figura del prepensionado en las providencias de la Corte Constitucional SU 897 de 2012 y SU 003 de 2018

CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA – Deben ser provistos mediante concurso público de méritos / MADRES CABEZA DE FAMILIA / PERSONAS CON DISCAPACIDAD / PREPENSIONADO – Garantía de estabilidad reforzada

[L]o pretendido por el legislador es reducir la provisionalidad en el empleo público. Lo anterior significa que todos los cargos de carrera administrativa existentes deben ser provistos mediante el sistema de concurso público de méritos, tal como lo consagran la constitución y la ley (...) No obstante esta obligación legal, el mismo legislador se preocupó por proteger a aquellos funcionarios que se encuentren desempeñando dichos cargos en provisionalidad y que a su vez, se encuentren en alguna condición que amerite una protección especial, como ser madre o padre cabeza de familia, encontrarse en situación de discapacidad, o estar ad portas de causar su derecho a la pensión. Es decir, el legislador reguló un mecanismo para preservar los derechos de los trabajadores. Respecto a la condición de ser madres o padres cabeza de familia o estar en una condición de discapacidad, el artículo 263 de la Ley 1955 de 2019 previó la necesidad de que la administración adelante acciones afirmativas con el fin de lograr la reubicación, en otros empleos vacantes, de las personas que deban ser retiradas del servicio para proveer el cargo con aquellos que se encuentren en la lista de elegibles, o, procurar que sean los últimos en ser retirados. Pero respecto de aquellos servidores que estén próximos a obtener su pensión, dicha disposición previó que los empleos por ellos desempeñados en provisionalidad solo pueden ser ofertados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, una vez el servidor cause efectivamente su derecho pensional

FUENTE FORMAL: LEY 1955 DE 2019 – ARTÍCULO 263

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA – Límite temporal / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN CONDICIÓN DE PREPENSIONADO – Presupuestos de configuración

[L]a disposición en comento [Ley 1955 de 2019] delimitó en el tiempo los servidores que serían beneficiarios de dicha estabilidad reforzada por encontrarse desempeñando un cargo de carrera administrativa en provisionalidad. En este sentido, esta garantía aplica, siempre que se cumplan dos circunstancias: (...) Que se trate de personal vinculado antes de diciembre de 2018, y (...) Que a la fecha de entrada en vigencia de la ley del Plan Nacional de Desarrollo (25 de mayo de 2019) le falten 3 años o menos para causar el derecho pensional. (...) para que surja la garantía de estabilidad reforzada en condición de prepensionados, es menester que se den las siguientes circunstancias: (...) Que los empleos sean de carrera administrativa. (...) Que dichos empleos se encuentren vacantes, es decir, no hayan sido ofertados por la Comisión Nacional del Servicio Civil para ser provistos mediante el sistema de concurso público de méritos. (...) Que dichos empleos estén siendo desempeñados por servidores vinculados en provisionalidad. (...) Que los servidores que estén desempeñando los cargos de carrera en provisionalidad cumplan las dos condiciones indicadas anteriormente, es decir, (i) que estén vinculados antes de diciembre de 2018 y (ii) que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo (25 de mayo de 2019) les falten 3 años o menos para causar el derecho pensional

FUENTE FORMAL: LEY 1955 DE 2019 – ARTÍCULO 263

CAUSACIÓN DEL DERECHO – Concepto

[E]l cumplimiento de **todos** los requisitos previstos en la ley para adquirir el derecho a la pensión es lo que se conoce como **causación del derecho**, y no hay necesidad de que este sea reconocido, es decir, no requiere de la manifestación expresa de la administración sobre la admisión o aceptación del cumplimiento de los requisitos señaladas en la ley

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 8

RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA – Causación del derecho pensional / TRABAJADOR EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA – Requisitos para ser considerado prepensionado

En el **régimen de prima media con prestación definida**, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, define los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez (...) son dos los requisitos que se requieren acreditar para que el derecho a la pensión de vejez se cause en el régimen de prima media con prestación definida: (...) Un **requisito de edad**, que rige a partir del año 2014, consistente en haber cumplido 57 años las mujeres, y 62 años los hombres, y, (...) Un requisito de **tiempo de servicio o semanas cotizadas**, que rige desde el año 2015, consistente en haber cotizado 1300 semanas en cualquier tiempo. En conclusión, la condición de prepensionado de un trabajador que se encuentre en el régimen de prima media con prestación definida se adquiere cuando habiendo sido vinculado antes de diciembre de 2018, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo (25 de mayo de 2019), le faltaren 3 años o menos para cumplir la edad y/o el tiempo de servicio o semanas cotizadas

FUENTE FORMAL: LEY 797 DE 2003 – ARTÍCULO 9 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 33

RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD – Requisitos de causación del derecho pensional / GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA – Requisitos

El artículo 64 de la Ley 100 de 1993, señala los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual con solidaridad (...) El capital necesario debe entenderse como el suficiente para financiar, al menos, la pensión mínima que equivale al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993, es decir, el salario vigente para el año 1993, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Lo anterior, sin desconocer que la misma ley le permite al trabajador continuar cotizando, pese a tener el capital suficiente para financiar su pensión de vejez, hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años si es hombre. En este caso, el empleador está obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria. Pero existe, en este sistema pensional de ahorro individual, una segunda situación en la que el afiliado accede a la pensión de vejez teniendo en cuenta los requisitos de edad y semanas cotizadas. Esta segunda situación es la denominada garantía de pensión mínima, regulada por el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 (...) Esta garantía de pensión mínima procede cuando el capital ahorrado por el afiliado no es lo suficiente para financiar una pensión mínima y siempre que se cumplan los siguientes requisitos: (...) Un **requisito de edad:** 62 años para hombres y 57 años para mujeres. (...) Un **requisito de semanas cotizadas:** 1150 semanas

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 64 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 65

RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL – Adquisición de condición de prepensionado

[L]a condición de prepensionado de un trabajador que se encuentre afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad se adquiere cuando, habiendo sido vinculado antes de diciembre de 2018, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo (25 de mayo de 2019) le faltaren 3 años o menos para reunir el capital suficiente para financiar, al menos, la pensión mínima de vejez, que como se indicó, equivale al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993, es decir, el salario vigente para el año 1993, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Sin embargo, si el trabajador, pese a tener el capital suficiente para financiar su pensión de vejez, opta por continuar cotizando hasta que cumpla 60 años si es mujer y 62 años si es hombre, su condición de prepensionado queda sujeta al cumplimiento de dichas edades dentro de los 3 años siguientes como máximo, contados a partir de la vigencia de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo. La ley contempla una segunda opción en la que el trabajador afiliado a dicho régimen pensional adquiere la condición de prepensionado: cuando habiendo sido vinculado antes de diciembre de 2018, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo (25 de mayo de 2019) y por el término máximo de 3 años, el afiliado no logre tener el capital suficiente en su cuenta de ahorro individual para financiar una pensión mínima. Se requiere, en todo caso, que en ese plazo cumpla con los

requisitos de edad (62 años para hombres y 57 años para mujeres) y las semanas cotizadas (1150 semanas)

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993

INCLUSIÓN EN NÓMINA DE PENSIONADOS – No es requisito para causación de derecho pensional

[S]i bien el derecho a la pensión de vejez se causa con el cumplimiento de los requisitos legales, sin necesidad de que exista un reconocimiento del mismo, el empleador no puede retirar al empleado del servicio hasta tanto no se encuentre incluido en nómina de pensionados y dicha inclusión le haya sido notificada, condición aplicable en virtud del principio de favorabilidad para trabajador. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 1821 de 2016 «Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas», disposición que tiene como finalidad, entre otras, (i) regular la interrelación que existe entre la pensión de jubilación (entiéndase que se refiere a la pensión de vejez) y la edad máxima de retiro, en donde pese al aumento de la edad máxima de retiro, los requisitos para adquirir el derecho a la pensión siguen siendo los mismos señalados en el régimen general de seguridad social, y, (ii) inaplicar la justa causa de retiro por cumplimiento de los requisitos de la pensión de vejez, en el evento que las personas decidan continuar ejerciendo la función pública

FUENTE FORMAL: LEY 1821 DE 2016 – ARTÍCULO 2

PENSIÓN DE JUBILACIÓN – Concepto

La expresión «pensión de jubilación» utilizada en la norma jurídica en comento [Ley 1955 de 2019] es lo que genera la inquietud de la Ministra de Trabajo, en el sentido de si la misma puede ser interpretada como pensión de vejez, habida cuenta que «el término jubilación existía cuando las empresas eran reconocedoras de pensiones». (...) [S]i bien hoy en día la Ley 100 de 1993 unificó la prestación por vejez bajo el nombre de «pensión de vejez», los conceptos jubilación y vejez, en la actualidad, son asimilables por tratarse de conceptos que cubren un mismo riesgo

FUENTE FORMAL: LEY 955 DE 2019 – ARTÍCULO 263 PARÁGRAFO 2 / LEY 100 DE 1993

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los conceptos de jubilación y vejez relacionado con la contingencia por el paso de los años y su cubrimiento ver Corte Constitucional C- 1255 de 2001 y C- 135 de 2018

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN- Protección constitucional / DERECHO DE PETICIÓN Y DERECHO DE INFORMACIÓN - Relación

El derecho de acceso a la información es un derecho constitucionalmente protegido en el artículo 74 (...) El derecho de acceso a la información se ejerce a través del derecho de petición, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional al indicar que existe una relación entre el derecho de petición y el derecho a la información, en donde el primero es el género y el segundo la especie

FUENTE FORMAL: CORTE CONSTITUCIONAL – ARTÍCULO 74

HISTORIAS LABORALES – Naturaleza de la información

[S]egún lo señalado en el artículo 24 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no toda la información que reposa en las historias laborales y en los expedientes pensionales está sometida a reserva; solamente aquella que involucre derechos a la privacidad e intimidad de las personas, los cuales están protegidos por la Constitución Política (...) no es suficiente que una administradora de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad motive la decisión de no entregar información bajo el argumento abstracto de estar relacionada con historias laborales y expedientes pensionales, otorgándole, por dicha razón, el carácter de reservado. Es necesario que la administradora de pensiones motive su decisión de categorizar la información como reservada, y para ello debe determinar si lo solicitado, en ejercicio del derecho de petición, es una información considerada sensible, en los términos indicados. No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que la información contenida en las historias laborales y los expedientes pensionales se encuentra clasificada bajo la categoría de datos personales, se debe, para su tratamiento, tener en cuenta la regulación existente sobre protección de datos personales

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 24

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la reserva de la información y de los documentos en general ver C- 951 de 2014

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el concepto de datos personales ver T- 414 de 1992, T- 022 de 1993, T-729 de 2002 y C- 748 de 2011

DATOS PERSONALES – Protección / DERECHO DE HABEAS DATA / FONDOS DE PENSIONES – Manejo de la información

El concepto de datos personales ha sido desarrollado por la jurisprudencia. (...) Las administradoras de fondos de pensiones son entidades que por sus funciones tienen el manejo de las bases de datos de las personas que se encuentran afiliadas a ellas, relacionadas con su historia laboral: vinculaciones laborales, ascensos, retiros, ingresos, cargos, etc. (...) [L]os datos que administran las entidades de la seguridad social, como es el caso de las administradoras del régimen de ahorro individual, están clasificados como información semiprivada, por lo que su acceso y conocimiento tienen un grado mínimo de limitación, y, por lo tanto, solo pueden ser obtenidos y ofrecidos por orden de autoridad administrativa o judicial, en cumplimiento de sus funciones

FUENTE FORMAL: LEY 1581 DE 2012

SOLICITUD DE DATOS PERSONALES – Por parte de autoridades administrativas

En el examen de constitucionalidad efectuado por la Corte Constitucional a la posibilidad que tiene una entidad administrativa de requerir información en ejercicio de sus funciones legales sin necesidad de obtener el consentimiento previo, libre e informado del titular de la información, dicha corporación indicó una serie de parámetros que deben ser tenidos en cuenta para que tal excepción al principio de libertad se ajuste a la constitución y la ley. Estos parámetros están relacionados con: (...) La conexidad directa que debe existir entre el dato y el cumplimiento de las funciones de la entidad del poder Ejecutivo. (...) El deber que

adquiere la entidad que accede al dato de garantizar los derechos fundamentales del titular de la información. Dicho deber implica: (i) guardar la reserva de la información, (ii) informar a los titulares del dato el uso que le esté dando al mismo, (iii) conservar la información recibida con las seguridades debidas, con el fin que la misma no se deteriore, se pierda, se altere, o se use de manera fraudulenta, y, (iv) cumplir con las instrucciones de la autoridad encargada de controlar el uso de datos personales (...) [S]i bien la autoridad administrativa está facultada para solicitar información sobre datos personales clasificados como información semiprivada, dicha facultad está condicionada al cumplimiento de una serie de parámetros dados por la Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria que posteriormente se convirtió en la Ley 1581 de 2012. Lo anterior, debido a que una autoridad administrativa «no puede convertirse en un escenario proclive al abuso del poder informático»

FUENTE FORMAL: LEY 581 DE 2012 – ARTÍCULO 9

FONDOS PRIVADOS DE PENSIONES – Entrega de información a los empleadores

Los fondos privados de pensiones deben suministrarles a las entidades públicas solo la información que sea necesaria y relevante para determinar la condición de prepensionado, en los términos de la Ley 1955 de 2019. (...) Dichos fondos están en capacidad de identificar cuales empleados, que se encuentran afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad, cumplen con los requisitos para causar la pensión de vejez en un término máximo de 3 años contados a partir de la vigencia de la Ley 1955 de 2019, dado que es su obligación legal obtener y mantener actualizada la información previsional de sus afiliados, según lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 656 de 1994. (...) Tal información debe ser suministrada por los fondos privados debido a que la determinación de la condición de prepensionado obedece al cumplimiento de una política pública relacionada con la dirección y gestión del empleo público y la gerencia pública, consistente en la reducción de la provisionalidad en los cargos de carrera, pero salvaguardando los derechos fundamentales de aquellas personas que se encuentran desempeñando un cargo de carrera administrativa en provisionalidad y que están próximos a causar su pensión de vejez. Por último, siendo la información de naturaleza semiprivada excluye el argumento esgrimido por uno de los fondos privados en el sentido de que la información que poseen goza del secreto profesional. No puede existir secreto profesional respecto de la información cuya divulgación es permitida por la ley, bajo ciertos parámetros de protección

FUENTE FORMAL: LEY 1955 DE 2019

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS

Bogotá D.C., trece (13) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-06-000-2019-00138-00(2426)

Actor: MINISTERIO DEL TRABAJO

Referencia: Aplicación del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019 sobre reducción de la provisionalidad en el empleo público, pero garantizando la protección laboral reforzada para personas próximas a adquirir su pensión de vejez - Causación del derecho pensional de los trabajadores afiliados tanto al régimen de prima media con prestación definida como al régimen de ahorro individual con solidaridad – Alcance del concepto de pensión de jubilación contenido en el parágrafo 2º, del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019 - Protección de datos personales (habeas data).

La señora Ministra de Trabajo solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil conceptuar sobre la aplicación del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019 (Plan de Desarrollo 2018 – 2022), disposición que les exige a los representantes legales de las entidades, o a sus delegados, reportar a la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) el total de vacantes definitivas de los empleos de carrera administrativa, «identificando las que a 30 de noviembre de 2018 estaban siendo desempeñadas por personal con nombramiento en provisionalidad y que a 25 de mayo del año 2019 les falte el equivalente de 3 años o menos, bien en semanas de cotización, edad, o ambas, para causar el derecho a la pensión de jubilación».

I. ANTECEDENTES

El único antecedente que expone la señora ministra en la consulta es un resumen interpretativo de lo dispuesto en el artículo 263 del Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022, disposición a la que el gobierno nacional debe darle cumplimiento.

Señaló textualmente la ministra en su escrito:

Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 263 de la Ley 1955 de 2019, “por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022 “pacto por Colombia, pacto por la equidad”; los representantes legales de las entidades o sus delegados deberán reportar a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, a mas tardar el 25 de julio del año en curso, el total de vacantes definitivas de los empleos de carrera administrativa, **identificando las que a 30 de noviembre de 2018 estaban siendo desempeñadas por personal con nombramiento en provisionalidad y que a 25 de mayo del año 2019 les falte el equivalente de 3 años o menos, bien en semanas de cotización, edad, o ambas, para causar el derecho a la pensión de jubilación.**

II. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA CONSULTA

El fundamento de la consulta corresponde a lo dispuesto en el artículo 263 de la Ley 1955 de 2019, disposición que prevé reducir la provisionalidad en el empleo público, pero salvaguardando la situación de los servidores que se encuentren desempeñando un cargo en provisionalidad antes de diciembre de 2018 y a quienes les falten, a la fecha de entrada en vigencia de la ley, tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación.

No obstante lo anterior, la ministra formuló una serie de preguntas relacionadas con dos situaciones en las que se ven inmiscuidos los servidores públicos: 1)

servidores en condición de prepensionados y 2) servidores en edad de retiro forzoso.

Con la finalidad de complementar la información necesaria para el adecuado estudio de la consulta elevada, y con fundamento en lo dispuesto por el parágrafo 2o. del artículo 112 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), el Consejero Ponente convocó a la señora Ministra de Trabajo a una audiencia, para el día 9 de octubre de 2019, la cual se llevó a cabo dentro de los parámetros legales.

En la audiencia, los funcionarios que asistieron en representación del Ministerio de Trabajo manifestaron que las inquietudes formuladas corresponden a diversas situaciones que actualmente se están presentando en dicha entidad, lo que motivó a la Sala a individualizar el expediente, teniendo en cuenta que la consulta contiene preguntas que no están identificadas con la garantía de estabilidad contenida en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022, sustento de la petición.

Por lo anterior, el Consejero Ponente, mediante auto del 15 de octubre de 2019, formó un expediente por cada uno de los temas consultados, con el fin de que fueran tramitados de manera individual, así: uno, para absolver la consulta relacionada con la condición de prepensionados, y otro, para absolver la consulta relacionada con la condición de la edad de retiro forzoso.

En la parte resolutive del citado auto, se dispuso lo siguiente:

Primero. Por secretaría, asígnese a la consulta relacionada con la **condición de prepensionados** en que pueden estar incursos algunos servidores públicos el radicado 11001-03-06-000-2019-00138-00 y numeración interna 2426.

Las preguntas que corresponden a este expediente son las siguientes:

1. Teniendo en cuenta la Ley de Habeas Data, cómo podría el empleador acceder a la información de aquellos servidores afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, si los fondos de Pensiones Privados (Colfondos, Oldmutual, Porvenir y Protección) manifiestan que el derecho pensional no depende de la edad y semanas cotizadas sino del capital ahorrado (información que normalmente no tiene el empleador), además de otras condiciones como la expectativa de vida, género y edad de eventuales beneficiarios?
2. Precisar quien ostenta la calidad de **prepensionado** conforme a la Ley Colombiana, tanto en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en adelante RAIS, como en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en adelante RPM.
3. Aclarar si el término **Pensión de Jubilación**, se puede interpretar como **Pensión de Vejez**. Lo anterior, dado que el término jubilación existía cuando las empresas eran reconocedoras de pensiones.
4. Cual (sic) es el momento en el que se causa el respectivo derecho pensional:
 - a. Con el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas en el RPM?
 - b. Con el cumplimiento de capital suficiente ahorrado en el RAIS?
 - c. Con la expedición de la Resolución de reconocimiento pensional?
 - d. Al ingresar al funcionario a la nómina de pensionados?

Segundo. Por secretaría, fórmese otro expediente y asígnesele el número correspondiente, a la consulta relacionada con los interrogantes sobre la **condición de retiro forzoso**.

Las preguntas que corresponden a este expediente son las siguientes:

Por otra parte, con fundamento en los parámetros del Decreto 648 de 2017, que modifica y adiciona el Decreto Único Reglamentario del Sector Público 1083 de 2015, el cual en su artículo 2.2.11.1.7 dispone:

“ARTÍCULO 2.2.11.1.7 Edad de retiro forzoso. A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, la edad de setenta (70) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo las excepciones señaladas en el artículo 2.2.11.1.5.

Las personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 tuvieron 65 años o más y continúan vinculadas al servicio público, deberán ser retiradas del servicio. Lo anterior, por cuanto no son destinatarias de la regulación de que trata la citada Ley”.

Sobre el particular, me permito consultar a los Honorables Magistrados de la Sala, lo siguiente:

1. Los servidores públicos, que al 31 de diciembre de 2016 cumplieron 65 años y se oponen en adelantar el trámite de reconocimiento pensional, pueden ser retirados del servicio, aún sin tener dicho *reconocimiento de la pensión*?
2. Cómo efectuar el retiro de servidores públicos que no son beneficiarios de la Ley 1821 de 2016, afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en Fondos Privados que son renuentes de iniciar el trámite de *reconocimiento de pensión*?
3. En caso de acudir a la facultad otorgada por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, es viable que el empleador solicite el *reconocimiento de pensión* de los servidores públicos afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS en Fondos Privados, que se oponen a solicitar su propia pensión, aún cumpliendo requisitos?
4. Para el caso de los servidores públicos que tienen fuero sindical, la edad de retiro forzoso subsume el fuero o es obligatorio iniciar el proceso laboral de levantamiento de fuero, a pesar de que el proceso dure un amplio lapso de tiempo?

Finalmente, respetados Magistrados, me permito efectuar las siguientes consultas en relación con los funcionarios que se acogen a la Ley 1821 de 2016 y manifiestan su voluntad de permanecer en el cargo hasta los 70 años:

1. Podría manifestar su voluntad de permanecer en el cargo con posterioridad a la expedición del acto administrativo de retiro?
2. De acogerse a la citada ley una vez retirado del servicio, se debe revocar el retiro?

Tercero. Por secretaría, sométase a reparto la consulta que surja de la individualización ordenada en este auto, según lo dispuesto en el numeral precedente.

Cuarto. Comuníquese esta decisión a la Ministra de Trabajo.

Mediante este expediente, la Sala absolverá las preguntas relacionadas con la condición de prepensionados.

III. PREGUNTAS FORMULADAS RELACIONADAS CON LA CONDICIÓN DE PREPENSIONADOS

Con base en lo antes reseñado, la ministra formuló las siguientes **PREGUNTAS** relacionadas con la condición de prepensionados:

1. Teniendo en cuenta la Ley de Habeas Data, cómo podría el empleador acceder a la información de aquellos servidores afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, si los fondos de Pensiones Privados (Colfondos, Oldmutual, Porvenir y Protección) manifiestan que el derecho pensional no depende de la edad y semanas cotizadas sino del capital ahorrado (información que normalmente no tiene el empleador), además de otras condiciones como la expectativa de vida, género y edad de eventuales beneficiarios?
2. Precisar quien ostenta la calidad de **prepensionado** conforme a la Ley Colombiana, tanto en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en adelante RAIS, como en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en adelante RPM.
3. Aclarar si el término **Pensión de Jubilación**, se puede interpretar como **Pensión de Vejez**. Lo anterior, dado que el término jubilación existía cuando las empresas eran reconocedoras de pensiones.
4. Cual (sic) es el momento en el que se causa el respectivo derecho pensional:
 - a. Con el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas en el RPM?
 - b. Con el cumplimiento de capital suficiente ahorrado en el RAIS?
 - c. Con la expedición de la Resolución de reconocimiento pensional?
 - d. Al ingresar al funcionario a la nómina de pensionados?

IV. CONSIDERACIONES

Con el propósito de dar respuesta a los interrogantes planteados en la consulta, la Sala considera oportuno referirse a las siguientes materias: (i) Regímenes pensionales en el sistema de seguridad social regulado por la Ley 100 de 1993. Sistema dual de pensiones, (ii) Protección laboral reforzada para personas próximas a adquirir su pensión de vejez – Prepensionados, (iii) Causación del derecho pensional como requisito para adquirir la garantía de estabilidad reforzada en desarrollo de la política de reducción de la provisionalidad, según lo dispuesto en el artículo 263 de la Ley 1955 de 2019, (iv) Alcance del concepto de pensión de jubilación contenido en el parágrafo 2º, del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019, (v) Acceso a la información del empleado afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, (vi) Conclusiones.

1. **Regímenes pensionales en el sistema de seguridad social regulado por la Ley 100 de 1993. Sistema dual de pensiones.**

La seguridad social fue consagrada en la Constitución Política, artículo 48, como un servicio público de carácter obligatorio, que puede ser prestado por entidades públicas y privadas, de conformidad con la ley, pero siempre bajo la dirección y coordinación del Estado. Adicionalmente, es un derecho irrenunciable que tienen todos los habitantes del territorio nacional¹.

Es un servicio público pues lo que se pretende es «la satisfacción de necesidades de carácter general, consistentes en amparar a toda la población, sin discriminación de ninguna naturaleza, durante todas las etapas de su vida, contra los riesgos o contingencias que menoscaben sus derechos a la integridad, salud, dignidad humana y mínimo vital, circunstancias frente a las cuales se requiere de una prestación o cobertura continua y obligatoria, en aras de hacer efectivos los mandatos superiores»².

Y es un derecho dado que «guarda una íntima relación con las garantías constitucionales, por lo cual se ha interpretado como de rango fundamental el derecho de las personas a exigir un conjunto de prestaciones -v.g. la pensión de vejez o jubilación- a cargo de las entidades que integran el sistema de seguridad social, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la Constitución y la ley.^[55] »³

Con fundamento en este canon constitucional, el legislador expidió la Ley 100 de 1993 y las demás disposiciones que la modificaron o la adicionaron, mediante la cual creó un sistema dual de pensiones.

Sobre el particular, la Corte Constitucional señaló:

La prestación del servicio de la Seguridad Social puede estar a cargo del Estado, a través de entidades públicas que asumen diferentes formas jurídicas de gestión o de los particulares, de conformidad con la ley. En consecuencia, el legislador tiene una variedad de opciones para desarrollar el mandato del art. 48, y naturalmente una amplia competencia para crear el sistema o los sistemas de seguridad social que mas (sic) se adecuen a las finalidades del Estado Social de Derecho y que realicen el postulado no sólo jurídico, sino material de la igualdad, de modo tal que también se garantice plenamente el postulado del art. 46 que asigna a la sociedad y a la familia, pero particularmente al Estado, el deber de concurrir a la protección y asistencia de las personas de la tercera edad.

La Constitución no impone al legislador la creación de un sistema único de pensiones, puede establecer diferentes regímenes para lograr el cometido estatal atinente a la prestación del servicio de seguridad social, que contengan la necesaria protección y asistencia de las referidas personas.

La ley dispuso la creación de un sistema dual, que comprende subsistemas que operan cada uno en forma autónoma e independiente y, además excluyente, lo cual, a juicio de la Corte, se adecua a los, (sic) mandatos constitucionales (...)⁴.

Los dos regímenes pensionales creados por la ley tienen características diferentes y son excluyentes entre sí.

¹ Constitución Política, artículo 48: «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. (...)»

² Corte Constitucional, sentencia C-078 de 2017.

³ Ibidem. La siguiente cita es del original del texto: ^[55] Sentencia C-227 de 2004.

⁴ Corte Constitucional, sentencia C- 538 de 1996.

A continuación, se exponen las características más relevantes de dichos regímenes, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad:

Características - Diferencias	Régimen de Prima Media con Prestación Definida	Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad
Concepto	Se define como «aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas» en la Ley. (artículo 31 Ley 100 de 1993).	Este régimen está definido como «el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados...» (artículo 59, inciso 1, Ley 100 de 1993) y <u>«está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, ...»</u> (artículo 59, inciso 2, Ley 100 de 1993) (El aparte subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C- 086 de 2002, por los cargos presentados) «Los afiliados al Régimen tendrán derecho al reconocimiento y pago de las pensiones de vejez, (...) cuya cuantía dependerá de los aportes de los afiliados y empleadores, sus rendimiento (sic) financieros, y de los subsidios del Estado, cuando a ellos hubiere lugar;» (artículo 60, literal a., Ley 100 de 1993) (Declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C- 086 de 2002, por los cargos presentados).
Naturaleza jurídica de los fondos de pensiones	«Los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de <u>naturaleza pública</u> , que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley». (artículo 32, literal b) Ley 100 de 1993) (El aparte subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante	Los aportes de los afiliados se efectúan en una cuenta individual de ahorro, y «[e]l conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional constituye un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, denominado fondo de pensiones, el cual es independiente del patrimonio de la entidad administradora». (artículo 60, literal d., Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 48 de la Ley 1328 de 2009).

Características - Diferencias	Régimen de Prima Media con Prestación Definida	Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad
	sentencia C- 378 de 1998, «en el entendido que la naturaleza pública que se reconoce al fondo común que se constituye con los aportes de los afiliados en el régimen de prima media con prestación definida, dado su carácter parafiscal, en ningún caso, debe ser entendida en el sentido que los dineros que de él hacen parte pertenecen a la Nación»).	
Administrador	El administrador de este régimen pensional era el Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones.	La administración está a cargo de los fondos privados de pensiones
Requisitos para la causación de la pensión de vejez	<p>La regla general exige el cumplimiento de los siguientes requisitos:</p> <p>Edad: A partir del 1º de enero de 2014 las edades requeridas son haber cumplido «cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre»</p> <p>Tiempo de servicio o semanas cotizadas: Desde el año 2015 se exige haber cotizado 1300 semanas en cualquier tiempo. (artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003).</p>	<p>Los afiliados a este régimen tienen derecho a una pensión de vejez, «a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley [se refiere a la Ley 100 de 1993], reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE». (artículo 64 de la Ley 100 de 1993).</p> <p>No obstante, en este régimen la ley prevé una garantía de pensión mínima cuando el capital ahorrado por el afiliado no es lo suficiente para financiar una pensión mínima y siempre que se cumplan los siguientes requisitos (artículo 65 de la Ley 100 de 1993):</p> <p>a. De edad: 62 años para hombres y 57 años para mujeres.</p> <p>b. De semanas cotizadas: 1150 semanas.</p>
Límites de la pensión	No puede ser inferior a un salario mínimo mensual legal vigente ni superior a 25 salarios mínimos mensuales legales vigentes	La ley solo prevé que con el capital ahorrado se pueda financiar al menos la pensión mínima, que «equivale al 110%

Características - Diferencias	Régimen de Prima Media con Prestación Definida	Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad
	(artículos 35 y 18 de la Ley 100 de 1993, este último modificado por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003).	del salario mínimo de 1993, actualizado con el IPC al momento en que se obtiene la pensión» ⁵ . En la garantía de pensión mínima , el monto es la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, es decir, el valor de un salario mínimo legal mensual vigente. (artículo 65 de la Ley 100 de 1993).
Monto de la pensión	Es un porcentaje del ingreso base de liquidación, previamente definido por la ley (artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, este último modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003).	La ley no prevé un monto, pues este depende de lo que el afiliado haya logrado ahorrar en su cuenta individual de ahorro pensional.

Sobre las características de los sistemas pensionales, el alto Tribunal Constitucional señaló:

Al efecto, se establecieron dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, el régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad. El primero, es aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas⁶, independientemente del monto de las cotizaciones acumuladas, siempre que se cumpla con los requisitos legales. El segundo, está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, la solidaridad a través de las garantías de pensión mínima y aportes al fondo de solidaridad⁷.

(...)

Los dos regímenes que conforman el sistema general de pensiones, el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad presentan cada uno rasgos sobresalientes especiales que permiten diferenciarlos entre sí, entre otros los relativos a las edades de jubilación, en el número de semanas de cotización exigidas para acceder a la pensión mínima y en los factores que determinan el monto de la pensión, y que fueron ya clara y ampliamente definidos por la Corte Constitucional⁸.

El régimen de prima media con prestación definida es administrado por el Instituto de Seguros Sociales ISS (art. 52) y el régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por los fondos privados (art. 90). Además, otras diferencias entre los dos subsistemas se refieren a las edades de jubilación, el número de semanas de cotización exigidas para acceder a la pensión mínima y los factores que determinan el monto de la pensión.

⁵ ARENAS MONSALVE, Gerardo. El derecho colombiano de la seguridad social. Cuarta Ed. Bogotá. Editorial Legis, 2018, p. 333.

Atendiendo los anteriores parámetros, el legislador en ejercicio de su libertad de configuración señaló los requisitos que deben ser cumplidos para tener derecho a las distintas prestaciones dentro de cada uno de los subsistemas del régimen de seguridad social en pensiones, tomando en consideración dos variables fundamentales: la edad y el tiempo de servicio. Así, para la pensión de vejez sus requisitos se hallan regulados en los artículos 33 y 64 de la Ley 100 de 1993; (...)

(...)

Ahora bien, es apenas lógico que en el régimen de ahorro individual con solidaridad la integración del capital suficiente para el reconocimiento y pago de las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes dependa -en lo que concierne al aporte del trabajador-, únicamente de su propio esfuerzo ahorrativo incrementado con sus correspondientes rendimientos financieros. Así fue concebido este sistema por el legislador y por ello se denomina régimen de ahorro individual, caracterizado por que las pensiones se financian con el ahorro proveniente de las contribuciones hechas por los trabajadores, que en su conjunto forman un capital autónomo que es administrado por los fondos privados de pensiones.

La circunstancia de que el legislador no haya previsto la participación de otras personas distintas al trabajador en la conformación de su cuenta de ahorro individual, no puede ser interpretada como una vulneración del principio constitucional de solidaridad de la seguridad social, por cuanto el esquema del régimen de ahorro individual adoptado por el legislador en desarrollo de su libertad configurativa se fundamenta en el esfuerzo individual y personal del afiliado aportante, al cual se agrega el aporte del empleador cuando se trata de trabajadores dependientes tal como preceptúa el literal a) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior sin perjuicio del reconocimiento de la pensión de vejez, para aquellas personas que habiendo cumplido 62 años de edad si son hombres o 57 si son mujeres, no hayan podido alcanzar a generar los aportes para la financiación de la pensión mínima. En estos casos, el afiliado tiene derecho a que el Estado, en virtud del principio de solidaridad, complemente los recursos que hacen falta para el reconocimiento y pago de la pensión mínima, con lo cual se permite el desarrollo del principio de solidaridad.

(...)

Así, en el subsistema de prima media con prestación definida los afiliados obtendrán las pensiones establecidas en la ley de un fondo común de naturaleza pública que está constituido por sus aportes y sus rendimientos; al paso que en el subsistema de ahorro individual con solidaridad, la pensión dependerá del ahorro proveniente de las cotizaciones individuales y sus respectivos rendimientos financieros, razón por la cual, su cuantía está determinada por el monto de los aportes realizados, capitalizados en una cuenta de ahorro pensional de cada afiliado^{6 7}.

⁶ Corte Constitucional, sentencia C- 086 de 2002. Las siguientes citas son del original del texto: ⁶ Ley 100 de 1993, art. 31, / ⁷ Ley 100 de 1993, art. 59, / ⁸ En Sentencia C-378 de 1998 la Corte identificó los rasgos sobresalientes de estos dos subsistemas. Dijo que a diferencia del sistema de prima media con prestación definida, en el que los aportes de cada afiliado ingresan a un fondo común, en el régimen de ahorro individual con solidaridad, éstos se destinan a una cuenta individual de ahorro para cada afiliado. Así, el conjunto de cuentas individuales de ahorro, constituyen un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados, administrado por las entidades que se autorizan para tal efecto. A diferencia del régimen de solidaridad de prima media con prestación definida, donde se constituye un fondo común de naturaleza pública, administrado por el Instituto de Seguros Sociales, y las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993. Administración que en uno y otro caso, se encuentra bajo el control del Estado, a través de la Superintendencia Bancaria.)

⁷ Sobre la diferencia de regímenes ver también las siguientes sentencias: C- 538 de 1996, C- 378 de 1998, C-078 de 2017.

La anterior precisión, le permite a la Sala abordar el tema relacionado con la estabilidad laboral reforzada de las personas que ostenten la condición de prepensionadas, de conformidad con la ley y con los desarrollos jurisprudenciales, en ambos regímenes pensionales.

2. Protección laboral reforzada para personas próximas a adquirir su pensión de vejez – Prepensionados.

2.1 Protección Especial regulada en la Ley 790 de 2002 – Prepensionados en retén social.

En el año 2002, fue expedida la Ley 790, con el objeto de «renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, con la finalidad de garantizar, dentro de un marco de sostenibilidad financiera de la Nación, un adecuado cumplimiento de los Fines (sic) del Estado con celeridad e intermediación en la atención de las necesidades de los ciudadanos, conforme a los principios establecidos en el artículo 209 de la C.N. y desarrollados en la Ley 489 de 1998».

Dado que esta renovación de la rama ejecutiva trajo consigo la eliminación de los diferentes cargos y el retiro del servicio de los servidores públicos, dicha ley consagró una protección especial, en los siguientes términos:

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 ley⁸.

Esta garantía de estabilidad reforzada, en consecuencia, procedía siempre que se dieran los siguientes supuestos de hecho:

- a. Que existiera una vinculación laboral con una entidad pública del orden nacional.
- b. Que en dicha entidad se desarrollara el programa de renovación pública.
- c. Que los servidores públicos se encontraran en alguna de las siguientes situaciones:

⁸ Las expresiones «las personas con limitación física, mental, visual o auditiva» fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-174-04 de 2 de marzo de 2004. / Las expresiones : «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» fueron declaradas condicionalmente exequibles por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-044-04 de 27 de enero de 2004, «... en el entendido de que la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen». / La expresión «las madres» fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1039-03 de 5 de noviembre de 2003, «en el entendido que la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen».

- Madres cabeza de familia sin alternativa económica. Situación extendida a los padres que se encuentren en la misma condición, mediante sentencias C- 1039 de 2003 y C- 044 de 2004.
- Personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y
- Servidores que cumplan con 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 contados a partir de la promulgación de la Ley 790 de 2002 (diciembre 27 de 2002)⁹.

A esta última situación se le conoce con el nombre de prepensionados. No obstante, es un concepto descrito bajo una condición específica conocida como retén social.

Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia de unificación SU- 897 de 2012, precisó el alcance del concepto de prepensionados bajo dicho contexto legal, es decir, bajo la noción de retén social, en los siguientes términos:

- i. El retén social, y dentro de éste la protección a las personas próximas a pensionarse, tiene fundamento jurídico en principios de raigambre constitucional.
- ii. La interpretación más acorde con el contenido esencial del derecho a la seguridad social y que más garantías otorga es aquella que cuenta el término de tres años exigido por el artículo 12 de la ley 790 de 2002 desde el momento en que se suprime el cargo y la persona es retirada del servicio.
- iii. No obstante el fundamento constitucional del retén social, su concreción práctica no se aplica de forma irrestricta o ilimitada; la misma sigue los parámetros que, en ejercicio de su libertad de configuración, han sido dados por el legislador. En este sentido, y para los casos que ahora nos ocupan, se concluye que el retén social guarda una esencial relación con la aplicación del PRAP, en cuanto los servidores de entidades liquidadas en desarrollo del mismo deberán ser beneficiarios de dicha protección reforzada.
- iv. Será la entidad en proceso de liquidación o el administrador del patrimonio autónomo de remanentes de la misma el sujeto de derecho encargado de dar cumplimiento a la protección derivada del retén social para los prepensionados, se trate de decisiones tomadas por la propia entidad o de órdenes proferidas por las autoridades judiciales¹⁰.

La Corte Suprema de Justicia, ha hecho, igualmente, referencia a la situación de prepensionado regulada expresamente en la Ley 790 de 2002 dentro del programa de renovación de la administración pública, en los siguientes términos:

(...) debe recordarse que, mediante la Ley 790 de 2002, *«por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República»*, se autorizó al Gobierno Nacional para adelantar un proceso de renovación y modernización de la administración pública con el fin de lograr un cumplimiento efectivo de los fines del Estado.

⁹ Sobre el momento a partir del cual se deben contar los 3 años, la Corte Constitucional, luego de analizar un factor fáctico que hacía inviable la aplicación del término fijado por la ley, y de haber adoptado diferentes momentos, en la sentencia de unificación SU- 897 de 2012 optó por asumir la posición más garantista, indicando, en efecto, que el instante en que debe empezarse a contar el término de tres años exigido por el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 es desde que se suprime el cargo y la persona es retirada del servicio.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia SU 897-2012.

El desarrollo de dicho objetivo trajo consigo la reestructuración de la planta de personal de algunas entidades del Estado, la fusión y la disolución de otras, en lo que se denominó el programa de renovación de la administración pública, implementación que condujo a la eliminación de diferentes cargos al interior de las entidades y la consecuente terminación de los contratos laborales de quienes se encontraban amparados por tal relación jurídica. Sin embargo, consciente de las implicaciones que ello tenía para los trabajadores, en el artículo 12 de la citada Ley 790 de 2002, se consagró una protección laboral reforzada para tres grupos de trabajadores: madres cabeza de familia- padres también según lo dispuesto en la sentencia CC C-1039 de 2003-, personas con limitación física, mental, visual o auditiva y los servidores públicos próximos a pensionarse, disposición que es del siguiente tenor:

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.

De la lectura de la norma en comento se advierte que la protección establecida opera tratándose de trabajadores que laboran en entidades que se encuentren en proceso de reestructuración, fusión o disolución. En ese orden de ideas, es un requisito indispensable para ser beneficiario del retén social que la entidad empleadora se encuentre en alguna de esas condiciones para el momento del retiro del servicio, ya que de lo contrario no resulta viable dar aplicación a esa estipulación legal¹¹.

En conclusión, la garantía consagrada en la Ley 790 de 2002 fue un mecanismo de protección de los derechos de los trabajadores que podían verse afectados como consecuencia del proceso de renovación de la administración pública¹², y si bien este mecanismo conocido como retén social tuvo un origen legal, dicha norma jurídica es una aplicación concreta de las garantías constitucionales¹³.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia SL 1018-2018 del 10 de abril de 2018, radicación No. 56052, acta 08.

Véanse igualmente las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral: SL 12486-2017 del 16 de agosto de 2017 (Radicación No. 47981, acta 06), SL 1896-2018 del 16 de mayo de 2018 (radicación No. 62902, acta 014).

¹² Corte Constitucional, sentencia SU- 003 de 2018: «60. Conforme a los pronunciamientos de las distintas Salas de Revisión de esta Corte⁵⁴, la figura de la “prepensión” es diferente a la del denominado “retén social”, figura de origen legal, que opera en el contexto de la renovación, reestructuración o liquidación de entidades públicas⁵⁵». Las siguientes citas son del original del texto: ⁵⁴ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-897 de 2012 / ⁵⁵ Esta figura, a nivel legal, se consagró en la Ley 790 de 2002, “Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República”.

¹³ Corte Constitucional, sentencia T- 768 de 2005: «Así las cosas, se concluye que aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en la condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribe a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, no obstante, dicha protección no se agota allí, como quiera que la disposición referida es simplemente una aplicación concreta de las garantías constitucionales, las cuales están llamadas a ser aplicadas cuando quiera que el ejercicio del derecho fundamental pueda llegar a verse conculcado. En este orden de ideas, debe tenerse presente que 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».

2.2 Alcance jurisprudencial de la figura de prepensionable como condición para hacer efectiva la garantía de estabilidad reforzada.

La jurisprudencia ha sido enfática en señalar que la condición de prepensionado tiene un origen suprallegal, pues deviene de la necesidad de proteger los derechos fundamentales, como el mínimo vital y la igualdad, de aquellas personas que pueden verse afectadas por el retiro del empleo:

12. Como se observa, el instituto jurídico del retén social está conformado por un grupo de reglas legales, amparadas por decisiones de control abstracto de constitucionalidad, que tienen por objeto hacer compatibles la facultad del legislador de prever procesos de restructuración de la Administración y los derechos fundamentales de servidores públicos sujetos de especial protección constitucional, entre ellos los trabajadores próximos a pensionarse.

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 *prepensionados* 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. (...)

En contrario, el retén social es apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales concernidos por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse. En otras palabras, el fundamento de la estabilidad laboral de los *prepensionados* tiene origen constitucional y, por ende, resulta aplicable en cada uno de los escenarios en que entren en tensión los derechos al mínimo vital y la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo, entre ellas el concurso público de méritos, como se explica enseguida¹⁴.

Ahora bien, el alcance que la jurisprudencia le ha dado a la condición de prepensionado se ha venido modulando.

En un comienzo, y por varios años, la condición de prepensionado estaba sujeta a que se cumplieran, dentro de los 3 años siguientes a la desvinculación, los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez: la edad y el tiempo de servicio o las semanas cotizadas.

Al respecto, la Corte Constitucional señaló:

[...] en la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los prepensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez¹⁵.

No obstante lo anterior, en la sentencia SU- 003 de 2018, la Corte modificó su posición respecto al alcance de la condición de prepensionable, además de indicar que los empleados públicos de libre nombramiento y remoción no

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-186 de 2013.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-897 de 2012.

adquieren esta condición, es decir, no son sujetos de la garantía de estabilidad reforzada, por las razones expuestas en dicho fallo¹⁶.

Sobre la condición de prepensionable consideró que el objetivo de esta figura es proteger la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, y en esa medida señaló que «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, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez».

Así pues, a partir de dicha sentencia de unificación, tal condición la tiene aquel trabajador a quien le falten 3 años o menos para cumplir con el requisito de las semanas cotizadas, pero ya no se tiene en cuenta la edad, pues, según la Corte Constitucional, la pensión no se frustra si no se cumple con la edad, en la medida en que esta puede cumplirse de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente.

Al respecto, indicó:

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia SU- 003 de 2018: «51. Esta Corte, en múltiples oportunidades, se ha pronunciado acerca del distinto origen constitucional de los empleos de carrera administrativa y de libre nombramiento y remoción. Entre otras, en las sentencias C-023 de 1994, C-195 de 1994, C-514 de 1994 y C-306 de 1995 señaló que correspondía al legislador determinar cuáles cargos debían exceptuarse del régimen general de carrera administrativa y considerarse de libre nombramiento y remoción. Con relación a los fundamentos constitucionales de este tratamiento excepcional para el segundo tipo de empleados públicos, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-514 de 1994, precisó que estos debían obedecer a dos tipos de criterios: (i) bien, a la naturaleza de las funciones, (ii) ora, al grado de confianza para el ejercicio de las funciones. Con relación al primero, “un cargo de libre nombramiento y remoción debe referirse a funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional”. Con relación al segundo, indicó que, “los cargos de libre nombramiento y remoción deben implicar un alto grado de confianza, es decir, de aquella que por la naturaleza misma de las funciones a realizar demanda un mayor grado de reserva por parte de la persona que las cumple”. Se trata, entonces, de criterios alternativos, de orden constitucional, que permiten al Legislador atribuir a un determinado empleo público el carácter de libre nombramiento y remoción. (...). / 53. Estas razones, asociadas, bien al ejercicio de funciones de dirección, conducción u orientación institucional, ora de un alto grado de confianza, justifican no solo la excepción a la regla constitucional de ingreso por concurso a la carrera administrativa, sino que también habilita un tratamiento distinto en la aplicación de los distintos fueros de estabilidad laboral, entre ellos el de “prepensión”, en los términos de la primera regla de unificación de esta sentencia. En consecuencia, tal como allí se indicó, por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, que relaciona el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, no gozan de estabilidad laboral reforzada como consecuencia, bien, de las funciones a su cargo o de la suma confianza que exige su labor. / (...) 56. 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. En la primera, se señala como razón suficiente para su existencia el que en su ejercicio se exija una confianza plena y total, y que se atribuye su poder de nominación y remoción a servidores que ejercen una función eminentemente política. En la segunda se indica que dicha confianza se refiere a la “*inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requieren cierto tipo de funciones, en especial, aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata*”. Son, pues, estos dos criterios, de manera fundamental, los que ha considerado relevantes la jurisprudencia constitucional para justificar la validez constitucional de este tipo de empleos: uno de índole material, en razón a las funciones que desarrollan, y, otro, de índole subjetivo, que da cuenta del alto grado de confianza que exige su ejercicio».

62. L
a “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.
63. I
gualmente, tal como lo ha considerado esta Corte, en especial en relación con los cargos de libre nombramiento y remoción, en aquellos supuestos en los que solo resta el requisito de edad (dado que se acredita el número de semanas de cotización o el tiempo de servicio, en el caso del Régimen de Prima Media con Prestación Definida), no se ha considerado que la persona sea titular de la garantía de “prepensión”, en la medida en que la consolidación del derecho pensional no está sujeta a la realización de cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones⁵⁷.
64. E
n consecuencia, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, en caso de desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, de allí que no haya lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente¹⁷.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de tutela STL 1784 – 2019, del 23 de enero de 2019, Radicación No. 11001023000020190000100, acta 02¹⁸,

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia SU – 003 de 2018. La siguiente cita es del original del texto:
⁵⁷Con relación a esta problemática, en la Sentencia T-972 de 2014 le correspondió a la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional decidir acerca de la solicitud de reintegro de una exservidora pública, de libre nombramiento y remoción, que ejercía un cargo directivo en la Fiscalía General de la Nación, al considerar que se había desconocido la figura de “prepensión” como consecuencia de su declaratoria de insubsistencia. El problema jurídico a resolver por la Corte fue el siguiente: “¿Es procedente la acción de tutela para ordenar el reintegro de una empleada pública, nombrada en un cargo de libre nombramiento y remoción, cuando el nominador de la entidad pública a la cual se encontraba vinculada, la declara insubsistente argumentando razones de confianza?”. Para su resolución, la Corte consideró, al analizar si la desvinculación del cargo le ocasionaba un perjuicio irremediable, lo siguiente: “De igual manera, no está protegida por la legislación que regula el retén social de los prepensionados ya que el retiro del servicio no obedeció a la liquidación o reestructuración de la entidad para la cual laboraba, sino que el mismo ocurrió por razones de confianza; y con la declaratoria de insubsistencia no se le ha impedido cumplir a cabalidad con los requisitos necesarios para acceder a la pensión, ya que para la fecha del retiro la accionante tenía laborados y cotizados más de 26 años, quedándole pendiente solo el cumplimiento de la edad requerida para alcanzar el estatus de pensionada. Con ello desaparece la urgencia de la protección de los derechos invocados por vía de tutela”. Finalmente, en un apartado que constituye obiter dictum de la decisión, se señala: “Si en gracia de discusión la acción fuera viable, debe la Sala hacer la precisión de que la declaratoria de insubsistencia del cargo de un servidor público que se encontraba vinculada como una empleada de libre nombramiento y remoción, no ocasiona por sí mismo un perjuicio al cual pueda darse el alcance de hecho injustificado. Aceptar lo contrario llevaría a una situación que convertiría en inamovibles los cargos de libre nombramiento y remoción; por tanto, a través de este mecanismo preferente y sumario no se puede ordenar el reintegro solicitado”.

¹⁸ «Finalmente, se encuentra que el nombramiento y posterior posesión del funcionario que aprobó el concurso de méritos devino en la desvinculación de la aquí tutelante, quien ocupó desde el 1 de octubre de 2010 hasta el 8 de noviembre de 2018 dicho empleo, en provisionalidad, y quien afirmó ser titular de estabilidad laboral reforzada porque únicamente le faltan «2 años y menos de 10 meses para obtener el derecho constitucional a la pensión, pues la edad exigida para [su] jubilación es a los 57 años, único requisito que [le] falta para ser acreedora a este derecho [...]». / De otro lado, encuentra la Sala que la aquí accionante no demostró, a su turno, ninguna situación fáctica relevante que permita entrever que es titular de estabilidad laboral reforzada y que, en tal orden,

atendiendo los lineamientos dados por la Corte Constitucional en su sentencia de unificación SU- 003 de 2018, aplicó el nuevo criterio para otorgar la condición de prepensionado a quien desempeñe un cargo de carrera administrativa vinculado en provisionalidad.

Por último, el Consejo de Estado, en relación con la condición de prepensionado de un empleado afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, le otorgó la calidad de tal con fundamento en la garantía de pensión mínima consagrada en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, que exige el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas cotizadas. En dicha oportunidad señaló lo siguiente:

La condición de prepensionada de la actora.

El artículo 64 de la Ley 100 de 1993 establece como único requisito para obtener la pensión de vejez, para cuando la persona está afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que posea un capital ahorrado, de tal monto, que le permita obtener una pensión mensual igual o superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente⁹.

De forma alternativa, el artículo 65 de la precitada Ley dispone de un mecanismo denominado garantía de pensión mínima de vejez, consistente en que las personas que cumplieren la edad de 57 años mujeres y 62 años hombres, y no hayan alcanzado a ahorrar el capital exigido 64 *ibídem* (sic), pero hubieren cotizado un mínimo de 1150 semanas, tienen derecho a que el Gobierno Nacional, en virtud del principio de solidaridad, les complete el capital que les haga falta para obtener dicha pensión¹⁰.

En esa medida, y en consideración a la especialidad técnica que se requiere para determinar la rentabilidad del capital ahorrado por la actora y a los principios de favorabilidad laboral¹¹ y celeridad procesal, la Sala considera adecuado determinar la calidad de prepensionada de la accionante con base en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, mediante el cual se consagra la garantía de pensión mínima¹⁹.

genere tal tensión con el derecho del nombrado en propiedad que amerite un ejercicio de ponderación por parte de este juez constitucional, ya que, si bien invocó una presunta condición de prepensionada, olvidó que dicha especial calidad no la detentan las personas a quienes les falta únicamente la edad para acceder al derecho a la pensión en el momento en que son desvinculadas, pues, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia CC SU003-2018, la finalización del vínculo contractual no frustra potencialmente, en dichos eventos, la adquisición de la prestación vitalicia».

¹⁹Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 24 de noviembre de 2016, radicación No. 19001-23-33-000-2016-00396-01(AC). Las siguientes citas son del original del texto: **⁹ARTÍCULO 64. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ.** Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste hubiere lugar. Cuando a pesar de cumplir los requisitos para acceder a la pensión en los términos del inciso anterior, el trabajador opte por continuar cotizando, el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años de edad si es hombre. / **¹⁰ARTÍCULO 65. GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ.** Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente Ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo previsto en los párrafos del artículo 33 de la presente Ley. / ¹¹Código

Por lo anterior, se concluye que:

La estabilidad reforzada bajo la condición de prepensionable es de raigambre constitucional, y opera siempre que se vean conculcados los derechos fundamentales de los trabajadores que por alguna circunstancia deban ser retirados del servicio.

Esta condición se ha venido modulando por parte de la Corte Constitucional, pues en un comienzo la condición de prepensionado estaba sujeta a que se cumplieran, dentro de los 3 años siguientes a la desvinculación, los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez: la edad y el tiempo de servicio o las semanas cotizadas.

Recientemente, la Corte Constitucional modificó la posición que tenía sobre la condición de prepensionado y señaló, mediante la sentencia de unificación SU-003 de 2018, que tal condición es adquirida en la medida en que al trabajador le falte únicamente el requisito de las semanas cotizadas, pues el objetivo de esta figura es proteger la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez. Descartó el requisito de la edad habida cuenta que la pensión no se frustra por falta del mismo, pues la edad puede cumplirse de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente.

Por último, el Consejo de Estado, respecto al trabajador que se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, le reconoció el estatus de prepensionado con base en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, que consagra la garantía de pensión mínima y para la cual se requiere cumplir con los requisitos de edad y semanas cotizadas.

2.3 Garantía de estabilidad reforzada en la condición de prepensionado, regulada en el artículo 263 de la Ley 1955 de 2019 «Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”».

Señala el artículo 263 de la Ley 1955 de 2019 (Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022):

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.

Los procesos de selección para proveer las vacantes en los empleos de carrera administrativa en los municipios de quinta y sexta categoría serán adelantados por la CNSC, a través de la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), como institución acreditada ante la CNSC para ser operador del proceso. La ESAP asumirá en su totalidad, los costos que generen los procesos de selección.

Sustantivo del Trabajo. **ARTICULO 21. NORMAS MÁS FAVORABLES.** En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad.

PARÁGRAFO 1o. Las entidades públicas deberán adelantar las convocatorias de oferta pública de empleo en coordinación con la CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública.

PARÁGRAFO 2o. Los empleos vacantes en forma definitiva del sistema general de carrera, que estén siendo desempeñados con personal vinculado mediante nombramiento provisional antes de diciembre de 2018 y cuyos titulares a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley le falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional.

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.

El jefe del organismo deberá reportar a la CNSC, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de publicación de la presente ley, los empleos que se encuentren en la situación antes señalada.

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 la disposición citada, se puede evidenciar que lo pretendido por el legislador es reducir la provisionalidad en el empleo público. Lo anterior significa que todos los cargos de carrera administrativa existentes deben ser provistos mediante el sistema de concurso público de méritos, tal como lo consagran la constitución²⁰ y la ley²¹.

No obstante esta obligación legal, el mismo legislador se preocupó por proteger a aquellos funcionarios que se encuentren desempeñando dichos cargos en provisionalidad y que a su vez, se encuentren en alguna condición que amerite una protección especial, como ser madre o padre cabeza de familia, encontrarse en situación de discapacidad, o estar ad portas de causar su derecho a la pensión. Es decir, el legislador reguló un mecanismo para preservar los derechos de los trabajadores.

Respecto a la condición de ser madres o padres cabeza de familia o estar en una condición de discapacidad, el artículo 263 de la Ley 1955 de 2019 previó la necesidad de que la administración adelante acciones afirmativas con el fin de lograr la reubicación, en otros empleos vacantes, de las personas que deban ser retiradas del servicio para proveer el cargo con aquellos que se encuentren en la lista de elegibles, o, procurar que sean los últimos en ser retirados.

Pero respecto de aquellos servidores que estén próximos a obtener su pensión, dicha disposición previó que los empleos por ellos desempeñados en provisionalidad solo pueden ser ofertados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, una vez el servidor cause efectivamente su derecho pensional.

²⁰ Constitución Política, artículo 125.

²¹ Ley 909 de 2004 y demás disposiciones que la modifiquen, sustituyan o deroguen.

De igual forma, la disposición en comento delimitó en el tiempo los servidores que serían beneficiarios de dicha estabilidad reforzada por encontrarse desempeñando un cargo de carrera administrativa en provisionalidad. En este sentido, esta garantía aplica, siempre que se cumplan dos circunstancias:

- a. Que se trate de personal vinculado antes de diciembre de 2018, y
- b. Que a la fecha de entrada en vigencia de la ley del Plan Nacional de Desarrollo (25 de mayo de 2019)²² le falten 3 años o menos para causar el derecho pensional.

En conclusión, la Ley 1955 de 2019 «Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”», le da alcance a la condición de prepensionados para aquellos servidores que se encuentran vinculados a un cargo de carrera administrativa en provisionalidad.

Bajo este contexto legal, para que surja la garantía de estabilidad reforzada en condición de prepensionados, es menester que se den las siguientes circunstancias:

- a. Que los empleos sean de carrera administrativa.
- b. Que dichos empleos se encuentren vacantes, es decir, no hayan sido ofertados por la Comisión Nacional del Servicio Civil para ser provistos mediante el sistema de concurso público de méritos.
- c. Que dichos empleos estén siendo desempeñados por servidores vinculados en provisionalidad.
- d. Que los servidores que estén desempeñando los cargos de carrera en provisionalidad cumplan las dos condiciones indicadas anteriormente, es decir, (i) que estén vinculados antes de diciembre de 2018 y (ii) que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo (25 de mayo de 2019) les falten 3 años o menos para causar el derecho pensional.

Sobre esta última condición, y dado que una de las circunstancias de tiempo está ligada a la causación del derecho pensional, la Sala abordará su estudio teniendo en cuenta aquellos servidores que se encuentran en el régimen de prima media con prestación definida y aquellos servidores que están en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

3. Causación del derecho pensional como requisito para adquirir la garantía de estabilidad reforzada en desarrollo de la política de reducción de la provisionalidad, según lo dispuesto en el artículo 263 de la Ley 1955 de 2019.

El derecho pensional forma parte de la seguridad social, cuyo fundamento constitucional se encuentra en el artículo 48 de la Carta, adicionado por el Acto Legislativo No. 1 de 2005.

²² La Ley 1955 del 25 de mayo de 2019, fue publicada en el Diario Oficial No. 50.964 del 25 de mayo de 2019.

En dicha norma constitucional, inciso 9, se precisó cuándo un afiliado adquiere el derecho a la pensión:

Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.

Lo anterior significa que el derecho a la pensión se causa en la medida que las personas cumplan con los requisitos previamente señalados en la ley para acceder a ella.

La constitución defirió en la ley la fijación de los requisitos necesarios para que se cause el derecho a la pensión. Así lo ha reconocido la jurisprudencia, al señalar:

(...) en relación con las condiciones para acceder a la pensión, el artículo 48 Superior -incluso desde su versión inicial- ha hecho una remisión expresa para que sea el Legislador el encargado de determinarlas. Sobre el particular, este Tribunal de manera reiterada ha reconocido el amplio margen de configuración que tiene el Congreso de la República para regular todo lo concerniente al reconocimiento legal de la pensión, siempre que se oriente por los principios de eficiencia, solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera^[62]. Dicha facultad se materializa en la posibilidad de modificar las condiciones existentes a fin de asegurar que el Estado cumpla con sus obligaciones en materia de seguridad social y siempre que se respeten los derechos adquiridos²³.

Ahora bien, la causación del derecho a la pensión no requiere de su reconocimiento. Así lo previó la misma Constitución, artículo 48, inciso 14, adicionado por el Acto Legislativo No. 1 de 2005, al indicar: «(...) Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento»²⁴.

En consecuencia, el cumplimiento de **todos** los requisitos previstos en la ley para adquirir el derecho a la pensión es lo que se conoce como **causación del derecho**, y no hay necesidad de que este sea reconocido, es decir, no requiere de la manifestación expresa de la administración sobre la admisión o aceptación del cumplimiento de los requisitos señaladas en la ley²⁵.

Por lo anterior, la Sala procede a analizar los requisitos para causar el derecho a la pensión de vejez en los dos sistemas pensionales consagrados en la Ley 100 de 1993.

3.1. Causación del derecho pensional en el régimen de prima media con prestación definida.

En el **régimen de prima media con prestación definida**, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, define los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez, en los siguientes términos:

²³ Corte Constitucional, sentencia C-078 de 2017. La siguiente cita es del original del texto: ^[62] Sentencias C-258 de 2011, C-760 de 2004 y C-967 de 2003.

²⁴ Constitución Política, artículo 48, inciso 14, adicionado por el Acto Legislativo No. 1 de 2005.

²⁵ El verbo «reconocer» según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, significa, entre varias definiciones, «8. tr. Admitir o aceptar que alguien o algo tiene determinada cualidad o condición». Consultado en la página web <https://dle.rae.es/?id=VUKtSkp>

REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, 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 1o. 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 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

En consecuencia, son dos los requisitos que se requieren acreditar para que el derecho a la pensión de vejez se cause en el régimen de prima media con prestación definida:

- a. Un **requisito de edad**, que rige a partir del año 2014, consistente en haber cumplido 57 años las mujeres, y 62 años los hombres, y,
- b. Un requisito de **tiempo de servicio o semanas cotizadas**, que rige desde el año 2015, consistente en haber cotizado 1300 semanas en cualquier tiempo.

En conclusión, la condición de prepensionado de un trabajador que se encuentre en el régimen de prima media con prestación definida se adquiere cuando habiendo sido vinculado antes de diciembre de 2018, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo (25 de mayo de 2019), le faltaren 3 años o menos para cumplir la edad y/o el tiempo de servicio o semanas cotizadas.

3.2. Causación del derecho pensional en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

El artículo 64 de la Ley 100 de 1993, señala los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual con solidaridad, en los siguientes términos:

REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste <sic> hubiere lugar.

Cuando a pesar de cumplir los requisitos para acceder a la pensión en los términos del inciso anterior, el trabajador opte por continuar cotizando, el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años de edad si es hombre.

Con este sistema pensional, «[e]l derecho a obtener la pensión no depende del tiempo de cotizaciones ni de la edad del afiliado, sino que depende exclusivamente de la

cantidad de dinero acumulada (sic) en la cuenta de ahorro pensional, de la cual la entidad administradora lleva registro fidedigno»²⁶.

Es decir, en principio, la «pensión se causa cuando el afiliado reúne en una cuenta individual el capital necesario para financiar la pensión de vejez (ver L. 100, art. 64)»²⁷.

El capital necesario debe entenderse como el suficiente para financiar, al menos, la pensión mínima que equivale al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993, es decir, el salario vigente para el año 1993, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE.

Lo anterior, sin desconocer que la misma ley le permite al trabajador continuar cotizando, pese a tener el capital suficiente para financiar su pensión de vejez, hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años si es hombre. En este caso, el empleador está obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria.

Pero existe, en este sistema pensional de ahorro individual, una segunda situación en la que el afiliado accede a la pensión de vejez teniendo en cuenta los requisitos de edad y semanas cotizadas.

Esta segunda situación es la denominada garantía de pensión mínima, regulada por el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, que dice:

GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ. Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente Ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo previsto en los parágrafos del artículo 33 de la presente Ley.

Esta garantía de pensión mínima procede cuando el capital ahorrado por el afiliado no es lo suficiente para financiar una pensión mínima y siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a. Un **requisito de edad**: 62 años para hombres y 57 años para mujeres.
- b. Un **requisito de semanas cotizadas**: 1150 semanas.

En este caso, «[d]eben cumplirse ambos requisitos, lo que constituye una excepción a las reglas generales del régimen de ahorro individual, donde en principio las pensiones se causan sin requisitos de edad o tiempo de cotizaciones»²⁸.

En conclusión, la condición de prepensionado de un trabajador que se encuentre afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad se adquiere cuando, habiendo sido vinculado antes de diciembre de 2018, a la fecha de entrada en

²⁶ ARENAS MONSALVE, Gerardo. El derecho colombiano de la seguridad social. Cuarta Ed. Bogotá. Editorial Legis, 2018, p. 229.

²⁷ Ibidem, p.327.

²⁸ Ibidem, p. 333.

vigencia de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo (25 de mayo de 2019) le faltaren 3 años o menos para reunir el capital suficiente para financiar, al menos, la pensión mínima de vejez, que como se indicó, equivale al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993, es decir, el salario vigente para el año 1993, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE.

Sin embargo, si el trabajador, pese a tener el capital suficiente para financiar su pensión de vejez, opta por continuar cotizando hasta que cumpla 60 años si es mujer y 62 años si es hombre, su condición de prepensionado queda sujeta al cumplimiento de dichas edades dentro de los 3 años siguientes como máximo, contados a partir de la vigencia de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo.

La ley contempla una segunda opción en la que el trabajador afiliado a dicho régimen pensional adquiere la condición de prepensionado: cuando habiendo sido vinculado antes de diciembre de 2018, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo (25 de mayo de 2019) y por el término máximo de 3 años, el afiliado no logre tener el capital suficiente en su cuenta de ahorro individual para financiar una pensión mínima. Se requiere, en todo caso, que en ese plazo cumpla con los requisitos de edad (62 años para hombres y 57 años para mujeres) y las semanas cotizadas (1150 semanas).

3.3.La inclusión en nómina de pensionados no es un requisito de causación del derecho pensional.

Tal como se analizó en los capítulos anteriores, fue la misma Constitución Política, mediante el Acto Legislativo No. 1 de 2005, que adicionó unos incisos al artículo 48, la que determinó en qué momento se causa el derecho pensional, indicando que tal derecho no requiere de su reconocimiento para que nazca a la vida jurídica.

La inclusión en nómina de pensionados fue una exigencia de la Corte Constitucional mediante la sentencia aditiva C-1037 de 2003, cuando analizó la demanda de inconstitucionalidad instaurada contra el parágrafo 3 del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Dicho parágrafo creó como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador (del sector privado o el servidor público) cumpla con los requisitos establecidos en la ley para tener derecho a la pensión de vejez. Adicionalmente, autorizó al empleador para dar por terminada la relación laboral cuando la pensión de vejez fuese reconocida o notificada por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

La Corte Constitucional, en aras de garantizar la efectividad de los derechos de los empleados a tener su remuneración vital que les garantice su subsistencia y su dignidad humana, adicionó como obligación para poderlos retirar del servicio que además de la notificación de la pensión debe notificarse su inclusión en nómina de pensionados.

En consecuencia, declaró la exequibilidad del parágrafo 3° del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 «siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente».

Señaló la Corte lo siguiente:

11.- La Corte considera que el mandato constitucional previsto en el artículo 2° de la Constitución, según el cual el Estado debe garantizar la “*efectividad de los derechos*”, en este caso del empleado, público o privado, retirado del servicio asegurándole la “*remuneración vital*” que garantice su subsistencia, su dignidad humana y los derechos de los trabajadores impone el deber de dictar una sentencia aditiva, esto es que agregue un supuesto de hecho o requisito a los señalados por el legislador con el fin de hacer compatible la norma con la Constitución Política. En este caso es necesario adicionar a la notificación de la pensión la notificación de su inclusión en la nóminas (sic) de pensionados correspondiente.

La desmejora en los ingresos del trabajador al cambiar su status de trabajador activo al de pensionado, dado que en el mejor de los casos recibirá lo equivalente al 75% de su salario, no puede traducirse tampoco en que no reciba la mesada pensional durante ese intervalo de tiempo, puesto que dicha situación cercenaría, también, la primacía que la Carta reconoce a los derechos inalienables de la persona, en este evento del trabajador.

Esta circunstancia permite a la Corte concluir que no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, precisamente para asegurar al trabajador y a su familia los ingresos mínimos vitales, así como la efectividad y primacía de sus derechos (C.P., arts. 2° y 5°). Por tanto, la única posibilidad de que el precepto acusado devenga constitucional es mediante una sentencia aditiva para que el trabajador particular o servidor público sea retirado sólo cuando se le garantice el pago de su mesada pensional, con la inclusión en la correspondiente nómina, una vez se haya reconocido su pensión.

La Corte constata que con este condicionamiento no se incurre en la prohibición constitucional conforme a la cual no se pueden recibir dos asignaciones que provengan del tesoro público (C.P., art.128), en relación con los pensionados del sector público, pues una vez se incluye en la nómina correspondiente el pago de la mesada pensional respectiva debe cesar la vinculación laboral²⁹.

Lo expuesto significa que, si bien el derecho a la pensión de vejez se causa con el cumplimiento de los requisitos legales, sin necesidad de que exista un reconocimiento del mismo, el empleador no puede retirar al empleado del servicio hasta tanto no se encuentre incluido en nómina de pensionados y dicha inclusión le haya sido notificada, condición aplicable en virtud del principio de favorabilidad para trabajador.

Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 1821 de 2016 «Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas», disposición que tiene como finalidad, entre otras, (i) regular la interrelación que existe entre la pensión de jubilación (entiéndase que se refiere a la pensión de vejez) y la edad máxima de retiro, en donde pese al aumento de la edad máxima de retiro, los requisitos para adquirir el derecho a la pensión siguen siendo los mismos señalados en el régimen general de seguridad social³⁰, y, (ii) inaplicar la justa causa de retiro por cumplimiento de

²⁹ Corte Constitucional, sentencia C- 1037 de 2003.

³⁰ Esta misma finalidad en el sentido de que los requisitos para acceder a la pensión de vejez siguen siendo los mismos fue reiterada en el artículo 3 de la Ley 1821 de 2016, al indicar que «[e]sta ley no modifica el régimen de acceso a ningún cargo público, ni el de permanencia y retiro de los mismos, salvo en la edad máxima de retiro forzoso aquí fijada. Tampoco modifica las condiciones, requisitos, circunstancias y demás situaciones establecidas en el régimen general y los regímenes especiales que regulan el acceso al derecho a la pensión de jubilación». Así lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-135 de 2018.

los requisitos de la pensión de vejez, en el evento que las personas decidan continuar ejerciendo la función pública.

Señaló la Corte al respecto:

Por su parte, el artículo 2 dispone que:

“Artículo 2.- La presente ley no modifica la legislación sobre el acceso al derecho a la pensión de jubilación. Quienes a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas podrán permanecer voluntariamente en los mismos, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales), aunque hayan completado los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. A las personas que se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo, en los términos de la presente ley, no les será aplicable lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003.”

De su contenido normativo surge lo siguiente: (i) la expresión *“la presente ley no modifica la legislación sobre el acceso al derecho a la pensión de jubilación”*, lo que permite inferir, de entrada, como lo sostiene el Consejo de Estado, es que el objeto de dicha norma es el de regular la interrelación que existe entre la pensión de jubilación y la edad máxima de retiro, de suerte que *“a pesar del aumento en la edad de retiro forzoso, los requisitos sustanciales para adquirir el derecho a la pensión de jubilación, es decir, la edad y el número de cotizaciones o el tiempo de servicio, siguen siendo los mismos que se encuentran previstos hoy en día en el régimen general de seguridad social (Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, principalmente).”*⁸¹

Adicionalmente, (ii) el aparte normativo que dispone: *“Quienes a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas podrán permanecer voluntariamente en los mismos, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales), aunque hayan completado los requisitos para acceder a la pensión de jubilación”*, lo que busca es que las personas que ya tengan derecho a la citada prestación, puedan continuar desempeñando una función pública, o puedan acceder por primera vez a la misma, con la carga de contribuir al Sistema Integral de Seguridad Social, hasta llegar a la edad máxima de retiro que se establece en el artículo 1º (70 años).

Tal circunstancia explica el último aparte de la norma, (iii) en el que se señala que: *“A las personas que se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo, en los términos de la presente ley, no les será aplicable lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003”*, disposición en la que se fija como justa causa para dar terminada una relación legal o reglamentaria, el que la persona cumpla con los requisitos para tener derecho a la pensión de jubilación⁸², con el condicionamiento previsto por la Corte en la Sentencia C-1037 de 2003⁸³, conforme al cual no se puede dar por finalizada la relación laboral sin que se le notifique debidamente al trabajador sobre su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente. Nótese como, el objeto de la norma previamente transcrita, es el de inaplicar dicha justa causa, para permitir que las personas, que así lo desean, continúen ejerciendo una función pública³¹.

³¹ Corte Constitucional, sentencia C-135 de 2018. Las siguientes citas son de original del texto:

⁸¹Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas, concepto del 8 de febrero de 2017, radicación interna: 2326 y número único: 11001-03-06-000-2017-0001-00. / ⁸² Para mayor claridad, la norma a la cual se hace referencia establece lo siguiente: *“Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones. // Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los*

4. Alcance del concepto de pensión de jubilación contenido en el párrafo 2º, del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019.

El párrafo 2º del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019, dice lo siguiente:

PARÁGRAFO 2o. Los empleos vacantes en forma definitiva del sistema general de carrera, que estén siendo desempeñados con personal vinculado mediante nombramiento provisional antes de diciembre de 2018 y cuyos titulares a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley le falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional.

Dicha disposición consagra como uno de los requisitos para que surja la garantía de estabilidad reforzada en condición de prepensionado, que quien se encuentre desempeñando un cargo de carrera administrativa mediante nombramiento provisional le falten 3 años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación.

La expresión «pensión de jubilación» utilizada en la norma jurídica en comento es lo que genera la inquietud de la Ministra de Trabajo, en el sentido de si la misma puede ser interpretada como pensión de vejez, habida cuenta que «el término jubilación existía cuando las empresas eran reconocedoras de pensiones».

Efectivamente, antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 la normativa existente en materia pensional utilizaba la expresión «pensión de jubilación» para las prestaciones que eran otorgadas por Cajanal a los empleados públicos o aquellas que eran reconocidas directamente por las empresas o cajas especiales, y la expresión «pensión de vejez» para las prestaciones que eran reconocidas por el Instituto de Seguros Sociales (ISS) a los trabajadores privados.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, el legislador organizó un sistema general único de pensiones cuyo objeto es «garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley»³², y derogó todas las disposiciones que estaban vigentes a ese momento.

En consecuencia, si bien hoy en día la Ley 100 de 1993 unificó la prestación por vejez bajo el nombre de «pensión de vejez», los conceptos jubilación y vejez, en la actualidad, son asimilables por tratarse de conceptos que cubren un mismo riesgo.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ya se había pronunciado mediante la sentencia C-1255 de 2001³³, en la que analizó la constitucionalidad del numeral 1

requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si éste no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquél. // Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al Sistema General de Pensiones". / ⁸³ M.P. Jaime Araujo Rentería.

³² Ley 100 de 1993, artículo 10.

³³ «24- El examen precedente permite a la Corte concluir que, como bien lo señalan los intervinientes y la Vista Fiscal, la disposición acusada no está excluyendo a los familiares de los pensionados por jubilación de la posibilidad de obtener la sustitución pensional. Lo que sucede es que su situación quedó englobada en el sistema general de seguridad social previsto por la Ley 100 de 1993 bajo el término genérico de "pensión de vejez", la cual, como ya se indicó, incorpora no sólo lo que anteriormente se denominaba también pensión de vejez sino también la llamada jubilación prevista para empleados públicos o trabajadores cuyas pensiones eran reconocidas por

del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que establece como titulares de la pensión de sobrevivientes a «[l]os miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca». En esta oportunidad el demandante consideró que se estaba violando el derecho a la igualdad, entre otros derechos, debido a que la norma solo contempló al grupo familiar del pensionado por vejez, dejando de lado al grupo familiar del pensionado por jubilación, entre otras situaciones fácticas.

En esta sentencia, la Corte hace un recuento normativo de la contingencia por el paso de los años y su cubrimiento, y analiza los conceptos «jubilación» y «vejez» para concluir que ambos son asimilables.

En igual sentido, la Corte se pronunció mediante la sentencia C-135 de 2018³⁴, en la que analizó la constitucionalidad de la expresión «pensión de jubilación» contenida en los artículos 2 y 3 de la Ley 1821 de 2016 «Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas».

En este caso, el demandante consideró que existía una diferencia de trato injustificado con aquellos que son titulares de la pensión de vejez, pues ellos no serían beneficiarios de la inaplicación de la causal de retiro por justa causa para aquellos empleados que hayan cumplido con los requisitos para acceder a dicha pensión de vejez.

En el caso objeto de la consulta, la alusión que hace el párrafo 2º del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019 a la expresión «pensión de jubilación» debe entenderse referida a la «pensión de vejez», y para ello caben los mismos argumentos expresados por la Corte Constitucional en los fallos antedichos.

En consecuencia,

1. Cuando el párrafo 2º del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019 consagra como requisito para que los titulares de los cargos de carrera administrativa, que estuvieran vinculados en provisionalidad, gocen de la garantía de estabilidad reforzada, que les falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, no se está refiriendo a un régimen prestacional determinado, sino que está haciendo uso de una expresión que debe entenderse en su sentido normal y cotidiano³⁵, para significar que se refiere a «la noción como la prestación que recibe una persona por razón de la vejez»³⁶.

cajas especiales o por las propias empresas. En tales condiciones, es evidente que cuando el ordinal demandado prevé la sustitución pensional para los familiares de los pensionados por vejez, esa disposición también se refiere a los pensionados por jubilación. Y no podía hacerlo de otra forma, no sólo porque una tal exclusión sería injustificada, sino además porque la Ley 100 de 1993 pretendió consagrar un régimen integral de seguridad social que unifica los regímenes diferenciados y sustituye la normatividad dispersa existente anteriormente».

³⁴ «...para el momento en que se expidió la Ley 1821 de 2016 y hoy en día, las palabras *jubilación* y *vejez* son conceptos equivalentes el uno del otro, por tratarse de vocablos que refieren al amparo del mismo riesgo, al entender que el primero se entiende incorporado dentro del término genérico que envuelve el segundo».

³⁵ Código Civil, artículo 28: «**SIGNIFICADO DE LAS PALABRAS.** Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal».

³⁶ Palabras de la Corte Constitucional en la sentencia C-135 de 2018, al explicar una de las razones que consideró para declarar la exequibilidad de la expresión pensión de jubilación contenida en la Ley 1821 de 2016.

2. El contexto³⁷ en que fue expedido el párrafo 2º del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019, obedece a la necesidad de crear una garantía de estabilidad o un mecanismo de protección para las personas que están próximas, por razón de la edad, a causar el derecho a su pensión, de tal manera que queden protegidas ante un eventual retiro como consecuencia de la oferta pública que se llegue a hacer de los cargos que ellos ocupan en provisionalidad.

Por tal razón, la norma jurídica aludida dispuso que los cargos que se encuentren en tal situación solo podrán ser ofertados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional.

3. La Ley 1955 fue expedida en la presente anualidad, fecha para la cual la Ley 100 de 1993 ya había derogado la expresión pensión de jubilación, unificando esta prestación bajo la denominación de pensión de vejez, por lo que ambas expresiones no tienen diferencia alguna, son equivalentes y, por lo tanto, se refieren a un mismo riesgo: la contingencia por el paso de los años y su cubrimiento.
4. Si se considera que el párrafo 2º del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019 se refiere únicamente a lo que se entendía en su momento por jubilación, se estaría frente a una expresión carente de efectos jurídicos y, por ende, a una norma carente de efectos.

Por tal razón, en aplicación del principio de efecto útil³⁸, debe entenderse que la norma objeto de análisis quiso otorgarle la garantía de estabilidad reforzada a los titulares de los cargos de carrera administrativa vinculados en provisionalidad antes de diciembre de 2018, siempre que les faltaren tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de vejez, contados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019.

5. Acceso a la información del empleado afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Para el cumplimiento por parte de las autoridades administrativas de la obligación de reportar los empleos que se encuentran desempeñados por personal en provisionalidad y que son sujetos de la garantía de estabilidad reforzada a la que hace alusión el artículo 263 de la Ley 1955 de 2019, el Ministerio de Trabajo ha elevado solicitud de información a las aseguradoras privadas, indicando para el efecto lo siguiente: «resulta fundamental para dar cumplimiento al artículo en mención, obtener una respuesta clara, que indique, si los siguientes funcionarios son sujetos pre pensionables y se encuentran a 3 años o menos de adquirir su pensión, dado que pueden tener la edad, pero desconocemos si tienen el capital suficiente ahorrado o el número de semanas requeridas (para pensión de garantía mínima); con el fin de tener claridad y registrar información veraz en el sistema SIMO de la Comisión Nacional del Servicio Civil».

No obstante, las respuestas evasivas o insuficientes que han dado las diferentes aseguradoras del régimen de ahorro individual, según documentación allegada con la consulta, son disímiles:

³⁷ Código Civil, artículo 30: «**INTERPRETACION POR CONTEXTO.** El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía».

³⁸ Este principio implica que «las normas jurídicas deben ser interpretadas de manera que produzcan consecuencias en derecho». Corte Constitucional, Sentencia C-135 de 2018.

- a. Se argumenta la imposibilidad de suministrar directamente a los empleadores la información relacionada con historias laborales y expedientes pensionales, con fundamento en lo señalado en el artículo 24, numeral 3, de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, sobre información y documentos reservados³⁹.
- b. Se funda la respuesta en el deber legal de guardar reserva y discreción sobre información que conozca de sus clientes y colaboradores en desarrollo de su profesión u oficio, reserva amparada por los derechos constitucionales a la intimidad y fundada en el principio del secreto profesional y la reserva de los papeles del comerciante, según lo establecido en el subnumeral 4.1, del Título I, Capítulo Noveno de la Circular Básica Jurídica emanada de la Superintendencia Bancaria⁴⁰, hoy Superintendencia Financiera de Colombia.
- c. Se da información general acerca del afiliado, en la que se indica si el capital ahorrado en la actualidad por el afiliado le alcanza o no para financiar una pensión superior al 110% del salario mínimo legal vigente, de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, y si el afiliado, en el evento de seguir cotizando por determinado tiempo, bajo las mismas condiciones, accedería a una garantía de pensión mínima o a una pensión según su capital ahorrado⁴¹.
- d. Se da información acerca de si el afiliado se encuentra activo con la empresa o presenta vínculo laboral inactivo, si cumple o no cumple con edad para pensión, si cumple o no con semanas cotizadas, y en cuanto al capital solo se refiere a los afiliados cuyo capital sea insuficiente⁴².

Las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad están obligadas a dar respuesta a los derechos de petición que les sean elevados, quedando sujetas a las disposiciones sobre derecho de petición previstas en los capítulos I (Derecho de petición ante autoridades. Reglas generales) y II (Derecho de petición ante autoridades. Reglas especiales) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con lo señalado en el artículo 33 ibidem:

ARTÍCULO 33. DERECHO DE PETICIÓN DE LOS USUARIOS ANTE INSTITUCIONES PRIVADAS. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, a las Cajas de Compensación Familiar, **a las Instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral**, a las entidades que conforman el sistema financiero y bursátil y a aquellas empresas que prestan servicios públicos y servicios públicos domiciliarios, que se rijan por el derecho privado, se les aplicarán en sus relaciones con los usuarios, en lo pertinente, las disposiciones sobre derecho de petición previstas en los dos capítulos anteriores. (Resaltado nuestro).

³⁹ Respuestas dadas por Protección S.A. al Ministerio de Trabajo, una, de fecha 28 de marzo de 2019, y otra, de fecha 8 de octubre de 2019, las cuales se encuentran en el expediente de consulta.

⁴⁰ Respuesta dada por Porvenir S.A. al Ministerio de Trabajo, mediante oficio 104 sin fecha, la cual se encuentra en el expediente de consulta.

⁴¹ Respuesta dada por Old Mutual al Ministerio de Trabajo, mediante oficio LC-2957 de fecha 15 de agosto de 2019, la cual se encuentra en el expediente de consulta.

⁴² Respuesta dada por Colfondos al Ministerio de Trabajo, de fecha 15 de agosto de 2019, la cual se encuentra en el expediente de consulta.

Con el fin de saber a cuál información pueden acceder los empleadores para darle cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 263 de la Ley 1955 de 2018, la Sala entrará a analizar: a) el derecho de acceso a la información, b) la información contenida en las historias laborales y en los expedientes pensionales que está sometida a reserva, c) la protección de datos personales, según lo dispuesto en la Ley 1581 de 2012 y d) el manejo de la información por parte de las administradoras de fondos de pensiones -derecho al habeas data (clasificación de la información, lineamientos jurisprudenciales para la solicitud de datos personales por parte de las autoridades administrativas, y, la entrega de información por parte de los fondos privados de pensiones a los empleadores, relacionada con la causación de los derechos pensionales de sus afiliados).

5.1 El derecho de acceso a la información.

El derecho de acceso a la información es un derecho constitucionalmente protegido en el artículo 74, que dispone que «Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. / El secreto profesional es inviolable».

La jurisprudencia constitucional ha establecido que «el contenido y alcance del artículo 74 Superior involucra que todas las personas tengan el derecho a acceder a la información pública, en tanto presupuesto para la vigencia del principio democrático».

No obstante haberse deferido en la ley la facultad para determinar cuál información debe estar sujeta a reserva o confidencialidad, la jurisprudencia señaló unos parámetros que permitan la oponibilidad al derecho de acceder a la información:

De este modo, la previsión de excepciones a la publicidad de la actuación estatal debe dejar incólumes las garantías destinadas a preservar el derecho de toda persona a acceder a la información, por lo que solo serán oponibles aquellos modos de reserva o confidencialidad que (i) tengan carácter excepcional y respondan a un criterio de proporcionalidad y razonabilidad; (ii) estén expresamente previstas por el legislador; y (iii) respondan a fines constitucionalmente legítimos, en especial la protección del derecho a la intimidad del sujeto concernido, cuando se trate de información personal de carácter privado que, según lo expuesto en esta sentencia, no tiene vocación de circulación, habida cuenta su vínculo inescindible con la órbita íntima y familiar del individuo^{120 43}.

El derecho de acceso a la información se ejerce a través del derecho de petición⁴⁴, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional al indicar que existe una relación entre el derecho de petición y el derecho a la información, en donde el primero es el género y el segundo la especie:

Este derecho fundamental tiene nexo directo con el derecho de **acceso a la información** (artículo 74 CP), en la medida que los ciudadanos en ejercicio del derecho de petición, tienen la potestad de conocer la información sobre el proceder de

⁴³ Corte Constitucional, sentencia C- 1011 de 2008. La siguiente cita es del original del texto:
¹²⁰*Ibidem*. (Se refiere a la siguiente cita: *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-872/03. Fundamento jurídico 3.)

⁴⁴ Ley 1437 de 2011, artículos 13, inciso 2: «Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo. Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar: el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, requerir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos».

las autoridades y/o particulares, de acuerdo a los parámetros establecidos por el legislador. Por ello, la Corte ha indicado que “*el derecho de petición es el género y el derecho a acceder a la información pública es una manifestación específica del mismo*”^{109 45}.

El artículo 24 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, regula la información y los documentos reservados en los siguientes términos:

ARTÍCULO 24. INFORMACIONES Y DOCUMENTOS RESERVADOS. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

1. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales.
2. Las instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones reservadas.
3. **Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica.**
4. Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la nación. Estos documentos e informaciones estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la respectiva operación.
5. Los datos referentes a la información financiera y comercial, en los términos de la Ley Estatutaria 1266 de 2008.
6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos.
7. Los amparados por el secreto profesional.
8. Los datos genéticos humanos.

PARÁGRAFO. Para efecto de la solicitud de información de carácter reservado, enunciada en los numerales 3, 5, 6 y 7 solo podrá ser solicitada por el titular de la información, por sus apoderados o por personas autorizadas con facultad expresa para acceder a esa información⁴⁶. (Resaltado nuestro).

Para efectos de la consulta, a la Sala le interesa analizar si la información solicitada por el Ministerio de Trabajo relacionada con la proximidad en la causación del derecho pensional de aquellos empleados que estén desempeñando cargos de carrera administrativa en provisionalidad, se encuentra amparada por la reserva (artículo 24, numeral 3), dado que es información contenida en los expedientes pensionales de dichos empleados, que optaron por acogerse al sistema pensional de ahorro individual con solidaridad.

5.2 Información contenida en las historias laborales y en los expedientes pensionales que está sometida a reserva.

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-951 de 2014. La siguiente cita es del original del texto:
¹⁰⁹Sentencia C-274 de 2013.

⁴⁶ Este párrafo fue declarado condicionalmente exequible por la Corte constitucional, mediante sentencia C-951 de 2014 «bajo el entendido de que los eventos allí previstos, también son aplicables para el numeral 8 referente a los datos genéticos».

Sea lo primero indicar que, según lo señalado en el artículo 24 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no toda la información que reposa en las historias laborales y en los expedientes pensionales está sometida a reserva; solamente aquella que involucre derechos a la privacidad e intimidad de las personas, los cuales están protegidos por la Constitución Política⁴⁷.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-951 de 2014⁴⁸, hizo un análisis sistemático de las diferentes leyes que regulan la reserva de la información y de los documentos en general, precisando el alcance que el legislador le otorgó a las diferentes clases de datos (públicos, semiprivados, privados, reservados o sensibles), para definir qué se entiende por documentos que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas.

En este sentido, el análisis recayó sobre los aspectos pertinentes de las Leyes 1266 de 2008, 1581 de 2012 y 1712 de 2014, y sobre los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre tales normas:

- a. Ley Estatutaria 1266 de 2008** «Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones».

Respecto a esta ley estatutaria, es pertinente hacer énfasis en el artículo 3, que definió, entre otros, lo que debe entenderse por dato público, dato semiprivado y dato privado.

Señala esta disposición al respecto:

f) Dato público. Es el dato calificado como tal según los mandatos de la ley o de la Constitución Política y todos aquellos que no sean semiprivados o privados, de conformidad con la presente ley. Son públicos, entre otros, los datos contenidos en documentos públicos, sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas que no estén sometidos a reserva y los relativos al estado civil de las personas;

g) Dato semiprivado. Es semiprivado el dato que no tiene naturaleza íntima, reservada, ni pública y cuyo conocimiento o divulgación puede interesar no sólo a su titular sino a cierto sector o grupo de personas o a la sociedad en general, como el dato financiero y crediticio (sic) de actividad comercial o de servicios a que se refiere el Título IV de la presente ley.

h) Dato privado. Es el dato que por su naturaleza íntima o reservada sólo es relevante para el titular.

⁴⁷ Constitución Política, artículo 15: «Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. / En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. / La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. / Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley».

⁴⁸ Mediante esta sentencia, la Corte analizó la constitucionalidad del Proyecto de Ley número 65 de 2012 Senado y número 227 de 2013 Cámara «Por medio del cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», hoy Ley 1755 de 2015 que sustituyó el Título II sobre el derecho de petición de la Ley 1437 de 2011 (CPACA).

Esta clasificación, que es una forma de dividir los datos personales por su carácter cualitativo, como lo ha indicado la jurisprudencia, obedece a una gradación de la información según el mayor o menor grado de aceptabilidad de la misma.

El dato público es de libre acceso, sin perjuicio de las garantías que el derecho al habeas data le otorga a una persona⁴⁹, y los datos semiprivados⁵⁰ y privados tienen restricciones de divulgación que aumentan entre más se acerquen a las prerrogativas del derecho a la intimidad.

En sentencia C- 1011 de 2008, la Corte Constitucional expresó:

Así, la información pública, en tanto no está relacionada con el ámbito de protección del derecho a la intimidad, recae dentro del ejercicio amplio del derecho a recibir información (Art. 20 C.P.) y, en consecuencia, es de libre acceso. Ello, por supuesto, sin perjuicio que en relación con la divulgación de la información pública, resulten aplicables las garantías que el derecho al hábeas data le confiere al sujeto concernido, en cuanto resulten pertinentes. En contrario, los datos semiprivados y privados, habida cuenta la naturaleza de la información que contienen, se les adscriben restricciones progresivas en su legítima posibilidad de divulgación, que se aumentan en tanto más se acerquen a las prerrogativas propias del derecho a la intimidad¹²⁷. De esta forma, el dato financiero, comercial y crediticio, si bien no es público ni tampoco íntimo, puede ser accedido legítimamente previa orden judicial o administrativa o a través de procedimientos de gestión de datos personales, en todo caso respetuosos de los derechos fundamentales interferidos por esos procesos, especialmente el derecho al hábeas data financiero^{128, 51}.

⁴⁹ «La información pública es aquella que puede ser obtenida sin reserva alguna, entre ella los documentos públicos, habida cuenta el mandato previsto en el artículo 74 C.P. Otros ejemplos se encuentran en las providencias judiciales, los datos sobre el estado civil de las personas o sobre la conformación de la familia. Esta información, como lo indica el precedente analizado, puede ser adquirida por cualquier persona, sin necesidad de autorización alguna para ello». Corte Constitucional, sentencia C-1011 de 2008.

⁵⁰ «La información semiprivada es aquel dato personal o impersonal que, al no pertenecer a la categoría de información pública, sí requiere de algún grado de limitación para su acceso, incorporación a bases de datos y divulgación. Por ende, se trata de información que sólo puede accederse por orden de autoridad judicial o administrativa y para los fines propios de sus funciones, o a través del cumplimiento de los principios de administración de datos personales antes analizados. Ejemplo de estos datos son la información relacionada con el comportamiento financiero, comercial y crediticio y los datos sobre la seguridad social distintos a aquellos que tienen que ver con las condiciones médicas de los usuarios». Corte Constitucional, sentencia C-1011 de 2008.

⁵¹ Corte Constitucional, sentencia C- 1011 de 2008. Las siguientes citas son del original del texto:
¹²⁷Aquí debe insistirse en que los derechos fundamentales a la intimidad, el buen nombre y al hábeas data tienen naturaleza independiente y cada uno de ellos ofrece un grupo de garantías específicas. Aunque en una etapa temprana de la jurisprudencia constitucional, el contenido de estos derechos era confundido, especialmente en la vertiente de considerar al hábeas data como una garantía propia del derecho a la intimidad, esta confusión está actualmente superada, de manera tal que al derecho al hábeas data se le confiere carácter autónomo y con espectro amplio, que ampara todos los procesos de administración de datos personales. Al respecto, la sentencia T-729/02 señaló: *“Tanto la consagración constitucional del derecho al habeas data, como sus desarrollos jurisprudenciales, encuentran justificación histórica en el surgimiento del denominado poder informático y la posibilidad del manejo indiscriminado de los llamados datos personales. Durante la vigencia de la actual Constitución, el habeas data pasó de ser una garantía con alcances muy limitados, a convertirse en un derecho de amplio espectro. Es así como bajo la égida del derecho general de libertad (artículo 16) y la cláusula específica de libertad en el manejo de los datos (artículo 15 primer inciso), la jurisprudencia ha reconocido la existencia-validez del llamado derecho a la autodeterminación informática. En este sentido, derecho a la autodeterminación informática y derecho al habeas data, son nociones jurídicas equivalentes que comparten un mismo referente. En la actualidad y a partir de los enunciados normativos del artículo 15 de la Constitución, la Corte Constitucional ha afirmado la existencia-validez de tres derechos fundamentales constitucionales autónomos: el derecho a la intimidad, el derecho al buen nombre y*

Ahora bien, respecto al dato privado, el legislador englobó tanto la información privada como la reservada, esta última denominada por la jurisprudencia como dato sensible. Cada una de estas categorías tiene un tratamiento distinto respecto a la información que de la misma puede darse.

Ya la jurisprudencia se había pronunciado sobre el alcance de la información privada y de la información reservada, pues estando ambas dentro de la categoría de dato privado, la reservada toca con el núcleo esencial del derecho a la intimidad.

En este sentido, la gradación de la información es diferente, pues mientras que acceder a la información privada es excepcional y sólo procede por orden judicial en ejercicio de sus funciones, acceder a la información reservada está proscrito, salvo que se requiera dentro de una investigación penal.

Señaló la Corte Constitucional al respecto:

Para la Corte, la información privada es aquella que se encuentra en el ámbito propio del sujeto concernido y, por ende, sólo puede accederse por orden de autoridad judicial competente y en ejercicio de sus funciones. Entre dicha información se encuentran los libros de los comerciantes, los documentos privados, las historias clínicas, los datos obtenidos en razón a la inspección de domicilio o luego de la práctica de pruebas en procesos penales sujetas a reserva, entre otros.

el derecho al habeas data. Sin embargo, el estado actual de cosas no fue siempre el mismo. El camino de la delimitación empieza en el año de 1994, con la sentencia T-229 de 1994, en la cual la Corte estableció una clara diferencia entre el derecho a la intimidad y el derecho al buen nombre. Más adelante, en el año de 1997, con la sentencia T-557 de 1997 la Corte precisó las diferencias entre el derecho a la intimidad y el habeas data, después de que la relación entre ambos se había manejado como de género a especie desde el año de 1992. || Para la Sala, la diferenciación y delimitación de los derechos consagrados en el artículo 15 de la Constitución, cobra especial importancia por tres razones: (i) por la posibilidad de obtener su protección judicial por vía de tutela de manera independiente; (ii) por la delimitación de los contextos materiales que comprenden sus ámbitos jurídicos de protección; y (iii) por las particularidades del régimen jurídico aplicable y las diferentes reglas para resolver la eventual colisión con el derecho a la información.” / ¹²⁸Sobre el particular, en la sentencia SU-082/95, se señaló lo siguiente:

“La primera pregunta que surge al intentar el análisis de este asunto, es ésta: ¿la conducta de una persona en lo tocante al cumplimiento de sus obligaciones con los establecimientos de crédito y con el comercio, es asunto que sólo pertenece a su fuero íntimo, desprovisto, por lo mismo, de implicaciones sociales? ¿O, por el contrario, es algo que forma parte de su comportamiento social, sobre lo cual los demás miembros de la comunidad, especialmente los dedicados a la concesión de créditos, tengan eventualmente el derecho a recibir información?

Cuando el artículo 15 de la Constitución consagra el derecho a la intimidad personal y familiar, es evidente que ampara, en primer lugar, aquello que atañe solamente al individuo, como su salud, sus hábitos o inclinaciones sexuales, su origen familiar o racial, sus convicciones políticas y religiosas. Ampara, además, la esfera familiar, lo que acontece en el seno de la familia, que no rebasa el ámbito doméstico. Nadie extraño tiene, en principio, por qué conocer cómo discurre la vida familiar. Sólo en circunstancias anormales, y precisamente para volver a la normalidad, el Estado, por ejemplo, interviene, y temporalmente el derecho a la intimidad familiar debe ceder frente a otro superior.

(...)

Entendidas así la intimidad personal y familiar, es claro que resulta exagerado colocar en su mismo plano el comportamiento de una persona en materia crediticia. Ello, por varias razones.

La primera, que el ser buen o mal pagador es algo que necesariamente no sólo interesa al deudor, sino a éste y a quienes son sus acreedores actuales o potenciales.

La segunda, que lo relativo al crédito tiene un contenido económico, que no puede equipararse con lo que pertenece a planos superiores, como la vida, la libertad y la dignidad del hombre.

Dicho en los términos más sencillos, quien obtiene un crédito de una entidad dedicada a esta actividad y abierta al público, no puede pretender que todo lo relacionado exclusivamente con el crédito, y en especial la forma como él cumpla sus obligaciones, quede amparado por el secreto como si se tratara de algo perteneciente a su intimidad.”

Por último, se encuentra la información reservada, eso es, aquella que sólo interesa al titular en razón a que está estrechamente relacionada con la protección de sus derechos a la dignidad humana, la intimidad y la libertad; como es el caso de los datos sobre la preferencia sexual de las personas, su credo ideológico o político, su información genética, sus hábitos, etc. Estos datos, que han sido agrupados por la jurisprudencia bajo la categoría de “información sensible”,¹⁰⁷ no son susceptibles de acceso por parte de terceros, salvo que se trate en una situación excepcional, en la que el dato reservado constituya un elemento probatorio pertinente y conducente dentro de una investigación penal y que, a su vez, esté directamente relacionado con el objeto de la investigación⁵².

b. Ley 1581 de 2012 «Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales».

Esta ley, en su artículo 5, define el dato sensible como «aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos»⁵³.

La Corte declaró exequible el artículo 5 que definió legalmente lo que debe entenderse por dato sensible, pues consideró que su definición no solo protege el derecho al habeas data sino el derecho a la intimidad «siempre y cuando no se entienda como una lista taxativa, sino meramente enunciativa de datos sensibles, pues los datos que pertenecen a la esfera íntima son determinados por los cambios y el desarrollo histórico»⁵⁴. En el análisis de constitucionalidad de esta ley estatutaria, la Corte hizo alusión a la explicación dada en la sentencia C- 1011 de 2008 sobre datos sensibles.

c. Ley 1712 de 2014 «Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones»

El artículo 6 de esta ley consagra una serie de definiciones, tales como información, información pública clasificada, información pública reservada, publicar o divulgar, gestión documental, documento de archivo, archivo, datos abiertos, documentos en construcción, de las cuales interesa analizar las siguientes:

ARTÍCULO 6o. DEFINICIONES.

b) **Información pública.** Es toda información que un sujeto obligado genere, obtenga, adquiera, o controle en su calidad de tal;

c) **Información pública clasificada.** Es aquella información que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, pertenece al ámbito propio, particular y privado o semiprivado de una persona natural o jurídica por lo que su acceso podrá ser negado o exceptuado, siempre que se trate de las circunstancias legítimas y necesarias y los derechos particulares o privados consagrados en el artículo 18 de esta ley;

⁵² Corte Constitucional, sentencia C- 1011 de 2008. La siguiente cita es del original del texto: ¹⁰⁷Cfr. Corte Constitucional, sentencias SU-082/95 y T-307/99.

⁵³ Ley 1581 de 2012, artículo 5.

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-748 de 2011.

d) **Información pública reservada.** Es aquella información que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, es exceptuada de acceso a la ciudadanía por daño a intereses públicos y bajo cumplimiento de la totalidad de los requisitos consagrados en el artículo 19 de esta ley;

La Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad de esta ley, señaló que en la categoría de información pública clasificada se encontrarían inmersos «todos los datos privados, semiprivados o sensibles a los que hacen referencia las leyes estatutarias 1266 de 2008 y 1581 de 2012, cuya difusión afecta gravemente del derecho a la intimidad de las personas»⁵⁵.

En consecuencia, en la información pública clasificada y pública reservada «el acceso puede ser negado o restringido [...] siempre y cuando se cumplan las condiciones constitucionales “sujetarse a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, e igualmente estar relacionadas con la protección de derechos fundamentales, como es el caso de la intimidad, o de valores constitucionalmente protegidos, como sucede con la seguridad y la defensa nacional”¹⁴»⁵⁶.

Y continúa la Corte indicando que:

La tensión entre el derecho a acceder a la información pública clasificada o pública reservada deberá resolverse en cada caso concreto, para determinar si la posibilidad de negar el acceso a este tipo de información, resulta razonable y proporcionada a la luz de los intereses que se pretenden salvaguardar al garantizar el derecho de acceso a la información pública. Así, por ejemplo, cuando se trata de información clasificada, se deberá sopesar en el caso concreto si la divulgación de ese tipo de información cumple una función constitucional importante o constituye una carga desproporcionada e irrazonable para el derecho a la intimidad de las personas afectadas, que no están obligadas a soportar.

Como conclusión de lo expuesto, «no todos los datos que reposan en las hojas de vida, la historia laboral, los expedientes pensionales y demás registros de personal están cobijados por la reserva, sino solamente aquellos que tocan con el ámbito privado e íntimo de las personas, que se ha considerado como *datos sensibles*. Por el contrario, no estarán sujetos a reserva aquellos datos que tengan relevancia pública y no encajen en la categoría de datos personales sensibles»⁵⁷.

Por esta razón, no es suficiente que una administradora de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad motive la decisión de no entregar información bajo el argumento abstracto de estar relacionada con historias laborales y expedientes pensionales, otorgándole, por dicha razón, el carácter de reservado.

Es necesario que la administradora de pensiones motive su decisión de categorizar la información como reservada, y para ello debe determinar si lo solicitado, en ejercicio del derecho de petición, es una información considerada sensible, en los términos indicados.

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que la información contenida en las historias laborales y los expedientes pensionales se encuentra clasificada bajo la categoría de datos personales, se debe, para su tratamiento, tener en cuenta la regulación existente sobre protección de datos personales.

5.3 Protección de datos personales – Ley 1581 de 2012.

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C-274 de 2013.

⁵⁶ Ibidem. La siguiente cita es del original del texto: ²¹⁴Sentencia T-527 de 2005.

⁵⁷Corte Constitucional, sentencia C- 951 de 2014.

El concepto de datos personales ha sido desarrollado por la jurisprudencia. Una primera aproximación se hizo en la sentencia T-414 de 1992, en la cual se definió el dato personal como «El dato que constituye un elemento de la identidad de la persona, que en conjunto con otros datos sirve para identificarla a ella y solo a ella...».

Luego, en la sentencia T-022 de 1993, la Corte señaló: «Por su manifiesta incidencia en la efectiva identificación o posibilidad de identificar a las personas, tal característica le confiere al dato una singular aptitud para afectar la intimidad de su titular mediante investigaciones o divulgaciones abusivas o indebidas».

En la sentencia T-729 de 2002, la Corte fijó las siguientes características del dato personal: «i) estar referido a aspectos exclusivos y propios de una persona natural, ii) permitir identificar a la persona, en mayor o menor medida, gracias a la visión de conjunto que se logre con el mismo y con otros datos; iii) su propiedad²⁹ reside exclusivamente en el titular del mismo, situación que no se altera por su obtención por parte de un tercero de manera lícita o ilícita, y iv) su tratamiento está sometido a reglas especiales (principios) en lo relativo a su captación, administración y divulgación»⁵⁸.

El dato personal fue definido por el legislador como «[c]ualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables»⁵⁹

La protección de los datos personales tiene un doble alcance:

De un lado, el derecho que tienen las personas titulares de los datos personales a «exigir de las administradoras de esos datos el acceso, inclusión, exclusión, corrección, adición, actualización y certificación de los datos, así como la limitación en las posibilidades de divulgación, publicación o cesión de los mismos, de conformidad con los principios que regulan el proceso de administración de datos personales»⁶⁰.

De otro lado, el deber correlativo de las entidades encargadas de la custodia y administración de las bases de datos «no solo [de] permitir el ejercicio de estas facultades por parte del titular de la información recolectada, sino además, de conservarla y mantenerla, de forma que su acceso por quienes, en un determinado caso, se encuentran habilitados para hacerlo, pueda ser efectivo y veraz²⁴»⁶¹.

Los procesos de administración de datos personales deben desarrollarse teniendo en cuenta una serie de principios que fueron inicialmente definidos por la

⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia T-729 de 2002. La siguiente cita es del original del texto: ²⁹Así mismo, en la sentencia T-414 de 1992, frente a la titularidad del dato y a su posibilidad de apropiación por un tercero, la Corte indicó: "Lo cierto es que por las muy estrechas relaciones entre el dato personal y la intimidad que atrás hemos destacado, la sola búsqueda y hallazgo de un dato no autoriza a pensar que se ha producido simultáneamente su apropiación exclusiva y, por tanto, la exclusión de toda pretensión por parte del sujeto concernido en el dato. De ahí que no pueda hablarse de que existe un propietario del dato con las mismas implicaciones como si se tratara de una casa, un automóvil o un bien intangible. Tampoco cabe pensar que la entidad que recibe un dato de su cliente en ejercicio de una actividad económica, se convierte por ello mismo en su propietario exclusivo...". En este mismo fallo la Corte se pronunció acerca de la imposibilidad de someter los asuntos concernientes a los datos personales al derecho clásico de propiedad, y excluyó cualquier intento de reconocerle validez a la idea de su apropiación por parte de terceros.

⁵⁹ Ley 1581 de 2012, artículo 3, literal c).

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia C- 1011 de 2008. Ver también el artículo 1 de la Ley 1581 de 2012 y las sentencias C-748 de 2011, T-058 de 2013, T-198 de 2015, T-173 de 2016, entre otras.

⁶¹ Corte Constitucional, sentencia T-173 de 2016. La siguiente cita es del original del texto: ²⁴Ver sentencia C-274 de 2013.

jurisprudencia⁶², y luego fueron incorporados por el legislador en las diferentes leyes estatutarias que regulan la materia.

Los principios que rigen el tratamiento de los datos personales, es decir, su recolección, almacenamiento, uso, circulación o supresión, se encuentran reglamentados en la Ley 1581 de 2012, artículo 4⁶³.

La Corte Constitucional indicó, en la sentencia C-748 de 2011⁶⁴, que los principios que rigen el tratamiento de datos personales deben interpretarse a la luz de la constitución y de los estándares internacionales que regulan la materia; adicionalmente, señaló que su reconocimiento no significa el desconocimiento de otros que integren o lleguen a integrar el contenido del derecho de habeas data⁶⁵.

Dichos principios⁶⁶ son los siguientes:

- a) **Principio de legalidad:** El tratamiento de datos debe sujetarse a lo establecido en la ley.
- b) **Principio de finalidad:** El tratamiento debe obedecer a una finalidad legítima de acuerdo con la Constitución y la Ley, la cual debe ser informada al titular.

Sobre este principio, la Corte Constitucional indicó que el mismo debe ser entendido en dos aspectos:

Primero, bajo el principio de necesidad se entiende que los datos deberán ser conservados en una forma que permita la identificación de los interesados durante un periodo no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos. Es decir, el periodo de conservación de los datos personales no debe exceder del necesario para alcanzar la necesidad con que se han registrado.

(...)

⁶²Ver sentencia de la Corte Constitucional T- 729 de 2002, en la cual se encuentra la recopilación y sistematización de los desarrollos jurisprudenciales en materia de protección de datos personales, y ha sido reconocida por dicho Tribunal como la que mayor grado de precisión conceptual tiene al respecto. (Ver sentencia C-1011 de 2008)

⁶³ Los principios señalados en la ley son: a) Principio de legalidad en materia de Tratamiento de datos, b) Principio de finalidad, c) Principio de libertad, d) Principio de veracidad o calidad, e) Principio de transparencia, f) Principio de acceso y circulación restringida, g) Principio de seguridad, h) Principio de confidencialidad. Además, según la sentencia C-748 de 2011, también se deben tener en cuenta los principios constitucionales de: a) Prohibición de discriminación, b) Interpretación integral de derechos constitucionales, c) indemnización de perjuicios. Además, aquellos derivados del núcleo temático de la ley estatutaria, tales como: a) Proporcionalidad del establecimiento de excepciones, b) Autoridad independiente, c) Exigencia de estándares de protección equivalentes para transferencia internacional de datos.

⁶⁴ Mediante la cual se analizó la constitucionalidad del proyecto de ley que dio origen a la Ley 1581 de 2012.

⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia C- 748 de 2011: «En consecuencia, si la Corte -intérprete autorizado de la Constitución-, ha definido a través de los principios de administración de datos personales el contenido y alcance del derecho fundamental al hábeas data, las normas estatutarias deberán interpretarse en armonía con el plexo de garantías y prerrogativas que integran ese derecho. Además, también serán analizados a la luz de los estándares internacionales sobre la materia. / Por otra parte, debe entenderse que la enunciación de estos principios no puede entenderse como la negación de otros que integren o lleguen a integrar el contenido del derecho fundamental al habeas data».

⁶⁶ La jurisprudencia ha hecho referencia a los principios del habeas data, para lo cual pueden consultarse las sentencias T-160 de 2005, T-718 de 2005, T-1067 de 2007, T-144 de 2013, T-207A de 2018, y C-1011 de 2008, entre otras.

Segundo, los datos personales registrados deben ser los estrictamente necesarios para el cumplimiento de las finalidades perseguidas con la base de datos de que se trate, de tal forma que se encuentra prohibido el registro y divulgación de datos que no guarden estrecha relación con el objetivo de la base de datos.⁶⁷

- c) **Principio de libertad:** El tratamiento sólo puede ejercerse con el consentimiento, previo, expreso e informado del titular.

Al respecto señaló el alto Tribunal Constitucional:

De todo lo anterior, puede entonces deducirse: **(i)** los datos personales sólo pueden ser registrados y divulgados con el consentimiento libre, previo, expreso e informado del titular. Es decir, **no está permitido el consentimiento tácito del Titular del dato** y sólo podrá prescindirse de él por expreso mandato legal o por orden de autoridad judicial, **(ii)** el consentimiento que brinde la persona debe ser definido como una indicación específica e informada, libremente emitida, de su acuerdo con el procesamiento de sus datos personales. Por ello, el silencio del Titular **nunca** podría inferirse como autorización del uso de su información y **(iii)** el principio de libertad no sólo implica el consentimiento previo a la recolección del dato, **sino que dentro de éste se entiende incluida la posibilidad de retirar el consentimiento y de limitar el plazo de su validez**⁶⁸.

- d) **Principio de veracidad o calidad:** La información sujeta a tratamiento debe ser veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible. Se prohíbe el tratamiento de datos parciales, incompletos, fraccionados o que induzcan a error.
- e) **Principio de transparencia:** En el tratamiento debe garantizarse el derecho del titular a obtener, en cualquier momento y sin restricciones, información acerca de la existencia de datos que le conciernan.
- f) **Principio de acceso y circulación restringida:** El tratamiento se sujeta a los límites que se derivan de la naturaleza de los datos personales, de las disposiciones de la presente ley y la Constitución.

Los datos personales, salvo la información pública, no podrán estar disponibles en Internet u otros medios de divulgación o comunicación masiva, salvo que el acceso sea técnicamente controlable para brindar un conocimiento restringido solo a los Titulares o terceros autorizados conforme a la presente ley.

- g) **Principio de seguridad:** La información sujeta a tratamiento se deberá manejar con las medidas técnicas, humanas y administrativas que sean necesarias para otorgar seguridad a los registros evitando su adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado o fraudulento.
- h) **Principio de confidencialidad:** Todas las personas que intervengan en el tratamiento de datos personales que no tengan la naturaleza de públicos están obligadas a garantizar la reserva de la información, inclusive después de finalizada su relación con alguna de las labores que comprende el tratamiento.

⁶⁷ Sentencia C-748 de 2011.

⁶⁸Ibidem.

En conclusión, el tratamiento de los datos personales que se encuentran en las bases de datos está sometido a reglas especiales (principios) en lo relativo a su captación, administración y divulgación.

5.4. Manejo de la información por parte de las administradoras de fondos de pensiones – Derecho de Habeas Data.

Las administradoras de fondos de pensiones son entidades que por sus funciones tienen el manejo de las bases de datos de las personas que se encuentran afiliadas a ellas, relacionadas con su historia laboral: vinculaciones laborales, ascensos, retiros, ingresos, cargos, etc.

El manejo de la información que administran dichas entidades se rige por la Ley 1581 de 2012 «Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales». Así lo ha ilustrado la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁶⁹.

Adicionalmente, deben tenerse en cuenta los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el habeas data, pues ello le permite al operador jurídico tener la claridad suficiente sobre el alcance de la normatividad existente.

5.4.1 Clasificación de la información.

Para determinar cuál es el grado de protección que tienen los datos personales relacionados con la seguridad social, y para el caso concreto aquellos referentes a la causación del derecho pensional, es necesario definir cuál es la tipología de dicha información, es decir, cómo se clasifica tal información. De lo contrario, si no se conoce cuál es la clase de información que se va a tratar difícilmente puede identificarse la forma como procedería dicho tratamiento⁷⁰.

Es decir, el propósito de la clasificación de la información no es otro que reducir el ámbito de la autorización o consentimiento previo, libre e informado, que los titulares de los datos deben dar para que la misma pueda ser tratada. En el caso objeto de consulta, hasta dónde pueden las administradoras privadas de pensiones informarles a las entidades públicas, que deban sacar a concurso público los cargos de carrera administrativa, pero garantizando la estabilidad reforzada reconocida por el legislador, si sus empleados cumplen con los requisitos señalados en el artículo 263 de la Ley 1955 de 2019, para obtener la condición de prepensionado.

⁶⁹Ver sentencias de la Corte Constitucional T-173 de 2016 y T-101 de 2017, entre otras. En esta última, indicó la Corte: «Al respecto, es preciso señalar que las entidades encargadas del reconocimiento de las prestaciones económicas derivadas del sistema general de seguridad social, tienen la misión de administrar las historias laborales de sus afiliados y, es por ello que, por tener a su cargo el manejo de datos personales relacionados con las vinculaciones laborales, ascensos y retiros, así como de sus ingresos y el tipo de actividad a la que se dedican, es necesario que dicha función sea ejercida de conformidad con las disposiciones de la Ley 1581 de 2012 y que, en ese sentido, se consigne y compile información que se caracterice por ser cierta, precisa, fidedigna y actualizada³⁶». La siguiente cita es del original del texto: ³⁶Ver sentencia T-079 de 2016.

⁷⁰ Ley 1581 de 2012, artículo 3, literal g): «**Tratamiento:** Cualquier operación o conjunto de operaciones sobre datos personales, tales como la recolección, almacenamiento, uso, circulación o supresión».

La Ley 1581 de 2012 no trae una clasificación de la información y únicamente se limitó a definir qué se entiende por datos sensibles. No obstante, existe jurisprudencialmente una fundamentación de la clasificación de la información, la cual fue propuesta por la Corte Constitucional en la sentencia T-729 de 2002⁷¹, clasificación que debe ser acogida y, por ende, debe extenderse a los datos que están amparados por la mencionada ley.

Es así como la Corte propuso dos grandes tipologías de la información:

- a. Información impersonal e información personal. En la información personal debe tenerse en cuenta la «contenida en bases de datos computarizadas o no y la información personal contenida en otros medios, como videos o fotografías, etc.».
- b. Información pública o de dominio público, la información semi-privada, la información privada y la información reservada o secreta⁷².

Por ser de gran importancia la definición y alcance de cada una de estas clasificaciones de la información, la Sala cita in extenso lo señalado por el máximo órgano constitucional.

Dijo la Corte en relación con la primera clasificación:

La primera gran tipología, es aquella dirigida a distinguir entre la información impersonal y la información personal. A su vez, en esta última es importante diferenciar igualmente la información personal contenida en bases de datos computarizadas o no y la información personal contenida en otros medios, como videos o fotografías, etc.

En función de la especialidad del régimen aplicable al derecho a la autodeterminación, esta diferenciación es útil principalmente por tres razones: la primera, es la que permite afirmar que en el caso de la información impersonal no existe un límite constitucional fuerte³¹ al derecho a la información, sobre todo teniendo en cuenta la expresa prohibición constitucional de la censura (artículo 20 inciso 2º), sumada en algunos casos a los principios de publicidad, transparencia y eficiencia en lo relativo al funcionamiento de la administración pública (artículo 209) o de la administración de justicia (artículo 228). Una segunda razón, está asociada con la reconocida diferencia entre los derechos a la intimidad, al buen nombre y al *habeas data*, lo cual implica reconocer igualmente las diferencias entre su relación con la llamada información personal y su posible colisión con el derecho a la información. La tercera razón, guarda relación con el régimen jurídico aplicable a los llamados procesos de administración de datos inspirado por principios especiales y en el cual opera, con sus particularidades, el derecho al *habeas data*⁷³.

Sobre la segunda clasificación indicó:

⁷¹ «Para la adecuada comprensión de la colisión entre los derechos a la información y al *habeas data*, en ocasiones extensible al derecho a la intimidad, la Corte propone una tipología de la información que, mediante el manejo de criterios más o menos estables, facilite la unificación de la jurisprudencia constitucional y la seguridad jurídica entre los actores más usuales de los mismos».

⁷² Esta clasificación jurisprudencial fue adoptada en una regulación sectorial como lo es la Ley 1266 de 2008, la cual regula exclusivamente el *habeas data* financiero.

⁷³ Corte Constitucional, sentencia T- 729 de 2002. La siguiente cita es del original del texto: ³¹ Esta calificación se justifica, entre otras, en virtud de la existencia de ciertos derechos igualmente constitucionales, como es el caso de los derechos de propiedad intelectual (artículo 61 de la Constitución) que constituyen un límite de rango constitucional al derecho a la información.

La segunda gran tipología que necesariamente se superpone con la anterior, es la dirigida a clasificar la información desde un punto de vista cualitativo en función de su publicidad y la posibilidad legal de obtener acceso a la misma. En este sentido la Sala encuentra cuatro grandes tipos: la información pública o de dominio público, la información semi-privada, la información privada y la información reservada o secreta.

Así, la información pública, calificada como tal según los mandatos de la ley o de la Constitución, puede ser obtenida y ofrecida sin reserva alguna y sin importar si la misma sea información general, privada o personal. Por vía de ejemplo, pueden contarse los actos normativos de carácter general, los documentos públicos en los términos del artículo 74 de la Constitución, y las providencias judiciales debidamente ejecutoriadas; igualmente serán públicos, los datos sobre el estado civil de las personas o sobre la conformación de la familia. Información que puede solicitarse por cualquier persona de manera directa y sin el deber de satisfacer requisito alguno.

La **información semi-privada**, será aquella que por versar sobre información personal o impersonal y no estar comprendida por la regla general anterior, presenta para su acceso y conocimiento un grado mínimo de limitación, de tal forma que la misma sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad administrativa en el cumplimiento de sus funciones o en el marco de los principios de la administración de datos personales. **Es el caso de los datos relativos a las relaciones con las entidades de la seguridad social o de los datos relativos al comportamiento financiero de las personas.**

La información privada, será aquella que por versar sobre información personal o no, y que por encontrarse en un ámbito privado, sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Es el caso de los libros de los comerciantes, de los documentos privados, de las historias clínicas o de la información extraída a partir de la inspección del domicilio.

Finalmente, encontramos la información reservada, que por versar igualmente sobre información personal y sobretodo por su estrecha relación con los derechos fundamentales del titular - dignidad, intimidad y libertad- se encuentra reservada a su órbita exclusiva y no puede siquiera ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Cabría mencionar aquí la información genética, y los llamados "datos sensibles"³² o relacionados con la ideología, la inclinación sexual, los hábitos de la persona, etc.

Para la Corte, esta tipología es útil al menos por dos razones: la primera, porque contribuye a la delimitación entre la información que se puede publicar en desarrollo del derecho constitucional a la información, y aquella que constitucionalmente está prohibido publicar como consecuencia de los derechos a la intimidad y al *habeas data*. La segunda, porque contribuye a la delimitación e identificación tanto de las personas como de las autoridades que se encuentran legitimadas para acceder o divulgar dicha información⁷⁴. (Resaltado nuestro).

De lo expuesto jurisprudencialmente, se concluye que los datos que administran las entidades de la seguridad social, como es el caso de las administradoras del régimen de ahorro individual, están clasificados como información semiprivada, por lo que su acceso y conocimiento tienen un grado mínimo de limitación, y, por

⁷⁴ Ibidem. La siguiente cita es del original del texto: ³² En la sentencia T-307 de 1999, sobre la llamada información "sensible", la Corte afirmó: "...no puede recolectarse información sobre datos "sensibles" como, por ejemplo, la orientación sexual de las personas, su filiación política o su credo religioso, cuando ello, directa o indirectamente, pueda conducir a una política de discriminación o marginación."

lo tanto, solo pueden ser obtenidos y ofrecidos por orden de autoridad administrativa o judicial, en cumplimiento de sus funciones.

5.4.2. Lineamientos jurisprudenciales para la solicitud de datos personales por parte de autoridades administrativas.

Como se indicó en capítulos precedentes, uno de los principios que regulan la administración de datos personales es el de libertad, según el cual los «datos personales sólo pueden ser registrados y divulgados con el consentimiento libre, previo, expreso e informado del titular». Esta obligación está reforzada en lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley 1581 de 2012⁷⁵.

Sin embargo, esta obligación de contar con el consentimiento previo, libre e informado tiene unas excepciones que se encuentran reguladas en el artículo 10 *ibidem*⁷⁶.

Uno de los casos en que no se requiere el consentimiento previo, libre e informado del titular de la información es cuando esta es «requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial», como es el caso que atañe a este concepto.

En el examen de constitucionalidad efectuado por la Corte Constitucional a la posibilidad que tiene una entidad administrativa de requerir información en ejercicio de sus funciones legales sin necesidad de obtener el consentimiento previo, libre e informado del titular de la información, dicha corporación indicó una serie de parámetros que deben ser tenidos en cuenta para que tal excepción al principio de libertad se ajuste a la constitución y la ley.

Estos parámetros están relacionados con:

- a. La conexidad directa que debe existir entre el dato y el cumplimiento de las funciones de la entidad del poder Ejecutivo.
- b. El deber que adquiere la entidad que accede al dato de garantizar los derechos fundamentales del titular de la información.

Dicho deber implica: (i) guardar la reserva de la información, (ii) informar a los titulares del dato el uso que le esté dando al mismo, (iii) conservar la información recibida con las seguridades debidas, con el fin que la misma no se deteriore, se pierda, se altere, o se use de manera fraudulenta, y, (iv) cumplir con las instrucciones de la autoridad encargada de controlar el uso de datos personales.

⁷⁵ «Artículo 9°. Autorización del titular. Sin perjuicio de las excepciones previstas en la ley, en el Tratamiento se requiere la autorización previa e informada del Titular, la cual deberá ser obtenida por cualquier medio que pueda ser objeto de consulta posterior».

⁷⁶ Ley 1581 de 2012, artículo 10: «**CASOS EN QUE NO ES NECESARIA LA AUTORIZACIÓN.** La autorización del Titular no será necesaria cuando se trate de: a) Información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial; / b) Datos de naturaleza pública; / c) Casos de urgencia médica o sanitaria; / d) Tratamiento de información autorizado por la ley para fines históricos, estadísticos o científicos; / e) Datos relacionados con el Registro Civil de las Personas. / Quien acceda a los datos personales sin que medie autorización previa deberá en todo caso cumplir con las disposiciones contenidas en la presente ley».

Sobre el particular dijo la Corte:

El artículo 10 del Proyecto de Ley bajo estudio señala las situaciones en las que no es necesaria la autorización, las cuales responden a la naturaleza misma del dato y al tipo de funciones que cumplen. Sin embargo, deben hacerse las siguientes precisiones:

En primer término, se señala que se prescindirá de la autorización cuando la información sea *“requerida por una autoridad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial”*. Sin embargo, considera la Sala que deben hacerse las mismas observaciones que las contenidas en la Sentencia C-1011 de 2008, al hacer el estudio del Proyecto de Ley Estatutaria de los datos financieros.

En relación, con las autoridades públicas o administrativas, señaló la Corporación que tal facultad *“no puede convertirse en un escenario proclive al abuso del poder informático, esta vez en cabeza de los funcionarios del Estado. Así, el hecho que el legislador estatutario haya determinado que el dato personal puede ser requerido por toda entidad pública, bajo el condicionamiento que la petición se sustente en la conexidad directa con alguna de sus funciones, de acompañarse con la garantía irrestricta del derecho al hábeas data del titular de la información*. En efecto, amén de la infinidad de posibilidades en que bajo este expediente puede accederse al dato personal, **la aplicación del precepto bajo análisis debe subordinarse a que la entidad administrativa receptora cumpla con las obligaciones de protección y garantía que se derivan del citado derecho fundamental, en especial la vigencia de los principios de finalidad, utilidad y circulación restringida.**

Para la Corte, esto se logra a través de dos condiciones: (i) el carácter calificado del vínculo entre la divulgación del dato y el cumplimiento de las funciones de la entidad del poder Ejecutivo; y (ii) la adscripción a dichas entidades de los deberes y obligaciones que la normatividad estatutaria predica de los usuarios de la información, habida consideración que ese grupo de condiciones permite la protección adecuada del derecho.

En relación con el primero señaló la Corporación que *“la modalidad de divulgación del dato personal prevista en el precepto analizado devendrá legítima, cuando la motivación de la solicitud de información esté basada en una clara y específica competencia funcional de la entidad.”* Respecto a la segunda condición, la Corte estimó que una vez la entidad administrativa accede al dato personal adopta la posición jurídica de usuario dentro del proceso de administración de datos personales, lo que de forma lógica le impone el deber de garantizar los derechos fundamentales del titular de la información, previstos en la Constitución Política y en consecuencia deberán: *“(i) guardar reserva de la información que les sea suministrada por los operadores y utilizarla únicamente para los fines que justificaron la entrega, esto es, aquellos relacionados con la competencia funcional específica que motivó la solicitud de suministro del dato personal; (ii) informar a los titulares del dato el uso que le esté dando al mismo; (iii) conservar con las debidas seguridades la información recibida para impedir su deterioro, pérdida, alteración, uso no autorizado o fraudulento; y (iv) cumplir con las instrucciones que imparta la autoridad de control, en relación con el cumplimiento de la legislación estatutaria”*⁷⁷.

⁷⁷ Corte Constitucional, sentencia C- 748 de 2011. En el mismo sentido se pronunció la Corte sobre la constitucionalidad del artículo 13 del proyecto de ley estatutaria, que posteriormente se convirtió en la Ley 1581 de 2012, que regula las personas a quienes se les puede entregar información, entre las que se encuentran las entidades públicas o administrativas en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial, al señalar: «Frente al segundo escenario permitido por el legislador, esto es la entrega de información a las entidades públicas y en virtud de una orden judicial, se harán las mismas observaciones que al estudiar el artículo 10, sobre los casos exceptuados de autorización. Por lo tanto, el ordinal b) debe entenderse que la entidad administrativa receptora cumpla con las obligaciones de protección y garantía que se derivan del

En conclusión, si bien la autoridad administrativa está facultada para solicitar información sobre datos personales clasificados como información semiprivada, dicha facultad está condicionada al cumplimiento de una serie de parámetros dados por la Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria que posteriormente se convirtió en la Ley 1581 de 2012. Lo anterior, debido a que una autoridad administrativa «no puede convertirse en un escenario proclive al abuso del poder informático».

5.4.3 Entrega de información por parte de las administradoras de fondos privados de pensiones a los empleadores, relacionada con la causación de los derechos pensionales de aquellos empleados afiliados al RAIS.

Las administradoras de fondos de pensiones son entidades de naturaleza previsional, es decir, forman parte del sistema de seguridad social, y están encargadas de administrar las cuentas de ahorro pensional⁷⁸ y de reconocer y pagar las pensiones de cada uno de sus afiliados cuando cumplan los requisitos previstos en la ley para la causación del derecho⁷⁹. Están reguladas por el Decreto 656 de 1994 «Por el cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades que administren fondos de pensiones».

La información que manejen estas entidades en sus bases de datos sobre cada uno de sus afiliados es de naturaleza semiprivada, tal como se explicó, por lo que su divulgación tiene un grado mínimo de limitación dado que requiere que sea solicitada por una autoridad administrativa o judicial en ejercicio de sus funciones.

Siendo la información de naturaleza semiprivada excluye el argumento esgrimido por uno de los fondos privados en el sentido de que la información que poseen goza del secreto profesional. No puede existir secreto profesional respecto de la información cuya divulgación es permitida por la ley, bajo ciertos parámetros de protección.

Ahora bien, de acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales, los datos solicitados por las autoridades administrativas deben tener una conexidad directa con el cumplimiento de sus funciones.

Dentro de las funciones que tienen las entidades estatales, de conformidad con la Ley 909 de 2004, está la de remitir al Departamento Administrativo de la Función Pública y este a su vez, a la CNSC, como entidad responsable de la administración de la carrera administrativa, el plan anual de vacantes, con el fin de planear el recurso humano y formular políticas relacionadas con la dirección y gestión del empleo público y la gerencia pública⁸⁰.

citado derecho fundamental, en especial la vigencia de los principios de finalidad, utilidad y circulación restringida. Por lo tanto, debe encontrarse demostrado (i) el carácter calificado del vínculo entre la divulgación del dato y el cumplimiento de las funciones de la entidad del poder Ejecutivo; y (ii) la adscripción a dichas entidades de los deberes y obligaciones que la normatividad estatutaria predica de los usuarios de la información».

⁷⁸ Ley 100 de 1993, artículo 60, literal b), inciso segundo.

⁷⁹ Como entidades administradoras del RAIS, se «encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad» Decreto 656 de 1994, artículo 4.

⁸⁰ Ver Ley 909 de 2004, artículos 11, 14, 15.

Una de las políticas públicas del gobierno nacional en relación con la dirección y gestión del empleo público, es la de reducir la provisionalidad en los cargos de carrera, lo que implica sacar a concurso público los cargos vacantes, política que quedó plasmada en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022, artículo 263.

Sin embargo, esta política de reducción de la provisionalidad en el empleo público está acompañada de la protección de los derechos fundamentales de aquellas personas que se encuentran desempeñando un cargo de carrera administrativa en provisionalidad y que están próximas a causar su pensión de vejez.

La misma ley le concedió a este grupo poblacional una estabilidad laboral reforzada que les permita alcanzar su pensión de vejez, por lo que sus cargos, pese a ser de carrera administrativa y estar en provisionalidad, no deben ser ofertados públicamente hasta tanto causen su derecho pensional.

Para cumplir con su función, las entidades estatales requieren de una serie de informaciones de las administradoras de fondos privados de pensiones, entidades que están en capacidad de identificar cuales empleados afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplen con los requisitos para causar la pensión de vejez en un término máximo de 3 años contados a partir de la vigencia de la Ley 1955 de 2019.

Lo anterior, por cuanto es su obligación legal, «obtener y mantener actualizada toda la información previsional de los afiliados, de tal forma que estén en capacidad de determinar con precisión el momento en el cual cada uno de ellos cumple los requisitos para acceder a una pensión por vejez»⁸¹, deber que es armónico con el principio de veracidad o calidad de la información, consagrado en el artículo 4, literal d), de la Ley 1581 de 2012, que exige que la «información sujeta a tratamiento debe ser veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible».

Ahora bien, la información que las administradoras privadas de pensiones deben entregar a las autoridades administrativas, es solo la necesaria y relevante para determinar la condición de prepensionado, en los términos de la Ley 1955 de 2019, en cumplimiento de los principios de finalidad y circulación restringida.

La Sala considera que, pese a que el derecho pensional de un afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad se causa, en principio, dependiendo del capital ahorrado en su cuenta de ahorro individual, este dato por sí mismo no le permite a una entidad pública determinar tal condición. Por lo que no es el saldo de la cuenta la información que debe ser suministrada. En consecuencia, los fondos privados deben, dada la especialidad de su actividad, hacer un ejercicio interno, con toda la información que posean del afiliado, que evidencie si el mismo tiene o no la calidad de prepensionado, en los términos señalados, y suministrar el resultado de tal ejercicio a la entidad.

Con la anterior información, la entidad, previa la verificación a que haya lugar, procederá a excluir de la oferta pública de empleos los cargos que estén siendo desempeñados por estos empleados, garantizándoles, en consecuencia, sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la igualdad.

Cabe recordar que la segunda opción para acceder a la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual es la garantía de pensión mínima que se activa cuando el afiliado no tiene un capital ahorrado suficiente para causar su derecho a

⁸¹ Decreto 656 de 1994, artículo 17.

la pensión mínima, como ya se explicó. Por lo anterior, la información de los fondos privados debe centrarse en manifestar si tal afiliado, en el lapso de 3 años contados a partir de la vigencia de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2020, cumpliría con la edad de 57 años si es mujer o 62 años si es hombre, y 1150 semanas cotizadas.

Por último, cuando la entidad pública reciba la información, ella queda obligada a garantizar los derechos fundamentales del titular de la misma, y, en consecuencia debe:

- a. Guardar la reserva de la información y utilizarla únicamente para los fines que justificaron la entrega.
- b. Informar a los titulares del dato el uso que le esté dando al mismo.
- c. Conservar con las debidas seguridades la información recibida para impedir su deterioro, pérdida, alteración, uso no autorizado o fraudulento; y
- d. Cumplir con las instrucciones que imparta la autoridad de control, en relación con el cumplimiento de la legislación estatutaria.

6. Conclusiones

1. La condición de prepensionado, como garantía de estabilidad reforzada, tiene su origen en la constitución política, sin perjuicio que la misma haya sido regulada por la ley, pues la norma jurídica es solo una aplicación concreta de las garantías constitucionales. Su finalidad es la protección de los derechos fundamentales de las personas (mínimo vital e igualdad, entre otros) que se encuentren en ciertas circunstancias definidas en la ley o en los desarrollos jurisprudenciales.
2. Jurisprudencialmente, la condición de prepensionado estaba sujeta a que la persona cumpliera, dentro de los 3 años siguientes a su desvinculación laboral, los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez: la edad y el tiempo de servicio o las semanas cotizadas.

Posteriormente, estos requisitos cambiaron, adquiriéndose tal condición cuando al trabajador le falte únicamente el requisito de las semanas cotizadas, pues el objetivo de esta figura es proteger la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez (Corte Constitucional, sentencia SU- 003 de 2018)

3. Legalmente, la condición de prepensionado fue regulada por la Ley 790 de 2002 como un mecanismo de protección de los derechos de los trabajadores que podían verse afectados como consecuencia del proceso de renovación de la administración pública, conocido como retén social.

También fue regulado por la Ley 1955 de 2019 «Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”», como un mecanismo de protección para los servidores que fueron vinculados a un cargo de carrera administrativa en provisionalidad antes de diciembre de 2018 y que, a la fecha de entrada en vigencia de

dicha ley (25 de mayo de 2019), les faltaren 3 años o menos para causar el derecho pensional, con el fin de evitar que dichos empleados sean retirados del servicio como consecuencia del concurso público de méritos.

4. Con la Ley 1955 de 2019, la condición de prepensionado depende, entre otros aspectos, de la causación del derecho pensional, la cual difiere dependiendo de si el trabajador se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida o al régimen de ahorro individual con solidaridad, tal como se analizó a lo largo de este concepto.
5. Causar el derecho pensional significa el cumplimiento de todos los requisitos previstos en la ley para acceder a la pensión y para ello, no requiere de su reconocimiento por parte de la administración, tal como lo indica la misma constitución política en su artículo 48, inciso 14, adicionado por el Acto Legislativo No. 1 de 2005: «(...) Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento».

La inclusión en nómina de pensionados no es un requisito de causación del derecho pensional, sino una garantía para la efectividad de los derechos de los empleados a tener su remuneración vital que les garantice su subsistencia y su dignidad humana, tal como lo indicó la Corte Constitucional mediante la sentencia aditiva C-1037 de 2003.

6. En consecuencia, según lo señalado en la Ley 1955 de 2019, la condición de prepensionado varía según el régimen pensional al que pertenece el empleado, así:

Si el empleado se encuentra afiliado al **régimen de prima media con prestación definida**, su condición de prepensionado se adquiere cuando habiendo sido vinculado antes de diciembre de 2018, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo (25 de mayo de 2019), le faltaren 3 años o menos para cumplir la edad (57 años las mujeres y 62 años los hombres) y/o el tiempo de servicio o semanas cotizadas (1300 semanas en cualquier tiempo).

Si el empleado se encuentra afiliado al **régimen de ahorro individual con solidaridad**, su condición de prepensionado se adquiere cuando:

- a. Habiendo sido vinculado antes de diciembre de 2018, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo (25 de mayo de 2019) le faltaren 3 años o menos para reunir el capital suficiente para financiar, al menos, la pensión mínima de vejez, que como se indicó, equivale al 110% del salario mínimo legal mensual vigente en el año 1993, fecha de expedición de la Ley 100 de 1993, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE.

Sin embargo, si el empleado, pese a tener el capital suficiente para financiar su pensión de vejez, opta por continuar cotizando hasta que cumpla 60 años si es mujer y 62 años si es hombre, su condición de prepensionado queda sujeta al cumplimiento de dichas edades dentro de los 3 años siguientes como máximo, contados a partir de la vigencia de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo.

- b. Habiendo sido vinculado antes de diciembre de 2018, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo (25 de mayo de 2019) y por el término máximo de 3 años, el afiliado no logrará tener el capital suficiente en su cuenta de ahorro individual para financiar una pensión mínima, y siempre que en ese plazo cumpla con los requisitos de edad (62 años para hombres y 57 años para mujeres) y las semanas cotizadas (1150 semanas).
7. Si bien hoy en día la Ley 100 de 1993 unificó la prestación por vejez bajo el nombre de «pensión de vejez», los conceptos jubilación y vejez, en la actualidad, son asimilables por tratarse de conceptos que cubren un mismo riesgo: la contingencia derivada de la vejez o del paso de los años. Esta situación fue analizada por la Corte Constitucional, en las sentencias C-1255 de 2001 y C- 135 de 2018. Por tal razón, la alusión que hace el párrafo 2º del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019 a la expresión «pensión de jubilación» debe entenderse referida a la «pensión de vejez», tal como se indicó en el presente concepto.
8. En cuanto al acceso a la información del empleado afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, por parte del empleador, debe tenerse en cuenta lo siguiente:
 - a. La información contenida en las historias laborales y los expedientes pensionales se denominan datos personales; por lo tanto, las administradoras privadas de pensiones deben tener en cuenta para su tratamiento (captación, administración y divulgación), lo dispuesto en la Ley 1581 de 2012.
 - b. El grado de protección de los datos personales depende de la forma como estén clasificados.

Para dicha clasificación deben acogerse los parámetros definidos por la Corte Constitucional, mediante la sentencia T- 729 de 2002, habida cuenta que la Ley 1581 de 2012 no regula las tipologías de la información. En esta sentencia la Corte clasificó la información en dos grandes grupos: (i) personal e impersonal, y (ii) pública, semi-privada, privada y reservada o secreta.

- c. Solo tienen carácter de reservados los datos que reposan en las hojas de vida, las historias laborales, los expedientes pensionales y demás registros de personal, que son considerados como datos sensibles, es decir, aquellos que tocan con el ámbito privado e íntimo de las personas.
- d. Los datos que administran las entidades de seguridad social, como es el caso de las administradoras del régimen de ahorro individual, están clasificados como información semiprivada, por lo que su acceso y conocimiento tienen un grado mínimo de limitación, y, por lo tanto, solo pueden ser obtenidos y ofrecidos por orden de autoridad administrativa y judicial en cumplimiento de sus funciones.
- e. Respecto a la autoridad administrativa, si bien está facultada para solicitar información sobre datos personales clasificados como información semiprivada, dicha atribución está condicionada al cumplimiento de una serie de parámetros dados por la Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad C- 748 de 2011 del proyecto de ley estatutaria que

posteriormente se convirtió en la Ley 1581 de 2012, los cuales fueron explicados ampliamente.

Dichos parámetros fueron dados con el fin de evitar que una autoridad administrativa se convierta en un escenario proclive al abuso del poder informático.

- f. Los fondos privados de pensiones deben suministrarles a las entidades públicas solo la información que sea necesaria y relevante para determinar la condición de prepensionado, en los términos de la Ley 1955 de 2019.

Dichos fondos están en capacidad de identificar cuales empleados, que se encuentran afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad, cumplen con los requisitos para causar la pensión de vejez en un término máximo de 3 años contados a partir de la vigencia de la Ley 1955 de 2019, dado que es su obligación legal obtener y mantener actualizada la información previsional de sus afiliados, según lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 656 de 1994.

- g. Tal información debe ser suministrada por los fondos privados debido a que la determinación de la condición de prepensionado obedece al cumplimiento de una política pública relacionada con la dirección y gestión del empleo público y la gerencia pública, consistente en la reducción de la provisionalidad en los cargos de carrera, pero salvaguardando los derechos fundamentales de aquellas personas que se encuentran desempeñando un cargo de carrera administrativa en provisionalidad y que están próximos a causar su pensión de vejez.
9. Por último, siendo la información de naturaleza semiprivada excluye el argumento esgrimido por uno de los fondos privados en el sentido de que la información que poseen goza del secreto profesional. No puede existir secreto profesional respecto de la información cuya divulgación es permitida por la ley, bajo ciertos parámetros de protección.

La Sala RESPONDE:

1. Teniendo en cuenta la Ley de Habeas Data, cómo podría el empleador acceder a la información de aquellos servidores afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, si los fondos de Pensiones Privados (Colfondos, Oldmutual, Porvenir y Protección) manifiestan que el derecho pensional no depende de la edad y semanas cotizadas sino del capital ahorrado (información que normalmente no tiene el empleador), además de otras condiciones como la expectativa de vida, género y edad de eventuales beneficiarios?

El empleador, como autoridad administrativa y en cumplimiento de sus funciones, puede, mediante derecho de petición, acceder a la información que poseen los fondos privados de pensiones sobre la situación pensional de sus empleados, debido a que dicha información está clasificada como información semiprivada.

No obstante, el acceso a la información está condicionado al cumplimiento de los parámetros dados por la Corte Constitucional en la sentencia de

constitucionalidad C-748 de 2011 del proyecto de ley estatutaria que posteriormente se convirtió en la Ley 1581 de 2012.

En este sentido, los datos solicitados por las autoridades administrativas deben tener conexidad directa con el cumplimiento de sus funciones, y una vez recibida la información, la autoridad queda obligada a garantizar los derechos fundamentales de su titular.

Es de reiterar que la información que vaya a ser suministrada a las entidades públicas solo debe ser la necesaria y relevante para determinar la condición de prepensionado, en los términos de la Ley 1955 de 2019.

Todo lo anterior, de conformidad con lo explicado a lo largo del presente concepto.

2. Precisar quien ostenta la calidad de **prepensionado** conforme a la Ley Colombiana, tanto en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en adelante RAIS, como en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en adelante RPM.

La condición de prepensionado regulada por la Ley 1955 de 2019, que es el caso específico sobre el que gira la consulta formulada, se le otorga a aquellos servidores que se encuentren vinculados a un cargo de carrera administrativa en provisionalidad, siempre que hayan sido vinculados antes de diciembre de 2018, y que a la fecha de entrada en vigencia de dicha ley, les falten 3 años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, la cual debe entenderse como pensión de vejez, según lo indicado.

En consecuencia, la condición de prepensionado, según la Ley 1955 de 2019, se adquiere:

1. En el régimen de prima media con prestación definida, cuando, habiendo sido vinculado el trabajador antes de diciembre de 2018, le falten, a la fecha de entrada en vigencia de dicha ley (25 de mayo de 2019), 3 años o menos para cumplir los requisitos de la pensión de vejez, tal como se indicó.
2. En el régimen de ahorro individual con solidaridad, se dan las siguientes situaciones:
 - a. Cuando, habiendo sido vinculado el trabajador antes de diciembre de 2018, le falten, a la fecha de entrada en vigencia de dicha ley (25 de mayo de 2019), 3 años o menos para reunir el capital suficiente para financiar, al menos, la pensión mínima de vejez, que como se indicó, equivale al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993 reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE.

Sin embargo, si el trabajador, pese a tener el capital suficiente para financiar su pensión de vejez, opta por continuar cotizando hasta que cumpla 60 años si es mujer y 62 años si es hombre, su condición de prepensionado queda

sujeta al cumplimiento de dichas edades dentro de los 3 años siguientes como máximo, contados a partir de la vigencia de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo.

b. Cuando, habiendo sido vinculado el trabajador antes de diciembre de 2018, a la fecha de entrada en vigencia de dicha ley (25 de mayo de 2019) y por el término máximo de 3 años, el afiliado no logre tener el capital suficiente en su cuenta de ahorro individual para financiar una pensión mínima. En todo caso, dentro de dicho plazo se requiere que el trabajador cumpla los requisitos de edad (62 años para hombres y 57 años para mujeres) y de semanas cotizadas (1150). Esta es la denominada garantía de pensión mínima.

3. Aclarar si el término **Pensión de Jubilación**, se puede interpretar como **Pensión de Vejez**. Lo anterior, dado que el término jubilación existía cuando las empresas eran reconocedoras de pensiones.

El término pensión de jubilación sí puede interpretarse como pensión de vejez.

Si bien hoy en día la Ley 100 de 1993 unificó la prestación por vejez bajo el nombre de «pensión de vejez», los conceptos jubilación y vejez, en la actualidad, son asimilables por tratarse de nociones que cubren un mismo riesgo: la contingencia derivada de la vejez o del paso de los años. Esta situación ha sido analizada por la Corte Constitucional, en las sentencias C-1255 de 2001 y C- 135 de 2018, tal como se explicó ampliamente en el presente concepto.

4. Cual (sic) es el momento en el que se causa el respectivo derecho pensional:

- a. Con el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas en el RPM?
- b. Con el cumplimiento de capital suficiente ahorrado en el RAIS?
- c. Con la expedición de la Resolución de reconocimiento pensional?
- d. Al ingresar al funcionario a la nómina de pensionados?

El derecho pensional se causa:

En el régimen de prima media con prestación definida cuando se cumplen los requisitos **de edad** (57 años las mujeres y 62 años los hombres) y de **tiempo de servicio o semanas cotizadas** (1300 semanas en cualquier tiempo), de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

En el régimen de ahorro individual con solidaridad, de la siguiente manera:

- a. Inicialmente, cuando el afiliado reúna, en una cuenta individual, el capital necesario para financiar la pensión de vejez, de conformidad con el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 (equivalente al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993 reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE), como mínimo.

Lo anterior, sin desconocer que la misma ley le permite al trabajador continuar cotizando, pese a tener el capital suficiente para financiar su pensión de vejez, hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla 60 años si es mujer y 62 años si es hombre. En este caso, el empleador está obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria.

- b. Cuando proceda la garantía de pensión mínima de vejez, regulada en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, es decir, cuando el capital ahorrado por el afiliado no sea el suficiente para financiar una pensión mínima y siempre que el afiliado cumpla con los requisitos de edad (62 años para hombres y 57 años para mujeres) y de semanas cotizadas (1150 semanas).

No obstante, es una obligación del empleador para retirar del servicio al empleado, por justa causa, cuando este cumpla con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, que a dicho empleado se le incorpore en nómina de pensionados.

Lo anterior, según lo dispuesto por la Corte Constitucional (sentencia aditiva C-1037 de 2003) en aras de proteger la efectividad de los derechos de los empleados a tener su remuneración vital que les garantice su subsistencia y su dignidad humana.

Remítase copia a la señora Ministra de Trabajo y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Presidente de la Sala

ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala