



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, ocho (8) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 73001-33-33-005-2018-00309-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Parte demandante: Hermes Valderrama Rodríguez
Parte demandada: Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Telesociados en liquidación – PAR TELECOM

Realizada la audiencia oral que trata el artículo 180 del C. de P.A. y de lo C.A. y surtido el trámite establecido en los artículos 181 y 182 *ibidem*, sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho¹ profiere la decisión de mérito y que en derecho corresponda dentro del presente medio de control.

1. Antecedentes:

1.1 De la Demanda

El señor **Hermes Valderrama Rodríguez** actuando por intermedio de apoderada judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho establecido en el artículo 138 del C. de P.A. y de lo C.A. promovió demanda contra el Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Telesociados en liquidación – PAR TELECOM, tendiente a obtener mediante sentencia judicial, un pronunciamiento favorable sobre las siguientes:

1.2 Pretensiones

1.2.1 Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio Nro. PARDS 6332-2018 del 25 de junio de 2018, por medio del cual el PAR TELECOM negó lo solicitado por la parte demandante mediante petición de 15 de junio de 2018, con radicado Nro. 5282 en relación con la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades y el reconocimiento de una relación laboral durante el tiempo que fue vigilante en las instalaciones de Telecom en el Municipio de Dolores – Tolima, es decir entre los años 1985 a 1992.

1.2.2 Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se declare que entre la parte demandante y la parte demandada existió una relación laboral durante los periodos que se suscribieron los contratos de prestación de servicios, y se ordene el pago de los aportes a seguridad social por el mismo tiempo al fondo de pensiones al cual está afiliado en la actualidad.

¹ Atendiendo las pautas establecidas desde el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, mediante el cual se imparten instrucciones en virtud del “Estado de Emergencia económico, social y ecológico” decretado en el territorio nacional, y con fundamento en los estragos de la pavorosa plaga clasificada como SARS-CoV-2 por las autoridades sanitarias mundiales de la OMS, causante de lo que se conoce como la enfermedad del Covid-19 o popularmente “coronavirus”; y desde el Acuerdo PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual se tomaron medidas por motivos de salubridad pública, **la presente providencia fue discutida y aprobada por la el Juzgado a través de correo electrónico y se notifica a las partes por el mismo medio.**

Sentencia 1ª instancia.

Radicado: 73001-33-33-005-2018-00309-00

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Parte demandante: Hermes Valderrama Rodríguez

Parte demandada: Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Teleasociados en liquidación – PAR TELECOM

1.2.3 Que se ordene que las sumas de dinero reconocidas se paguen actualizadas y con los intereses comerciales y moratorios, como lo prevén los artículos 195 y siguientes del C. de P.A. y de lo C.A.

1.2.4 Condenar en costas a la parte demandada.

Como presupuestos fácticos de sus pretensiones, y que se fijaron así en la audiencia inicial, la parte demandante narró los siguientes,

1.3 Hechos:

1.3.1 Entre la entonces Empresa Nacional de Telecomunicaciones – TELECOM y el señor **Hermes Valderrama Rodríguez** se celebraron los contratos de prestación de servicios: RIB-0125-88 del 15 de febrero de 1983; contrato 501001-001157 del 23 de abril de 1985; RIB-048-89 del 28 de marzo de 1989 y contrato LGU-007-91 del 9 de diciembre de 1991, con el objeto de prestar los servicios de vigilancia por parte del señor **Hermes Valderrama Rodríguez** en las instalaciones de la empresa en el Municipio de Dolores – Tolima.

1.3.2 Por petición del 14 de junio de 2018, el señor **Hermes Valderrama Rodríguez** solicitó al PAR TELECOM el reconocimiento de una relación laboral por el periodo en que ejecutó los contratos de prestación de servicios mencionados, así como el reconocimiento de semanas y aportes a pensión, derivados de la relación laboral.

1.3.3 Por oficio PARDS 6332-2018 del 25 de junio de 2018, la Coordinadora de la Unidad Administrativa y Financiera del PAR TELECOM, negó lo solicitado el 14 de junio de 2018 por el demandante.

2. Trámite Procesal.

La demanda se presentó el 27 de septiembre de 2018. Por auto de 22 de octubre de 2018 la demanda se inadmitió (fl. 20) y posteriormente, el Despacho por auto del 22 de enero de 2019 la admitió (fl. 27), ordenó su notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, al Agente destacado del Ministerio Público en este Juzgado y al Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Teleasociados en liquidación – PAR TELECOM (fls. 31 a 36).

Surtida en debida forma la notificación, la parte demandada contestó oportunamente la demanda.

2.1 Contestación de la Demanda.

Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Teleasociados en liquidación – PAR TELECOM.

Manifestó que los hechos 1 y 2 relacionados con la vinculación contractual del señor **Hermes Valderrama Rodríguez** con la entonces Empresa Nacional de Telecomunicaciones – TELECOM, para prestar los servicios de vigilancia en las instalaciones de la empresa en el Municipio de Dolores – Tolima, son ciertos; los contenidos en los numerales 3, 4 y 5 no le constan. A su vez, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, señalando que el Decreto 222 de 1983 estableció en su artículo 167 que las personas naturales vinculadas por contrato prestación de servicios solo tendrían derecho a los emolumentos en ellos expresamente convenidos.

Propuso como **excepciones de mérito: *i. Inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido***, indicando que la parte demandante no tiene derecho a reclamar los

Sentencia 1ª instancia.

Radicado: 73001-33-33-005-2018-00309-00

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Parte demandante: Hermes Valderrama Rodríguez

Parte demandada: Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Telesociados en liquidación – PAR TELECOM

aportes al sistema de seguridad social en pensiones, por cuanto la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, mediante concepto Nro. 1369 del 18 de octubre de 2001, indicó que las personas que prestaron sus servicios a Telecom mediante contrato de prestación de servicios, sin ostentar la calidad de trabajadores oficiales, no tuvieron la calidad de servidores públicos y por ello el tiempo de duración del contrato no puede ser sumado para efectos del reconocimiento de la pensión; además, el régimen jurídico aplicable a los contratos suscritos con el demandante se rigen por el Decreto 222 de 1983, en relación con los contratos de prestación de servicios, en el cual estaban enmarcados los servicios de vigilancia, y que tuvieron vigencia hace 26 años, luego no es posible reclamar unos presuntos efectos pensionales luego de ese tiempo; *ii. prescripción*, puesto que el demandante dejó transcurrir 26 años para el cobro de las presuntas prestaciones sociales derivadas de la ejecución de los contratos que suscribió y *iii. genérica*, para que frente a toda situación de hecho y/o de derecho que resulte probada en el proceso que constituyan una excepción de fondo y beneficie a la entidad, se declare de forma oficiosa en la sentencia (fls. 125 a 132).

2.2 Audiencia Inicial

Por auto del 12 de marzo de 2021, se fijó fecha y hora para realizar la audiencia inicial que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, la cual se efectuó el 22 de abril de 2021. En la audiencia el Despacho surtió la etapa de saneamiento del proceso, decidió sobre las excepciones previas, fijó el litigio, tuvo por fallida la etapa conciliatoria, y decretó los medios de prueba solicitados por las partes y de oficio (fls. 184 a 192).

2.3 Audiencia de pruebas.

El 6 de mayo de 2021 se realizó la audiencia de pruebas que trata el artículo 181 del C. de P.A. y de lo C.A., en la cual se practicaron los medios de prueba decretados en la audiencia inicial, y en la cual se llegó a un acuerdo procesal con las partes, consistente en que como estaba pendiente el recaudo de la prueba documental, una vez se aportara al proceso o fenecido el término judicial concedido para su recaudo sin obtenerlo, tales situaciones se resolvieran por auto y continuar con el trámite procesal correspondiente (fls. 197 a 200).

Por auto de 6 de agosto de 2021, el Despacho incorporó y puso en conocimiento de las partes un medio de prueba documental aportado al proceso y ordenó oficiar a la U.G.P.P. para obtener el recaudo del medio de prueba faltante (fls. 212 a 213); luego, por auto de 7 de septiembre de 2021, el Despacho prescindió del medio de prueba documental requerido a la U.G.P.P., precluyó la etapa probatoria en este proceso y concedió a las partes el término común de 10 días para que presentaran por escrito los alegatos de conclusión. El mismo término se concedió al Ministerio Público, para que, si lo consideraba, presentara concepto (archivo PDF Nro.38, expediente digital).

2.3 Alegatos de Conclusión

- Parte demandante.

Sostiene que en el presente asunto se desnaturalizó la relación contractual convenida con la Empresa de Telecomunicaciones de Colombia, ya que lo que hubo verdaderamente fue un vínculo laboral, lo cual se encuentra demostrado con los testimonios en los que se afirmó que él recibía órdenes y cumplía horario de trabajo, sobre los cuales considera que se evidenció uno de los elementos distintivos entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios, como lo es el de la subordinación,

Sentencia 1ª instancia.

Radicado: 73001-33-33-005-2018-00309-00

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Parte demandante: Hermes Valderrama Rodríguez

Parte demandada: Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Telesociados en liquidación – PAR TELECOM

solicita al Despacho acceder a las súplicas de la demanda (archivo PDF Nro. 39, expediente digital).

- Parte demandada.

Solicita negar las pretensiones de la demanda, porque insiste en que los contratos de prestación de servicios suscritos se celebraron de conformidad con lo estipulado en el artículo 164 del decreto 222 de 1983, vigente para la época, en el cual se estableció que los servicios de vigilancia podrían ser contratados por medio del referido contrato. Además, reitera que de acuerdo con el concepto Nro. 1369 del 18 de octubre de 2001, de la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, el tiempo de vinculación del contratista no puede ser tenido en cuenta para el reconocimiento de su pensión (archivo Nro. 40, expediente digital).

Surtido el trámite procesal en debida forma, el Juzgado procede a resolver el fondo del presente asunto y lo que en derecho corresponda, previas las siguientes:

3. Consideraciones

Competencia.

Es competente este Despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el numeral 4 del artículo 104 del C. de P.A. y de lo C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155, numeral 2 y 156, numeral 3 *ibidem*.

Problema jurídico.

El problema jurídico por resolver consiste en determinar **¿i.** Si existió entre el señor **Hermes Valderrama Rodríguez** y la entonces Empresa Nacional de Telecomunicaciones – TELECOM hoy PAR TELECOM, una relación laboral por el periodo comprendido entre el 15 de febrero de 1983 al 15 de febrero de 1984; 6 de mayo de 1985 y el 6 de mayo de 1986; 1 de abril de 1989 a 1 de febrero de 1990 y 1 de enero a 31 de diciembre de 1992; y si **ii.** de esa relación laboral es posible derivar el reconocimiento y pago de los aportes y cotizaciones a pensión por los periodos mencionados, todo lo anterior en aplicación al principio de la realidad sobre las formalidades, establecidos por los sujetos de las relaciones laborales?

Tesis parte demandante

Debe declararse la existencia de una relación laboral y en consecuencia accederse a las demás pretensiones de la demanda, debido a que en el presente asunto está demostrado que su actividad estuvo subordinada a la Empresa de Telecomunicaciones de Colombia, debiendo cumplir horario de trabajo y recibiendo órdenes e instrucciones de su jefe inmediato, lo cual desnaturalizó la relación contractual inicialmente celebrada.

Tesis parte demandada

Los contratos de prestación de servicios están ajustados a la normatividad vigente para la época en la que se celebraron, por lo cual no se debe declarar la existencia de una relación laboral, así como tampoco es viable el reconocimiento de los aportes a pensión, por cuanto la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado mediante concepto Nro. 1369 del 18 de octubre de 2001, estableció que para las personas naturales contratadas por medio del contrato de prestación de servicios en Telecom, no era posible sumar el tiempo de duración del contrato para el reconocimiento de la prestación pensional.

Sentencia 1ª instancia.

Radicado: 73001-33-33-005-2018-00309-00

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Parte demandante: Hermes Valderrama Rodríguez

Parte demandada: Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Telesociados en liquidación – PAR TELECOM

Tesis del Despacho

Para el Despacho una vez analizados los argumentos de hecho y derecho de la demanda, la contestación, las excepciones, los alegatos de conclusión, y luego de la valoración en conjunto de los medios de prueba regular y oportunamente allegados al proceso, le asiste derecho al demandante, por cuanto, según los parámetros jurisprudenciales y legales aplicables al caso, la labor para la cual fuera contratado, esto es, prestación de sus servicios como vigilante, comprende funciones y deberes que corresponden a la labor ínsita de la entidad demandada y cuya naturaleza es de carácter permanente, acreditados así los elementos esenciales que configuran una relación de carácter laboral, esto es, subordinación en el cumplimiento de órdenes, remuneración por la labor prestada, la prestación personal del servicio y la permanencia en la ejecución de la actividad contratada, en contraposición al carácter temporal que caracteriza a los contratos de prestación de servicios.

Existe mérito para la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda frente a la declaración de una relación de índole laboral, la cual tuvo algunas interrupciones, y el consecuente reconocimiento de las prestaciones derivadas de tal naturaleza, en lo que tiene que ver únicamente a los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Marco Normativo.

De la nulidad y restablecimiento del derecho.

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho tiene fundamento en el artículo 138 del C. de P. A. y de lo C. A., al alcance de toda persona que considere que con un acto administrativo se infringió agravio a sus derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, ejercicio con el cual se obtienen, de forma simultánea, tanto la nulidad del acto como el restablecimiento de los derechos personales violados por la decisión contenida en el acto o en los actos objeto de demanda.

Del principio de legalidad enunciado se aprecia, claramente, que la acción se origina en **un acto administrativo** que la parte demandante considera ilegal; **persigue** (objeto) la nulidad del acto y además el restablecimiento de un derecho, y/o la indemnización y/o la devolución de lo indebidamente pagado. Tal acción se encamina a: 1) **impugnar** la validez de un acto jurídico administrativo y, como declaración consecencial, 2) **restablecer** el derecho subjetivo lesionado.

El señor **Hermes Valderrama Rodríguez** ha ejercido la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a efectos de cuestionar la decisión contenida en el oficio Nro. PARDS 6332-2018 del 25 de junio de 2018, por medio del cual el PAR TELECOM negó lo solicitado por la parte demandante mediante petición de 15 de junio de 2018, con radicado Nro. 5282 en relación con la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades y el reconocimiento de una relación laboral durante el tiempo que fue vigilante en las instalaciones de Telecom en el Municipio de Dolores – Tolima, es decir entre los años 1985 a 1992, y para que a título de restablecimiento del derecho, se declare que entre las partes existió una relación laboral durante los periodos que se suscribieron los contratos de prestación de servicios, y se ordene el pago de los aportes a seguridad social por el mismo tiempo al fondo de pensiones al cual el demandante está afiliado en la actualidad. A su vez, que se ordene que las sumas de dinero reconocidas se paguen actualizadas y con los intereses comerciales y moratorios, como lo prevé los artículos 195 y siguientes del C. de P.A. y de lo C.A. y se condene en costas a la parte demandada.

Por ende, procede el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Al respecto se observa que se trata de un acto que impone una decisión administrativa proferida por una entidad pública que afecta, por no satisfacer o atender un derecho o interés subjetivo, individual o concreto; por consiguiente, es susceptible de control por esta jurisdicción mediante la pretensión que se ha promovido, y el Juzgado es competente para conocer de ello.

El Consejo de Estado² ha advertido al respecto:

“Conforme lo ha precisado la doctrina y la jurisprudencia, el acto administrativo es una especie dentro del género de los actos jurídicos, caracterizado por ser expresión del ejercicio de la función administrativa del Estado, independientemente del órgano que lo expide o produce³, entendida ésta como aquella actividad estatal que cumplen o desarrollan los agentes del Estado y lo particulares expresamente autorizados por la ley⁴, la cual, a diferencia de la función legislativa, se ejerce en el plano sublegal⁵, y, que excepto las supremas autoridades administrativas, por esencia, participa de la presencia de un poder de instrucción⁶.

*Por lo tanto, desde el punto de vista de su contenido, el acto administrativo consiste entonces en la expresión de la voluntad, generalmente unilateral⁷, de la administración o de los particulares -expresamente autorizados para hacerlo-, en cumplimiento de función administrativa, dirigida a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas particulares o generales, entendidas éstas a su vez, como las distintas posiciones que pueden tener las personas frente a determinadas normas o formas de derecho, como por ejemplo, las situaciones de servidor público, contribuyente, usuario de un servicio público, contratista, oferente, etc. En ese contexto, desde el punto de vista de su estructura, los elementos del acto administrativo son los siguientes: **a)** El objeto (una decisión); **b)** la competencia (facultad o capacidad para producir el acto); **c)** los motivos (razones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la decisión); **d)** las formalidades (conjunto de requisitos sucesivos que integran*

² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR; Sentencia del 7 de septiembre de 2.000, Expediente Nro. 12244 – Contractual, Actor: María del Consuelo Herrera Osorio, Demandada: La Nación - Ministerio de Comunicaciones.

³ GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo - El Acto Administrativo”, 1ª Ed. Colombiana, Edit. Biblioteca Jurídica Dike, Santafé de Bogotá, 1999, pág. I-14.

⁴ Como es el caso por ejemplo de las Cámaras de Comercio, a quienes la ley les ha encomendado el manejo del registro mercantil (arts. 26 y 27 del Código de Comercio) y el registro de proponentes para la contratación estatal (art. 22 de la ley 80 de 1993), o la función notarial confiada a particulares (art. 1º del decreto 960 de 1979), o las entidades bancarias en cumplimiento del encargo de recaudación de tributos, etc.

⁵ Es decir, con una doble subordinación normativa: la primera a la Constitución Política y, la segunda, la ley; en tanto que la función legislativa se ejerce con arreglo a la primera de tales sujeciones.

⁶ Esta es precisamente una de las notas tipificadoras que permite distinguir la función administrativa de la función jurisdiccional. Sin embargo, por orden lógico de organización y de colocación de las cosas, de ese poder de instrucción se exceptúan las supremas autoridades administrativas, como acontece por ejemplo con el Presidente de la República, los gobernadores departamentales y los alcaldes municipales (con excepción de algunas precisas materias en las que éstos, por expresa disposición constitucional, constituyen agentes del Presidente, v. gr. en el manejo del orden público, art. 296).

⁷ Aunque hoy en día, en desarrollo de la participación de los administrados en la gestión de las tareas del Estado en general y de la actividad administrativa en particular, lo mismo que, como producto del fenómeno de la concertación como estrategia de gobierno, el acto administrativo ha dejado de ser exclusivamente expresión de la voluntad “unilateral” de la administración pública, para dar paso a la participación del gobernado en la producción de los actos administrativos, como por ejemplo, en la adopción de medidas como la fijación de los incrementos salariales, la liquidación consensual de los contratos estatales, la adopción de planes y programas de desarrollo, etc.

Sentencia 1ª instancia.

Radicado: 73001-33-33-005-2018-00309-00

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Parte demandante: Hermes Valderrama Rodríguez

Parte demandada: Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Teleasociados en liquidación – PAR TELECOM

un procedimiento para la expedición del acto), y e) la finalidad (objetivo o propósito que se busca alcanzar con el acto, la cual comprende una común de todo acto, que es el interés general, y las específicas de cada acto en particular), los cuales, desde un perspectiva metodológica de su presentación, podría decirse que corresponden, en su orden, a los siguientes interrogantes: qué, quién, por qué, cómo y para qué.”.

El acto demandado pues, cumple con todos estos requisitos y por ello es un acto administrativo digno de ser juzgado.

Marco normativo y jurisprudencial

La Constitución Política de Colombia, estableció en el artículo 53 los principios mínimos fundamentales que deben regir las relaciones laborales para todo tipo de empleado, sea este del orden oficial o privado.

Entre esos principios básicos, hace referencia a la “(...); *primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales;* (...).”

Por su parte, el artículo 122 de la Constitución determinó que no habrá empleo público que previamente no tenga funciones detalladas en la ley o el reglamento, y a su vez, que, para proveer los cargos de carácter remunerado, es necesario que estén contemplados en la respectiva planta y tengan previstos sus emolumentos en el presupuesto pertinente. El artículo 125 *ibid.*, indicó que:

Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

En el régimen jurídico colombiano existen tres tipos de vinculaciones con entidades del Estado con características o particularidades propias, que se identifican así:

- a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria);
- b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y
- c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal).⁸

Al tenor del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el legislador estableció un concepto legal para el contrato de prestación de servicios como tipología de contrato estatal, según el cual:

”ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

(...).

3°. Contrato de prestación de servicios. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, CP. GERARDO ARENAS MONSALVE, sentencia del 22 de noviembre de 2012, Expediente 25000-23-25-000-2003-00839-01 (1165-2010), demandante: Roberto Alfonso Chávez Vargas, demandado: Municipio de Fusagasugá.

celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”

Del texto transcrito se tiene entonces que (i) el contrato de prestación de servicios es un acto jurídico generador de obligaciones (ii) cuyo objeto está encaminado al desarrollo de actividades propias de administración y/o funcionamiento de la entidad contratante; (iii) que puede celebrarse entre entidades estatales y un privado, sea esta persona jurídica o natural, donde en este último evento (privado – persona natural), dicha contratación queda supeditada a que (a) la actividad no puede ejecutarse con el personal vinculado a la entidad o (b) se requiere de cierto conocimiento especializado con el que no se cuenta. Aunado a ello este contrato también se caracteriza por (iv) tener temporalidad limitada, y (v) que de él no se deriva relación o acreencia laboral alguna.

A su vez, la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 1997⁹ efectuó el análisis de constitucionalidad del numeral 3º -parcial- del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que reguló el Estatuto de Contratación Administrativa, y en la misma providencia hizo referencia a las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo.

En relación con el contrato de prestación de servicios, consideró que éste se caracteriza por:

*“El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración **no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante** o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:*

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. [...]

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

⁹ Corte Constitucional, Sala Plena, MP. HERNANDO HERRERA VERGARA, sentencia del 19 de marzo de 1997, expediente D-1430, Actores: Norberto Ríos Navarro, Tulio Elí Chinchilla Herrera, Alberto León Gómez Zuluaga, Carlos Alberto Ballesteros Barón y Germán Enrique Reyes Forero, Norma acusada: Numeral 3º. - parcial del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 "Por la cual se dicta el Estatuto de Contratación Administrativa".

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente»¹⁰. (Negrilla, subrayado fuera del texto)

Respecto del contrato de trabajo, indicó que éste se caracteriza por la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación de este, mientras que, en el contrato de prestación de servicios, la actividad a desarrollar es independiente, excluyendo la subordinación, elemento esencial, distintivo y determinante en la diferenciación entre dichas formas de contratar.

El modo de contratación a través de contrato de prestación de servicios no tiene como efectos el reconocimiento de prestaciones sociales, salvo que se acredite que, en la ejecución de dicho contrato, existió subordinación, lo cual tipifica el contrato de trabajo o una relación laboral, con el consecuente reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

Por su parte, el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, modificado por el artículo 1 del Decreto 3074 del mismo año precisó que: “...para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.”¹¹ (Subraya fuera de texto).

En el mismo sentido, el artículo 7 del Decreto 1950 de 1973 estableció que en ningún caso pueden celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente.

La Corte Constitucional realizó el análisis de constitucionalidad del artículo 2º (parcial) del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º (parcial) del Decreto Ley 3074 de 1968¹², reiterando los elementos constitutivos de

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-154 de 1997, Magistrado Ponente: HERNANDO HERRERA VERGARA.

¹¹ Mediante Sentencia C-614 de 2009 la Corte Constitucional indicó respecto de dicho aparte, entre otras cosas, que la permanencia es un elemento indicativo adicional de la existencia de una verdadera relación laboral.

¹² Corte Constitucional, MP. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB, Sentencia del 2 de septiembre de 2009, radicado: C-614 de 2009, D-7615, Actor: María Fernanda Orozco Tous, Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2º (parcial) del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º (parcial) del Decreto Ley 3074 de 1968.

una relación laboral y de una relación contractual de prestación de servicios y sus distinciones. La referida Corporación indicó:

(...). ..., la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. De esa manera, ahora resulta relevante e indispensable establecer cómo debe entenderse el concepto de función permanente. (...).

La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios, a saber: i) Criterio funcional: (...). ii) Criterio de igualdad: (...). iii) Criterio temporal o de la habitualidad: (...). iv) Criterio de la excepcionalidad: (...). v) Criterio de la continuidad: (...).

..., una de las condiciones que permite diferenciar un contrato laboral de un contrato de prestación de servicios es el ejercicio de la labor contratada, pues sólo si no hace parte de las funciones propias de la entidad, o haciendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados, pueden celebrarse contratos de prestación de servicios. De lo contrario, la administración debe recurrir a la ampliación de la planta de personal para celebrar contratos laborales.

Por su parte el Consejo de Estado¹³ reitera respecto de la configuración del contrato realidad, que deben acreditarse los tres elementos propios de una relación de trabajo:

1) la prestación personal del servicio (de manera permanente), 2) la remuneración respectiva y, 3) la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, **de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público**, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito¹⁴.

Con relación a la presunción legal establecida en la Ley 80 de 1993 artículo 32, y la carga de la prueba para desvirtuarla, el referido tribunal consideró:

*..., es claro que el inciso 2º del numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no establece presunción legal que permita considerar como laboral toda relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicio. (...) por el contrario, la disposición en cita de manera expresa consagró que en ningún caso se generaría una relación de trabajo, por lo que, **si el contratista recurre a la jurisdicción, está en la obligación de desvirtuar la naturaleza del contrato estatal**, como quiera que es él quien está llamado a demostrar los elementos esenciales o configurativos de una verdadera relación laboral.*

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, CP. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE, sentencia del 23 de junio de 2005, Radicado 20001-23-31-000-2001-00487-01 (2161-04).

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ, Sentencia del 19 de febrero de 2009, Radicado 73001-23-31-000-2000-03449-01 (3074-2005), actor: Ana Reinalda Triana Viuchi.

Sentencia 1ª instancia.

Radicado: 73001-33-33-005-2018-00309-00

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Parte demandante: Hermes Valderrama Rodríguez

Parte demandada: Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Teleasociados en liquidación – PAR TELECOM

..., el contratista que pretenda desvirtuar la presunción que recae sobre los contratos de prestación de servicios que ejecutó en favor de la administración y sobre los cuales, considera que en la realidad, lo desarrollado fue una verdadera relación de trabajo, tiene que (...) probar la existencia de los elementos configurativos de la relación laboral, enervando los efectos de la presunción legal que afecta la relación contractual primigenia.

..., la viabilidad de las pretensiones encaminadas a la declaración de una relación laboral debe encontrar un sustento claro y preciso en la actividad probatoria que la parte demandante lleve a cabo a fin de desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, especialmente el de subordinación, que como se mencionó, es el que desentraña fundamentalmente la existencia de una relación laboral encubierta.¹⁵

De acuerdo con lo anterior, si bien la Constitución Política garantiza la protección del trabajador y sus derechos, desde la perspectiva de la existencia de un contrato realidad, también lo es que la ley presume que los contratos de prestación de servicios que se celebren con las entidades estatales, se celebran con tal fin, es decir, excluyendo todos los elementos constitutivos de una relación laboral, **de modo que corresponde al interesado directo desvirtuar la presunción legal del objeto de los contratos de prestación de servicios, esto es, acreditando con suficiencia los elementos característicos de una relación laboral.**

En ese sentido, se invierte la carga de la prueba y es necesario que la parte interesada acredite la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación o dependencia respecto de quien prestó el servicio, además de la permanencia en la prestación del servicio, y que la actividad desarrollada sea inherente a la entidad y similar a las funciones desempeñadas por los empleados de planta.

Corresponde señalar que con sustento en las leyes 734 y 790 de 2002, y 909 de 2004 la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado respecto del uso indebido del contrato de prestación de servicios, para indicar que *“En el ordenamiento jurídico no solo se ha previsto la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para llevar a cabo funciones propias previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, sino que también se han fijado sanciones para el servidor que contrate a través de esta modalidad por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal.”¹⁶*

El Consejo de Estado en sentencia de 25 de agosto de 2016, unificó su jurisprudencia respecto al contrato realidad y aspectos conexos, como el ingreso base que debe tenerse en cuenta para efectos de la liquidación de las prestaciones a que haya lugar, la prescripción de los derechos laborales reclamados, entre otros aspectos.

En la parte considerativa de la sentencia se expusieron importantes argumentos relacionados, en especial, con los aspectos determinantes para la configuración del contrato realidad:

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. CP. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia del 16 de marzo de 2017, Radicado: 20001-23-33-000-2012-00219-01(4267-2014).

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, CP. CÉSAR PALOMINO CORTÉS, sentencia del 26 de julio de 2018, Radicado: 68001-23-31-000-2010-00799-01 (2778-2013).

“(...) el denominado “contrato realidad” aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales.

De igual manera, (...) recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión.”¹⁷

En consecuencia, fijó las siguientes reglas (acreditada la relación laboral):

i) Quien **pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y**, en consecuencia, **el pago de las prestaciones derivadas de esta**, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, **deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.**

ii) Sin embargo, **no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión**, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de *in dubio pro-operario*, no regresividad y progresividad.

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social **derivados del contrato realidad**, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. CARMELO PERDOMO CUÉTER, Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, Radicado: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15), Referencia: CE-SUJ2-005-16, Actor: Lucinda María Cordero Causil, Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), Tema: Contrato realidad (docente), Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 Nro. 5 de 2016, conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011.

exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra C, del CPACA).

v) **Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.**

vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, **una vez determinada la existencia del vínculo laboral** entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados.¹⁸ (Énfasis fuera de texto).

De conformidad con las reglas jurisprudenciales fijadas por el Consejo de Estado, en relación con el contrato realidad, quien pretenda su reconocimiento y los derechos que de éste se deriven, debe reclamarlos dentro del término de 3 años contados a partir de la terminación del vínculo contractual, prescripción que no opera respecto de los aportes a pensión.

Entre otras reglas fijadas, indicó que para abordar el análisis de la prescripción en cada caso concreto, es necesario, **previamente**, estudiar y acreditar la existencia de una relación laboral; así mismo, que el juez debe pronunciarse -así la parte demandante no lo haya solicitado- respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez acreditada la existencia de una relación laboral.

En ese sentido, el Despacho destaca que el reconocimiento de los *salarios*, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social en pensiones, que se deriven de la relación laboral, así como el análisis de la prescripción, es procedente

¹⁸ Ibid.

Sentencia 1ª instancia.

Radicado: 73001-33-33-005-2018-00309-00

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Parte demandante: Hermes Valderrama Rodríguez

Parte demandada: Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Teleasociados en liquidación – PAR TELECOM

siempre que se acredite la existencia de la relación laboral, por cuanto, es de su demostración que dependen los derechos económicos y prestacionales laborales pretendidos.

La diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral.

Para efectos de determinar el tipo de vinculación entre la parte demandante con Telecom, y recordando las diferencias entre las tipologías contractuales de prestación de servicios y de contrato laboral establecidas por la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 21 de junio de 2018¹⁹, realizó un análisis a las conclusiones a las que en ese momento llegó el Órgano de Cierre Constitucional, esto es, la procedencia de la celebración de contratos de prestación de servicios en *“los casos en los cuales la función de la administración no puede ser realizada por personas pertenecientes a la planta de la entidad contratante, o por la necesidad de conocimientos especializados. Además, en estas situaciones hay autonomía e independencia técnica y profesional por parte del contratista.”*, pudiéndose desvirtuar dicha tipología de contrato cuando se demuestra *“la subordinación continuada”*.

En esa oportunidad, señaló que las diferencias entre las mencionadas tipologías contractuales no se agotan con lo previamente enunciado, pues en efecto, trayendo el siguiente pronunciamiento de la Corte Constitucional, resaltó que uno de los propósitos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es:

“En el aparte transcrito la norma señala el propósito de dicho vínculo contractual, cual es el de que se ejecuten actos que tengan conexión con la actividad que cumple la entidad administrativa; además, que dicha relación jurídica se establezca con personas naturales, bien sea cuando lo contratado no pueda realizarse con personal de planta, lo que a juicio de la Sala acontece, por ejemplo, cuando el número de empleados no sea suficiente para ello; bien sea cuando la actividad por desarrollarse requiera de conocimientos especializados.

Resulta, por consiguiente, inadmisibile la tesis según la cual tal vínculo contractual sea contrario al orden legal, pues como se ha visto, éste lo autoriza de manera expresa. (...)

Es inaceptable el criterio según el cual la labor que se cumple en casos como aquel a que se contrae la litis, consistente en la prestación de servicios bajo la forma contractual, está subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público por no haber diferencia entre los efectos que se derivan del vínculo contractual con la actividad desplegada por empleados públicos, dado que laboran en la misma entidad, desarrollan la misma actividad, cumplen ordenes, horario y servicio que se presta de manera permanente, personal y subordinada.

Y lo es, en primer término, porque por mandato legal, tal convención no tiene otro propósito que el desarrollo de labores “relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”; lo que significa que la circunstancia de lugar en que se apoya la pretendida identidad de la relación

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, sentencia del 21 de junio de 2018, Radicado: 81001-23-33-000-2013-00040-01(3916-14), Actor: Lillie Aurora Paredes Castaño, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca, Referencia: tipologías contractuales para determinar cuándo se configura la subordinación frente a aquellas funciones que no pueden ser realizadas por personas pertenecientes a la planta de la entidad, argumentos: acápites a. parte considerativa de la jurisprudencia en cita.

jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, carece de fundamento válido. Son las necesidades de la administración las que imponen la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales cuando se presente una de dos razones: a.) que la actividad no pueda llevarse a cabo con personal de planta; b.) que requiera de conocimientos especializados la labor (art. 32 L. 80/93).

Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.

Y es, finalmente, inaceptable, que se sostenga que no existe diferencia entre los efectos de un contrato de prestación de servicios como el del sub-lite y los de una situación legal y reglamentaria con base en que tanto los contratistas como quienes se encuentran incorporados a la planta de personal se hallan en las mismas condiciones. Y a este yerro se llega porque no se tiene en cuenta cabalmente que el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir “el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario: El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal (sentencia C-555/94)”²⁰.

Así reiteró el Honorable Consejo de Estado “que no necesariamente se está frente a un contrato laboral cuando se desempeñan funciones similares a las de los empleados de planta, dado que una relación legal y reglamentaria tiene requisitos especiales. Por otra parte, se debe resaltar que en el caso en que se labore en la sede de la entidad, ello por sí mismo, no da lugar a que se declare la existencia del contrato laboral.

También se vislumbra de la jurisprudencia citada ut supra que el hecho de recibir instrucciones sobre la correcta prestación del servicio, cumplir determinados horarios, rendir informes sobre la prestación del mismo no constituyen elementos de una relación de subordinación continuada, sino que se enmarcan en una relación de coordinación que debe

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, sentencia del 21 de junio de 2018, Radicado: 81001-23-33-000-2013-00040-01(3916-14), Actor: Lillie Aurora Paredes Castaño, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca, Referencia: tipologías contractuales para determinar cuándo se configura la subordinación frente a aquellas funciones que no pueden ser realizadas por personas pertenecientes a la planta de la entidad, argumentos: acápite a. parte considerativa de la jurisprudencia en cita.

Sentencia 1ª instancia.
Radicado: 73001-33-33-005-2018-00309-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Parte demandante: Hermes Valderrama Rodríguez
Parte demandada: Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Telesociados en liquidación – PAR TELECOM

existir entre los contratistas vinculados mediante contrato de prestación de servicios y la administración para la correcta ejecución de los recursos públicos en aras de prestar un mejor servicio.”

De la vocación de Permanencia de la Función.

Aunado a lo hasta ahora expuesto y por encontrarse relevante para el esclarecimiento del asunto de marras, conviene hacer mención de lo expuesto por el H. Consejo de Estado en la sentencia arriba citada que con ponencia del Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, destaca:

“La Corte Constitucional, cuando declara la Constitucionalidad del inciso final el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 y el aparte resaltado del artículo 1º del Decreto 3074 de 2008, en sentencia C-614 del 2 de septiembre de 2009 expuso:

“La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios. Son estos: i) CRITERIO FUNCIONAL, esto es, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral; ii) CRITERIO DE IGUALDAD: Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública; iii) CRITERIO TEMPORAL O DE LA HABITUALIDAD: si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual, o sea que si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral; iv) CRITERIO DE LA EXCEPCIONALIDAD: si la tarea acordada corresponde a actividades nuevas y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudirse a la contratación pública; pero si la gestión contratada equivale al giro normal de los negocios de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual; v) CRITERIO DE LA CONTINUIDAD: si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, esto es, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral”²¹
(Líneas, resaltado y mayúsculas no corresponden al texto original).

Caso concreto.

Corresponde determinar si entre el señor **Hermes Valderrama Rodríguez** y TELECOM hoy PAR TELECOM existió una verdadera relación laboral, de la cual se derive el pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, con

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, C.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, sentencia del 24 de junio de 2015, Radicado 68001-23-31-000-2010-00067-01.

Sentencia 1ª instancia.

Radicado: 73001-33-33-005-2018-00309-00

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Parte demandante: Hermes Valderrama Rodríguez

Parte demandada: Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Telesociados en liquidación – PAR TELECOM

sustento en el principio de la realidad sobre las formalidades, establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Para que se configure la existencia de un contrato realidad o de una relación laboral, deben concurrir y acreditarse sus tres elementos constitutivos:

1) la prestación personal del servicio (de manera permanente); 2) la remuneración respectiva; 3) la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública; y 4) la permanencia, según el marco normativo y jurisprudencial expuesto. No obstante, la subordinación debe diferenciarse de una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual se suscribió.

a. Prestación personal del servicio:

De conformidad con los medios de prueba aportados, está acreditado en el proceso que el señor **Hermes Valderrama Rodríguez** fue contratado para prestar sus servicios de vigilancia en las dependencias de Telecom en los Municipio de Dolores – Tolima, a partir del 6 de mayo de 1985, mediante la suscripción de contratos de prestación de servicios, así:

Nro.	Nro. de Orden y/o Contrato de prestación de servicios	Fecha de suscripción/creación	Fecha de inicio	Fecha de finalización	Meses contratados	Folio
1	RIB-0125-88	15/2/1983	15/2/1983	15/2/1984	12	7
Solución de continuidad entre 16 de febrero de 1984 a 5 de mayo de 1985.						
2	501001-001157	23/4/1985	6/5/1985	6/5/1986	12	6
Solución de continuidad entre 7 de mayo de 1986 a 31 de marzo de 1989.						
3	RIB-048-89	28/3/1989	1/4/1989	1/2/1990	10	8
Solución de continuidad entre 2 de febrero de 1990 a 31 de diciembre de 1991.						
4	LGU-007-91	9/12/1991	1/1/1992	31/12/1992	12	9

De acuerdo con lo anterior, se acreditó que el señor **Hermes Valderrama Rodríguez** estuvo vinculado con Telecom mediante cuatro (4) contratos de prestación de servicios por diferentes lapsos continuos en relación con la ejecución de cada contrato, y con interrupciones entre las suscripciones de unos y otros. Así mismo, que aquellos contratos tuvieron por objeto contractual la prestación del servicio de vigilancia en las dependencias de la entidad en el Municipio de Dolores.

Así, para el Despacho es claro que para el efectivo cumplimiento del objeto contractual el señor **Hermes Valderrama Rodríguez** en el ejercicio de la actividad de vigilancia, debía prestar el servicio de manera personal. Si bien algunos de los contratos suscritos por el demandante, como el Nro. 501001-001157 y el Nro. LGU-007-91, señalaron que la actividad podía ser prestada por él o por interpuesta persona, caso en el cual la prestación del servicio dejaría de ser *intuitu personae* y en principio desvirtuaría el elemento de la prestación personal de la relación laboral, lo cierto es que las declaraciones rendidas en este proceso por los testigos, en su entonces trabajadores de la entidad demandada señores Gloria Isabel Alvis Henao, Pedro Nel Caviedes, Héctor Rojas y Carlos Hernández Reyes (CD Rom, fl. 193), afirman y coinciden en indicar que el señor **Hermes Valderrama Rodríguez** desarrolló la labor encomendada o la actividad contratada como vigilante de forma personal y directa.

De esta manera, está demostrado que se cumplió con este requisito necesario para configurar la relación laboral, al haberse prestado de forma personal el servicio por parte del señor **Hermes Valderrama Rodríguez**.

Sentencia 1ª instancia.

Radicado: 73001-33-33-005-2018-00309-00

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Parte demandante: Hermes Valderrama Rodríguez

Parte demandada: Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Telesociados en liquidación – PAR TELECOM

Dichos medios de prueba indican que la parte demandante prestó de forma personal y directa sus servicios como vigilante en favor y en las instalaciones de la entidad Telecom en el Municipio de Dolores.

b. Remuneración o contraprestación por los servicios:

De acuerdo con el contenido de los referidos contratos, se acreditó que el señor **Hermes Valderrama Rodríguez** por la prestación del servicio, ejecución del objeto contractual y/o ejecución de la actividad contratada, recibió una contraprestación económica cuyo pago se pactó mensual así:

Nro	Nro. de Orden y/o Contrato de prestación de servicios	Fecha de inicio	Fecha de finalización	Meses contratados	Precio/valor total	Precio/valor por mes	Folio
1	RIB-0125-88	15/2/1983	15/2/1984	12	\$382.212 pesos	\$31.851 pesos	7
2	501001-001157	6/5/1985	6/5/1986	12	\$206.208 pesos	\$17.184 pesos	6
3	RIB-048-89	1/4/1989	1/2/1990	10	\$398.136 pesos	\$39.813,60 pesos	8
4	LGU-007-91	1/1/1992	31/12/1992	12	\$696.960 pesos	\$58.080 pesos	9

Debe indicarse que si bien no se aportó prueba de los pagos recibidos por concepto de honorarios o salarios, la parte demandada no controvertió, ni se opuso en relación con la remuneración pactada, por lo que ha de entenderse que sí los realizó como consecuencia del cumplimiento por parte del demandante de sus obligaciones contractuales. Así, con relación al elemento remuneración, las órdenes y/o contratos de prestación de servicios aportados, permiten establecer que por la labor prestada, efectivamente era recibida una contraprestación de carácter económico.

c. Subordinación - dependencia continuada - permanencia:

El elemento de la subordinación o dependencia, al igual que los demás, es necesario para configurar la existencia de una relación laboral o de un contrato de trabajo; no obstante, es el elemento fundamental y determinante para diferenciar la existencia de un contrato de trabajo, respecto de uno de prestación de servicios o de cualquier otro.

En efecto, tanto el contrato de prestación de servicios como el contrato de trabajo comparten dos elementos: la prestación personal del servicio y la contraprestación o remuneración por la actividad contratada; sin embargo, la subordinación es el elemento distintivo y decisivo para establecer a qué tipo de vinculación pertenece.

En el contrato de trabajo o relación laboral, la subordinación se refiere a situaciones en las cuales se advierte que se imparten órdenes, o se fijan horarios para la prestación o ejecución de la labor contratada, la prestación del servicio o la ejecución de la actividad en las instalaciones del *empleador*, el uso de uniformes, entre otros muchos medios orientadores para determinar la subordinación.

En efecto en reciente jurisprudencia, el H. Consejo de Estado dispuso“(…) *el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo*

Sentencia 1ª instancia.

Radicado: 73001-33-33-005-2018-00309-00

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Parte demandante: Hermes Valderrama Rodríguez

Parte demandada: Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Telesociados en liquidación – PAR TELECOM

subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.”²²

De acuerdo con los contratos de prestación de servicios aportados al proceso, la necesidad de contratación de personal externo por parte de Telecom se dio con sustento en lo establecido en el Decreto 222 de 1983, artículo 163, esto es “...para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallan a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no pueden cumplirse con personal de planta. (...).”

A su vez, los referidos contratos tuvieron por objeto que “...el contratista se compromete para con Telecom a vigilar sus dependencias en Dolores, desarrollando para ello todas las actividades inherentes al servicio, durante los días del mes incluyendo domingos y feriados; debe efectuar tal vigilancia en turnos, sean diurnos o nocturnos, que establezca el representante de Telecom en dicha localidad, sin sobrepasar 240 horas/mes. (...).” y “El contratista prestará el servicio de vigilancia ocho (8) horas diarias incluyendo festivos y dominicales para un total de 240 horas mensuales conforme a los turnos que establezca la gerencia local. (...).”

También se indicó en la cláusula sobre responsabilidad por pérdidas y daños, que “El contratista asume la responsabilidad por pérdidas y/o daños en los bienes de Telecom que se presente durante su turno, siempre y cuando no sean por fuerza mayor. Parágrafo: Telecom faculta al contratista para que revise todo paquete, maletín o similares que entren o salgan del edificio, medida a la que se someterán sus empleados; así mismo para que indague a que parte se dirige el visitante y se cerciore personalmente comunicándose con la sección correspondiente, anunciándolo.”

En ese sentido, la actividad contratada y desarrollada por la parte demandante, así como su obligación principal fue la de prestar sus servicios en la vigilancia de y en las instalaciones de la entidad Telecom en el Municipio de Dolores.

A su vez, en este proceso se recibieron las declaraciones como testigos de los señores Gloria Isabel Alvis Henao, Pedro Nel Caviedes, Héctor Rojas y Carlos Hernández Reyes (CD Rom, fl. 193), quienes en su orden indicaron,

Gloria Isabel Alvis Henao: Conoce al demandante desde el año 1985, porque ella llegó a trabajar con la empresa Telecom como telefonista nacional en el Municipio de Dolores – Tolima. Señaló que el demandante era el celador de las oficinas. Había dos celadores. Trabajó hasta el año 1992. La declarante trabajaba con otra persona que tenía la misma función y cumplían turnos con horario de 8 de la mañana a 1 de

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero Ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, sentencia del 6 de mayo de 2021, Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Radicado 50001-23-31-000-2011-00304-01 (2079-2018), Demandante: Eider Orlando del Río Carrillo, Demandada: Empresa Social del Estado (ESE) Hospital Departamental de Villavicencio (Meta), Tema: Contrato realidad.

la tarde y de 7 a 10 de la noche; al día siguiente trabaja de 1 de la tarde a 7 de la noche, durante toda la semana; los domingos solo trabajaban 3 horas, de 9 de la mañana a 12. Tenía nombramiento, como vínculo contractual y tuvo por jefe, al jefe de oficina. La oficina principal enviaba los implementos, los cuales se distribuían en la oficina de Dolores por parte del jefe de la oficina. Los permisos y los llamados de atención los realizaba el jefe inmediato. Indicó que el demandante trabajaba 8 horas. Explicó que había dos celadores que se turnaban, uno trabajaba de día y el otro de noche. El jefe de oficina le daba los implementos de trabajo al demandante, de él recibía las órdenes, y a él debía solicitarle permiso. La declarante trabajó con el demandante hasta el año 1992, cuando él salió de la entidad. Indicó que por el tiempo que el demandante prestó sus servicios a la entidad nunca se ausentó del trabajo. Al demandante la empresa le dio un arma de dotación. En la entidad existía un libro de control de ingreso y salida. Señaló que el demandante tenía las funciones de celador en las instalaciones de la entidad. Reiteró que el demandante trabajó hasta el año 1992. La declarante indicó que ella y la parte demandante prestaron sus servicios al mismo tiempo en la entidad. **Inicia minuto 14:00; finaliza minuto 22:35.**

Pedro Nel Caviedes: Indicó que conoció al demandante cuando el declarante trabajó como vigilante con Telecom en Dolores. Trabajó desde el año 1984 hasta 1990. Tenía por jefe al señor Carlos Hernández, jefe de oficina. Los implementos se entregaban de compañeros a compañeros. Le debía pedir permiso al jefe de la oficina, él también hacía los llamados de atención. Expuso que se laboraban 8 horas en el turno correspondiente. Tenía por funciones vigilar las instalaciones de Telecom. Estaban vinculados por contrato con la entidad. Indicó que el demandante cumplía la función de vigilante, y tenía por jefe al señor Carlos Hernández, quien le daba órdenes, le hacía llamados de atención, y le daba los implementos para trabajar. Indicó que el demandante continuó trabajando hasta el año 1990 o 1991. Al demandante se le entregaron implementos como un revólver y munición. Existía un libro de control de ingreso y salida de las instalaciones de Telecom para el cumplimiento de las funciones. El demandante debía solicitar permiso. El demandante durante el tiempo que estuvo vinculado en la empresa nunca se ausentó, se presentaba todos los días, y a las horas que le correspondía trabajar. El declarante indicó que prestó sus servicios en el mismo lugar que los prestó el demandante. Manifestó que las personas con las cuales laboró, junto con el señor **Hermes Valderrama Rodríguez**, vigilantes eran dos, Hermes y Pedro, los otros compañeros Gloria Alvis, Héctor Rojas, Carlos Hernández, Javier y el “guardabienes”. Se conocieron con la parte demandante cuando trabajaron juntos. Se conocieron del año 1984 al año 1990. **Inicia minuto 23:54, finaliza minuto 35:00.**

Héctor Rojas: Manifestó que conoce al demandante, porque el declarante trabajaba para la empresa Telecom en el Municipio de Flandes y en la época de 1985 conoció al demandante que llegó a prestar los servicios como vigilante. El declarante tuvo por funciones el de mensajero y luego de operador de radio. Era empleado de planta. Indicó que el demandante cumplía la función de vigilante. El jefe era el señor Carlos Hernández Reyes, quien daba las órdenes. La empresa les daba los implementos de trabajo y al demandante le dieron un arma de dotación. El declarante cumplía los horarios de 8 a.m. a 12 p.m. y de 2 p.m. a 6 p.m. Indicó que el horario del demandante correspondía a 8 horas diarias y la siguiente semana hacía la jornada nocturna. Al demandante le llamaba la atención y le concedía los permisos el señor Carlos Hernández Reyes, sino que el demandante hacía parte de la vigilancia. Indicó que el demandante ingresó a Telecom en el año 1985 y el declarante se retiró el 1 de enero de 1992, y el demandante continuó prestando sus servicios. Manifestó que el

demandante tuvo por funciones, prestar el servicio de seguridad para la oficina y para los empleados en las instalaciones de Telecom. Al declarante le dieron como elemento para realizar la función un revólver para seguridad. Para el ingreso y salida de las instalaciones para prestar sus funciones, indicó que el demandante sí tenía un libro de minuta. Él firmaba una minuta que la controlaba el jefe para ver si prestaba los servicios. No tiene conocimiento de que le hayan realizado un llamado de atención al demandante. Indicó que mientras prestó sus servicios, el demandante nunca se ausentó del trabajo, siempre lo cumplió. No le consta si pedía permiso. Expuso que trabajó en el mismo lugar de trabajo en el que el demandante prestó sus servicios, y lo veía cumplir los turnos diurnos y nocturnos que le asignaban. Al demandante no le llamaron la atención, era cumplidor de su deber. **Inicia minuto 37:30, finaliza minuto 47:00.**

Carlos Hernández Reyes: Indicó que conoce al demandante hace 40 o 45 años, porque son amigos. Expuso que el demandante trabajó en la oficina de Telecom, en la cual el declarante era el jefe de la oficina. Él trabajó del año 1984 hasta 1992, prestando sus servicios como vigilante o celador de la entidad. Él era contratista. Nombrado por asistencia de la gerencia regional Telecom - Ibagué. Los implementos para laborar se los suministraban por la gerencia regional Telecom - Ibagué. Al demandante le dieron un revólver, con la respectiva munición. El demandante cumplía horario de 8 horas diarias, una semana en el día, la otra semana con el compañero, la hacía en la noche. Una semana uno de día y otro de noche. El demandante le pedía permisos esporádicamente al declarante para ausentarse de sus labores por alguna urgencia, porque en sus turnos, él no se ausentaba de la oficina. Las órdenes venían desde la gerencia, y el declarante las transmitía o las directrices que él impartía. El demandante trabajó hasta el año 1992. Cumplía funciones de celaduría en el día y en la noche. El demandante nunca se ausentó del trabajo, salvo algo esporádico y por corto tiempo. Para ausentarse del trabajo solicitaba permiso y dejaba al compañero en reemplazo. La gerencia de la entidad les realizaba el contrato. El demandante nunca tuvo ningún llamado de atención, ni ninguno de sus compañeros. El servicio se prestaba dentro y fuera de las instalaciones; en la noche, el servicio se prestaba dentro de las instalaciones. **Inicia minuto 49:00, finaliza minuto 58:30.**

De acuerdo con las anteriores declaraciones, el Despacho encuentra demostrado que **i.** el señor **Hermes Valderrama Rodríguez** prestó sus servicios de forma personal y directa, como vigilante, en favor y en las instalaciones de la entidad Telecom en el Municipio de Dolores; **ii.** dicha actividad la ejerció desde el año 1985 a 1992 (con algunas salvedades que más adelante se precisarán); **iii.** para el ejercicio de tal actividad cumplía un horario -por lo general de 8 horas- y por turnos, que podían ser en el día o en la noche, rotando cada semana, actividad que también ejecutó los días sábados y domingos; **iv.** para el ejercicio de la actividad, la entidad demandada le suministró como implemento un arma de dotación; **v.** recibía órdenes, directrices, orientaciones para ejercer su actividad por parte del Jefe de la Oficina y desde la Gerencia Regional; **v.** para ausentarse de su actividad debía solicitar permiso al Jefe de la Oficina y/o a la Gerencia Regional; **vi.** existía un control de entrada y salida del personal en las instalaciones, al cual el demandante también estaba sujeto y **vii.** la actividad de vigilancia que desarrolló, la ejecutó de forma permanente.

El Despacho encuentra en las declaraciones coherencia, concordancia, univocidad, afinidad, imparcialidad y consonancia frente a la actividad y la forma como la ejecutó el señor **Hermes Valderrama Rodríguez** mientras estuvo vinculado a

Sentencia 1ª instancia.

Radicado: 73001-33-33-005-2018-00309-00

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Parte demandante: Hermes Valderrama Rodríguez

Parte demandada: Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Telesociados en liquidación – PAR TELECOM

Telecom, a las cuales se les dará plena credibilidad y eficacia, dado que no se halla en ellas alguna circunstancia que afecten su credibilidad o imparcialidad como para ser excluidas de su valoración. De hecho, tienen mayor credibilidad en la medida que los declarantes fueron personas que también prestaron sus servicios en favor de Telecom para la época en la que el demandante prestó sus servicios, fueron compañeros del demandante, incluso declaró el entonces jefe de personal de la entidad, quienes percibieron por sus sentidos y de manera directa el modo y las circunstancias como el demandante ejecutó la actividad de vigilancia por la cual fue contratado.

Respecto de la naturaleza de las funciones de vigilancia y su alcance, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que quienes la desarrollan, carecen de autonomía e independencia en su ejercicio. Al respecto, la Corporación referida indicó “...si una persona presta servicios como vigilante por varios años resulta inadmisibles afirmar que realiza actividades temporales e independientes, siendo que la labor contratada por la entidad exige que se brinde el servicio de seguridad en forma permanente para poder funcionar con total tranquilidad. Carecería de cualquier lógica que los servicios de vigilancia se prestaran ocasionalmente, siendo que la seguridad de la entidad puede verse afectada en cualquier momento, lo que exige la presencia continua de una persona que ofrezca y garantice la guarda de la misma. Lo anterior permite concluir que para cumplir con las labores de vigilancia, la persona contratada para tal fin, debe atender y obedecer las órdenes de sus superiores, a quienes les corresponde determinar en qué forma, horario y dependencia se debe prestar el servicio, es decir, que el elemento de la subordinación es indispensable para que se pueda desarrollar tal servicio²³.”²⁴

Así, de la sola lectura de las cláusulas pactadas en los contratos de prestación de servicios se determina que las actividades desarrolladas por el señor **Hermes Valderrama Rodríguez** fueron de vigilancia, constituyendo un serio indicio de la existencia de subordinación, dado que dicha labor no podía ser desarrollada por el demandante con autonomía e independencia en su calidad de contratista, según el mismo clausulado de los contratos y la realidad narrada por los declarantes respecto de la forma como el demandante desempeñó tal actividad.

De la valoración en conjunto de los medios de prueba documental y testimonial evaluada, para el Despacho se cumplen los elementos que configuran una relación laboral, esto es, la subordinación, prestación personal del servicio y la remuneración; especialmente, que la parte demandante desarrolló de forma dependiente en relación con el empleador la actividad para la cual fue contratado, lo cual descarta una relación de mera coordinación respecto de las obligaciones de los contratos suscritos.

Frente a la diferencia entre el principio de coordinación respecto de los contratos, y el elemento de subordinación “Se aclara que el principio de coordinación, ínsito en los contratos de prestación de servicios, consiste en la sincronización de las actividades que ejerce el contratista con las directrices que imparte el contratante para la ejecución eficiente y eficaz, por lo que es indispensable que exista una concertación contractual, en la que aquel **cumple su contrato con independencia**, sin embargo, en armonía con las condiciones necesarias

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, C.P. ALFONSO VARGAS RINCÓN, Radicado 05001-23-31-000-2004-03742-01 (2027-12), providencia de 2 de mayo de 2013.

²⁴ Citada en: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. CARMELO PERDOMO CUÉTER, Radicado 66001-23-33-000-2018-00886-01(5490-19), providencia de 26 de agosto de 2021.

Sentencia 1ª instancia.

Radicado: 73001-33-33-005-2018-00309-00

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Parte demandante: Hermes Valderrama Rodríguez

Parte demandada: Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Telesociados en liquidación – PAR TELECOM

impuestas por su contraparte, respecto de las cuales esta ejerce control, seguimiento y vigilancia al pacto suscrito.

Diferente es la subordinación, en virtud de la cual existe una sujeción del trabajador hacia su empleador y, en tal sentido, esta cuenta en todo momento con la posibilidad de disponer del trabajo de aquel, quien a su vez tiene la obligación correlativa de obedecerle. En efecto, el empleador impone las condiciones de tiempo, modo y lugar, inclusive con sus propios elementos o instrumentos, para que el trabajador desarrolle sus labores, sin que le asista ningún tipo de independencia.”²⁵

Con sustento en lo anterior, la parte demandante se vinculó a la entidad Telecom mediante varios contratos de prestación de servicios que se desnaturalizaron, precisamente por la falta de autonomía e independencia del *contratista* para el ejercicio de la actividad por la cual fue contratado, lo cual tiene por consecuencia que ante la permanencia y continuidad, así como la subordinación en su ejecución se configure una verdadera relación laboral en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

Ahora bien, la parte demandada adujo que los contratos de prestación de servicios suscritos con la parte demandante se celebraron bajo el amparo del Decreto 222 de 1983²⁶, lo cual descarta la existencia de una relación laboral. El artículo 163 de dicho decreto dispuso *“De la definición del contrato de prestación de servicios. Para los efectos del presente estatuto, se entiende por contrato de prestación de servicios, el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallan a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no pueden cumplirse con personal de planta.*

No podrán celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas, salvo autorización expresa de la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia o de la dependencia que haga sus veces.

Se entiende por funciones administrativas aquellas que sean similares a las que estén asignadas, en todo o en parte, a uno o varios empleos de planta de la entidad contratante.”

Debe indicarse que si bien la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de dicha disposición, también determinó que *“(…). 19. Lo anterior no obsta para que en un evento de abuso de las formas jurídicas, en gracia del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales (CP art. 53), se llegue a desestimar un aparente contrato de prestación de servicios que en su sustancia material equivalga a un contrato de trabajo, en cuyo caso la contraprestación y demás derechos de la persona se regirán por las normas laborales más favorables. Postular esa contingente hipótesis - que de ocurrir conllevaría las consecuencias esbozadas - no autoriza a esta Corte a declarar la inexecutable de las normas demandadas. (…).”²⁷*

²⁵ Ibid.

²⁶ Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones.

²⁷ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-056 de 22 de febrero de 1993, Expediente Nro. D-111, M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Sentencia 1ª instancia.

Radicado: 73001-33-33-005-2018-00309-00

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Parte demandante: Hermes Valderrama Rodríguez

Parte demandada: Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Teleasociados en liquidación – PAR TELECOM

En ese sentido, pese a la validez de los contratos de prestación de servicios como modalidad de contratación, en los eventos que exista un abuso de esta forma jurídica, es posible aplicar, de acreditarse, el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales para desestimarlos.

Es así como, según se expuso en el marco normativo y jurisprudencial, el uso del contrato de prestación de servicios es para la **realización temporal** de actividades inherentes o que necesite la entidad estatal para cumplir sus funciones, por lo que su **duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido**, lo que se opone a la permanencia de la contratación de la actividad, de lo contrario es necesario que la entidad tome las medidas y provisiones pertinentes, consecuentes con el artículo 122 de la Constitución Política, con el propósito que el empleo público haga parte de la planta de personal y se prevea lo correspondiente a su asignación salarial.

Además, tales cuestiones están reguladas incluso con anterioridad a la vigencia del Decreto 222 de 1983, como lo dispone el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, modificado por el artículo 1 del Decreto 3074 del mismo año que señaló “...para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.”²⁸ y en el mismo sentido, el artículo 7 del Decreto 1950 de 1973 estableció que en ningún caso pueden celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente.

De acuerdo con lo anterior, y frente a lo probado en este proceso, los varios contratos de prestación de servicios suscritos por las partes de este proceso se desnaturalizaron, por cuanto en su ejecución no medió la autonomía e independencia para la realización de la actividad contratada, sumado al hecho que se extendieron en el tiempo con vocación de permanencia. De hecho, los varios contratos de prestación de servicios suscritos por las partes que se aportaron al proceso tienen como plazos de ejecución de 10 a 12 meses.

Ahora bien, corresponde indicar que en reciente sentencia de unificación de jurisprudencia proferida por el Consejo de Estado²⁹ en relación con el contrato estatal de prestación de servicios, la relación laboral encubierta o subyacente, temporalidad, solución de continuidad, pago de prestaciones sociales y aportes al sistema de Seguridad Social en salud, fijó las siguientes reglas aplicables a los casos en los cuales se analice la existencia de un contrato realidad de la manera que sigue,

“PRIMERO. Unificar la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en el sentido de precisar las siguientes reglas en las relaciones laborales encubiertas o subyacentes: **(i) La primera regla** define que el concepto de «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.

²⁸ Mediante Sentencia C-614 de 2009 la Corte Constitucional indicó respecto de dicho aparte, entre otras cosas, que la permanencia es un elemento indicativo adicional de la existencia de una verdadera relación laboral.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS, 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), Sentencia de Unificación por importancia jurídica SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021.

Sentencia 1ª instancia.

Radicado: 73001-33-33-005-2018-00309-00

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Parte demandante: Hermes Valderrama Rodríguez

Parte demandada: Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Telesociados en liquidación – PAR TELECOM

(ii) La segunda regla establece un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del expediente.

(iii) La tercera regla determina que frente a la no afiliación al sistema de la Seguridad Social en salud, por parte de la Administración, es improcedente la devolución de los valores que el contratista hubiese asumido de más, en tanto se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal.

(...).”

Frente al primer punto que se está analizando, esto es el de la temporalidad del contrato de prestación de servicios, en la sentencia citada se consideró en relación con la primera regla que “...la Sala unifica el sentido y alcance del «término estrictamente indispensable» como aquel que aparece expresamente estipulado en la minuta del contrato de prestación de servicios, que de acuerdo con los razonamientos contenidos en los estudios previos, representa el lapso durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento.”³⁰

Para el caso bajo estudio, debe indicarse que no se aportaron al proceso los estudios previos que permitieran justificar la creación de los contratos de prestación de servicios celebrados e identificar las razones del plazo estipulado. No obstante, de su clausulado se colige que la entidad demandada seleccionó esa modalidad de contratación con fundamento en el artículo 163 del Decreto 222 de 1983, que indica “Para los efectos del presente estatuto, se entiende por contrato de prestación de servicios, el **celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallan a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no pueden cumplirse con personal de planta.**

No podrán celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas, salvo autorización expresa de la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia o de la dependencia que haga sus veces.

Se entiende por funciones administrativas aquellas que sean similares a las que estén asignadas, en todo o en parte, a uno o varios empleos de planta de la entidad contratante.”

En relación con la permanencia en la actividad, el Consejo de Estado consideró que “...le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia,³¹ para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación

³⁰ Ibid.

³¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, Radicado 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. TARSICIO CÁCERES TORO.

*laboral. (...).*³² Al respecto, la jurisprudencia -como se anotó- consideró en relación con quienes desarrollan las funciones de vigilancia, que carecen de autonomía e independencia en su ejercicio, además que tal labor exige que el servicio de seguridad se brinde en forma permanente, lo cual requiere la presencia continua de una persona para el efecto.

Así, si bien no existe en el proceso la prueba de la existencia del empleo cuyas funciones debió cumplir la parte demandante como contratista, lo cierto es que éste debía estar previsto en la planta de la entidad, atendiendo la permanencia de la labor y la seguridad con que se debía ejecutar. De esta manera, la permanencia de la actividad contratada y que los contratos no se suscribieron para cubrir funciones que no son transitorias, contingentes o eventuales, sino que exigen que el servicio se preste de forma permanente, necesariamente requieren ser atendidas por personal de planta o por otra modalidad de contratación. Por tanto, acreditado que el plazo para la prestación del servicio en cada contrato de trabajo suscrito tuvo vocación de permanencia, cumple con la primera regla fijada por la jurisprudencia, según la cual el concepto de «**término estrictamente indispensable**», es el señalado en los estudios previos y en el **objeto del contrato**, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, **de forma esencialmente temporal y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.**

Ahora frente a la interrupción en la continuidad en la ejecución de los contratos, la sentencia de unificación fijó como segunda regla que establece un **periodo de 30 días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad**, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del expediente.

Pues bien, en este caso, como se señaló en párrafos anteriores, de acuerdo con los contratos aportados al proceso, el demandante prestó sus servicios en favor de Telecom de la siguiente manera:

Nro.	Nro. de Orden y/o Contrato de prestación de servicios	Fecha de suscripción/creación	Fecha de inicio	Fecha de finalización	Meses contratados	Folio
1	RIB-0125-88	15/2/1983	15/2/1983	15/2/1984	12	7
Solución de continuidad entre 16 de febrero de 1984 a 5 de mayo de 1985.						
2	501001-001157	23/4/1985	6/5/1985	6/5/1986	12	6
Solución de continuidad entre 7 de mayo de 1986 a 31 de marzo de 1989.						
3	RIB-048-89	28/3/1989	1/4/1989	1/2/1990	10	8
Solución de continuidad entre 2 de febrero de 1990 a 31 de diciembre de 1991.						
4	LGU-007-91	9/12/1991	1/1/1992	31/12/1992	12	9

Como se advierte de la relación anterior, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente se superó el término de 30 días hábiles como término de la no solución o interrupción de continuidad, por tanto, entre uno y el siguiente contrato no hubo continuidad o ruptura de la unidad contractual.

Al respecto, el Consejo de Estado en la sentencia referida, como aspectos adicionales a dicha regla consideró “152. *Primera: cuando las entidades estatales a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 celebren contratos de prestación de servicios en forma sucesiva con una misma persona natural, en los que concurren todos los elementos constitutivos de una auténtica relación laboral, se entenderá que no hay solución de continuidad entre el*

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. GERARDO ARENAS MONSLAVE, Radicado 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14), providencia del 4 de febrero de 2016.

Sentencia 1ª instancia.
Radicado: 73001-33-33-005-2018-00309-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Parte demandante: Hermes Valderrama Rodríguez
Parte demandada: Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Telesociados en liquidación – PAR TELECOM

contrato anterior y el sucedáneo, si entre la terminación de aquél y la fecha en que inicie la ejecución del otro, no han transcurrido más de treinta (30) días hábiles, siempre y cuando se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades.

153. Segunda: en cualquier caso, de establecerse la no solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual. En el evento contrario, el juez deberá definir si ha operado o no tal fenómeno extintivo respecto de algunos de los contratos sucesivos celebrados, situación en la cual no procederá el reconocimiento de los derechos salariales o prestacionales que de aquellos hubiesen podido generarse.”³³

Ahora bien, los testigos declararon en este proceso que el señor **Hermes Valderrama Rodríguez** prestó sus servicios de forma personal y directa, como vigilante, en favor y en las instalaciones de la entidad Telecom en el Municipio de Dolores desde el año 1985 a 1992, de forma permanente. A folio 10 del proceso obra una certificación expedida el 3 de julio de 1991 por el Jefe de Oficina de Telecom en Dolores, en la cual indicó que el demandante prestó sus servicios en favor de la entidad **i.** como mensajero a destajo en febrero, marzo a abril, abril a mayo, junio a julio, octubre de 1984; en enero, febrero y marzo de 1985, para un total de 167 días; **ii.** prestó los servicios de vigilancia a contrato desde el 6 de mayo de 1985 hasta el 30 de marzo de 1990; **iii.** como mensajero a destajo en febrero, marzo, abril, mayo y junio de 1991.

Según el medio de prueba documental aportado al proceso, particularmente los contratos de prestación de servicios, sólo se acreditó que el señor **Hermes Valderrama Rodríguez** suscribió los contratos Nro. 1 RIB-0125-88 por el periodo de del 15 de febrero de 1983 a 15 de febrero de 1984; Nro. 501001-001157 por el periodo del 6 de mayo de 1985 a 6 de mayo de 1986; Nro. RIB-048-89 por el periodo del 1 de abril de 1989 a 1 de febrero de 1990 y Nro. LGU-007-91 de 1 de enero de 1992 a 31 de diciembre de 1992, presentando entre uno y otro un lapso de interrupción como se señaló.

Si bien los declarantes manifestaron que el demandante prestó los servicios de vigilancia desde el año 1985 a 1992 de forma continua o permanente, y la certificación expedida el 3 de julio de 1991 indicó que el servicio de vigilancia se prestó desde el 6 de mayo de 1985 hasta el 30 de marzo de 1990, de forma continua o permanente, lo cierto es que dichas afirmaciones no cuentan con el respaldo probatorio pertinente, esto es, con los respectivos contratos celebrados por los periodos señalados como interrumpidos como soporte de la vinculación contractual entre las partes.

Al respecto, el Consejo de Estado consideró “(...). *Lo primero que advierte la Sala es que no existe certeza dentro del expediente de cuál fue el extremo temporal en el que se desarrolló el contrato de prestación de servicios objeto de controversia, ya que en el expediente no obra un medio de prueba idóneo que acredite suficientemente la existencia de una vinculación entre la parte demandante y el Ejército Nacional, ya fuera por medio de contratos de prestación de servicios, por vinculación legal y reglamentaria, contrato*

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS, Radicado Nro. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), Sentencia de Unificación por importancia jurídica SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021.

de trabajo o a través de empresas de intermediación laboral de los cuales pueda reconocerse, eventualmente, una relación de trabajo continua e ininterrumpida.³⁴

En ese sentido, la existencia de los contratos es indispensable para acreditar la relación laboral “...al respecto se dirá que frente al estudio probatorio se requiere la indispensable presencia del contrato en procura de destacar su objeto, temporalidad, funciones y demás aspectos que permitan establecer la existencia de los elementos de una posible relación laboral, lo que implica que no es posible realizar un análisis de los periodos sobre los cuales estos no obren, como para este periodo reclamado. Tal exigencia se apuntó por esta Subsección³⁵ cuando manifestó que “el contrato estatal en la modalidad de prestación de servicio, resulta necesario para asuntos como el presente, a fin de determinar su objeto, temporalidad o plazo, pago y forma de pago pactadas por las partes, es decir, aspectos que son de vital importancia en la definición de conflictos jurídicos como el sub examine.”³⁶

En consecuencia, para el Despacho solo está acreditada la relación laboral por los periodos que expresamente señalan los contratos de prestación de servicios aportados, y solo están acreditados tales contratos, por lo tanto, no se demostró la no solución de continuidad por todo el periodo laborado, sino la actividad contratada con algunas interrupciones, aclarando que la interrupción se dio entre la finalización y la suscripción de cada contrato, y no propiamente respecto de cada contrato en sí mismo considerado. Además, la prueba testimonial por sí sola no acredita la relación laboral, sino que debe tener respaldo documental.

Así las cosas, verificada la concurrencia de los elementos configurativos de una verdadera relación laboral con la entidad demandada, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, se impone la declaratoria de existencia de un verdadero contrato realidad de naturaleza laboral con Telecom, por lo cual habrá lugar a impartir las condenas correspondientes, como se desarrollará a continuación. Como consecuencia de ello, se decretará la nulidad del acto administrativo mediante el cual Telecom negó la existencia de una relación laboral entre las partes, previo a declarar no probada la excepción de mérito de *i. Inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido* propuesta por la entidad demandada.

A su vez, se declarará no probada la excepción de *ii. Prescripción*, por cuanto esta tiene por fundamento que se aplique a respecto de los aportes a seguridad social en pensiones, lo cual no es procedente, según las precisas consideraciones efectuadas sobre este punto por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación jurisprudencial, radicado CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, varias veces citada en esta sentencia.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, C.P. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS, Radicado Nro. 05001-23-31-000-2000-01947-01(1757-12), sentencia del 29 de abril de 2021.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Radicado Nro. 47001-23-33-000-2014-00094-01(456915), sentencia del 8 de septiembre de 2017, actor: Tirsia Beatriz Barranco Rico, demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Radicado Nro. 230012333000201300244-01 (3584-2015), sentencia del 7 de noviembre de 2019.

Sentencia 1ª instancia.

Radicado: 73001-33-33-005-2018-00309-00

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Parte demandante: Hermes Valderrama Rodríguez

Parte demandada: Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Telesociados en liquidación – PAR TELECOM

De la prescripción de los derechos laborales.

En el caso concreto y de acuerdo con la sentencia de unificación jurisprudencial radicado CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, debe declararse la prescripción de las prestaciones sociales a las que la parte demandante tendría derecho por la existencia de la relación laboral, al haber transcurrido más de tres años entre la finalización de los vínculos contractuales y la reclamación del derecho ante la autoridad pertinente, como pasa a explicarse:

En materia de derechos laborales de los empleados públicos, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968³⁷ y 102 del Decreto 1848 de 1969³⁸ (reglamentario del primero), regulan que las acciones que emanen de los derechos consagrados en dichas normas ,prescriben en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Particularmente, en cuanto al reconocimiento de la existencia de la relación laboral encubierta a través de un contrato de prestación de servicios, la mencionada sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016 estipuló las siguientes reglas, respecto a la prescripción extintiva de los derechos salariales y prestacionales derivados del contrato realidad³⁹:

- Que el término para exigir el reconocimiento de una relación laboral con el Estado es de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual, y que pasado dicho tiempo se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella.
- Que en aquellos casos donde existe interrupción entre los contratos de prestación de servicios y en su ejecución, debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización.

Ahora, frente a la relación contractual que suscribió la parte demandante con Telecom, de acuerdo con lo probado en el proceso, se obtiene la siguiente información en relación con las fechas de inicio y finalización de cada contrato:

Nro.	Nro. de Orden y/o Contrato de prestación de servicios	Fecha de inicio	Fecha de finalización	Meses contratados	Folio
1	RIB-0125-88	15/2/1983	15/2/1984	12	7
2	501001-001157	6/5/1985	6/5/1986	12	6
3	RIB-048-89	1/4/1989	1/2/1990	10	8
4	LGU-007-91	1/1/1992	31/12/1992	12	9

La petición de reclamación administrativa se presentó el 15 de junio de 2018 ante la entidad demandada (fls. 4 a 5) y por tratarse de vinculaciones interrumpidas como se acreditó, el término para contabilizar la prescripción extintiva debe contarse a partir de la finalización de cada uno de los contratos suscritos.

³⁷ «Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.»

³⁸ «Artículo 102. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.»

³⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ2-05 del 25 de agosto de 2016, Consejero Ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, Radicado 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015).

Esto significa que el término de 3 años de prescripción para reclamar los derechos prestacionales derivados del periodo de vinculación laboral comprendidos entre el 15 de febrero de 1983 a 15 de febrero de 1984 respecto del contrato Nro. RIB-0125-88; entre el 6 de mayo de 1985 al 6 de mayo de 1986 respecto del contrato Nro. 501001-001157; entre el 1 de abril de 1989 al 1 de febrero de 1990 respecto del contrato Nro. RIB-048-89 y entre el 1 de enero de 1992 al 31 de diciembre de 1992 respecto del contrato Nro. LGU-007-91, venció, sin que en oportunidad la parte demandante hubiere realizado la reclamación para interrumpir el término de prescripción, por lo cual tales emolumentos prescribieron.

No obstante, según la sentencia de unificación citada, la prescripción no puede aplicarse a los aportes que por pensión se debían realizar por parte del empleador, que en este caso es el Estado.⁴⁰

Dicha regla jurisprudencial tiene fundamento en:

- i) *la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales*⁴¹;
- ii) *el principio in dubio pro operario*⁴²;
- iii) *el derecho constitucional fundamental a la igualdad*⁴³ y;
- iv) *el principio de no regresividad en armonía con el mandato de progresividad*⁴⁴.

De igual forma, la sentencia de unificación en cita ordenó al juez administrativo estudiar en todos los casos en los que proceda el reconocimiento de la relación laboral o contrato realidad, lo concerniente a las cotizaciones adeudadas por la administración al Sistema de Seguridad Social en Pensiones aun sin que se haya solicitado expresamente.

En consecuencia, precisó que la imprescriptibilidad frente a los aportes a seguridad social en pensiones no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, sino en relación con las cotizaciones adeudadas al Sistema General de Seguridad Social que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

⁴⁰ «[...] En este orden de ideas, las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA)⁴⁰, y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.[...]

⁴¹ «[...] que se orienta a que las prerrogativas reconocidas en las preceptivas que rigen la relación entre empleadores y trabajadores no se modifiquen en perjuicio de estos últimos, por cuanto tienen relación directa con el mejoramiento constante del nivel de vida y la dignidad humana.»

⁴² «[...] conforme al cual en caso de duda ha de prevalecer la interpretación normativa más favorable a los intereses del trabajador, premisa contenida tanto en el artículo 53 de la Constitución Política como en el 21 del Código Sustantivo del Trabajo.»

⁴³ «[...] en virtud del cual el Estado debe propender por un trato igualitario para todos aquellos que prestan (o han prestado) sus servicios al Estado bajo una verdadera relación laboral, cualquiera que sea su denominación (servidor público o contratista), a quienes habrá de protegerse especialmente la posibilidad de acceder a un derecho pensional.»

⁴⁴ «[...] que implica el avance o desarrollo en el nivel de protección de los trabajadores, en armonía con el mandato de progresividad, que se encuentran consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad [...]

Sentencia 1ª instancia.

Radicado: 73001-33-33-005-2018-00309-00

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Parte demandante: Hermes Valderrama Rodríguez

Parte demandada: Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Teleasociados en liquidación – PAR TELECOM

Para el efecto, indicó que la administración se encuentra en la obligación de determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía al empleador.

De conformidad con los razonamientos precedentes, considera este Despacho que el señor **Hermes Valderrama Rodríguez** perdió el derecho por prescripción a reclamar los emolumentos salariales y prestacionales derivados de la declaratoria de la existencia de una relación laboral a que habría lugar a reconocer y pagar.

No obstante, la parte demandada deberá a título de restablecimiento del derecho, tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional⁴⁵ de la parte demandante, dentro de los periodos laborados por prestación de servicios, esto es **i.** del 15 de febrero de 1983 al 15 de febrero de 1984; **ii.** del 6 de mayo de 1985 al 6 de mayo de 1986; **iii.** del 1 de abril de 1989 al 1 de febrero de 1990; y del **iv.** 1 de enero de 1992 al 31 de diciembre de 1992 mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por el señor **Hermes Valderrama Rodríguez** como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

En ese sentido, el señor **Hermes Valderrama Rodríguez** deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador. Lo anterior, teniendo en cuenta que el reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por Colpensiones actualizado a 28 de mayo de 2021, no relaciona la totalidad de los periodos aquí comprendidos y reconocidos (fls. 204 a 211)

Ahora bien, la parte demandada considera que en concepto del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Ricardo Hernando Monroy Church, Radicado Nro. 1369 del 18 de octubre de 2001, se indicó que el tiempo de servicios para reconocimiento de pensión de jubilación de personas vinculadas a Telecom solo puede ser sumado respecto de quienes ostentaron la calidad de empleados públicos y trabajadores oficiales, y no respecto de quienes se vincularon, por ejemplo, mediante contrato de prestación de servicios.

Al respecto, el Despacho precisa que de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015 “*Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.*”, esto significa que, en principio, no son vinculantes.

Adicionalmente, en unas de sus consideraciones, el referido concepto señaló “*Lo anterior es suficiente para concluir que el término de duración del contrato de prestación de*

⁴⁵ Para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios.

Sentencia 1ª instancia.

Radicado: 73001-33-33-005-2018-00309-00

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Parte demandante: Hermes Valderrama Rodríguez

Parte demandada: Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Telesociados en liquidación – PAR TELECOM

servicios técnicos o de otra naturaleza, no puede sumarse como tiempo de servicio como servidor público, por no tener dicha calidad el contratista, sin perjuicio de que si se demuestra la existencia de una relación laboral que implique una actividad personal subordinada y dependiente que conlleve a desvirtuar la presunción legal, deba ser reconocida las consecuencias jurídicas derivadas de una relación laboral. Materia diferente es la vinculación voluntaria al sistema general de pensiones del contratista independiente, en esta condición, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 15.2 y siguientes de la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, la cual excluye la calidad de servidor público.”

Consideraciones que resultan afines a la jurisprudencia del Consejo de Estado, como las sentencias de unificación, particularmente relacionadas con el contrato estatal de prestación de servicios y la relación laboral encubierta o subyacente que puede derivarse su uso irregular, y adicionalmente porque son argumentos que de alguna manera exceptúan las conclusiones del referido concepto, luego, el Despacho no acoge los argumentos de la parte demandada.

De otra parte, corresponde indicar que el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de jurisprudencia proferida el 2021⁴⁶ estableció como regla “(...). **(iii) La tercera regla** determina que, frente a la no afiliación al sistema de la Seguridad Social en salud, por parte de la Administración, es improcedente la devolución de los valores que el contratista hubiese asumido de más, en tanto se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal. (...)”, indicando a su vez que “...la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de precisar que, frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal.”⁴⁷

Sumado a lo anterior, corresponde indicar que frente a dicho tópico la parte demandante no realizó ningún tipo de pretensión.

Condena en costas.

De conformidad con lo establecido en el artículo 188 del C. de P.A. y de lo C.A., en consonancia con el artículo 365, numeral 1 del C.G. del P., habrá lugar a condenar en costas a la parte vencida en el proceso. En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandada y se fijarán como agencias en derecho a su cargo y a favor de la parte demandante, la suma de \$19.841 pesos, equivalente al 4% de las pretensiones -la mayor- (Consejo Superior de la Judicatura. Acuerdo PSAA16-10554 de 2016. Artículo 5, numeral 1º), la cual deberá ser incluida en las costas del proceso.

Decisión.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, Distrito Judicial del Tolima, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Resuelve:

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS, Radicado Nro. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), Sentencia de Unificación por importancia jurídica SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021.

⁴⁷ Ibid.

Sentencia 1ª instancia.

Radicado: 73001-33-33-005-2018-00309-00

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Parte demandante: Hermes Valderrama Rodríguez

Parte demandada: Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Telesociados en liquidación – PAR TELECOM

PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones de mérito denominadas *i. Inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido*; *ii. Prescripción*, propuestas por el Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Telesociadas en liquidación -PAR-, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio Nro. PARDS 6332-2018 del 25 de junio de 2018 expedido por el Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Telesociadas en liquidación -PAR-, de conformidad con lo expuesto.

TERCERO: Declarar la existencia de una relación laboral o contrato realidad entre el señor **Hermes Valderrama Rodríguez** como vigilante y la entonces Telecom, hoy Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Telesociadas en liquidación -PAR- como verdadero empleador, y únicamente para efectos de reconocimiento en el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por los periodos comprendidos entre **i.** 15 de febrero de 1983 a 15 de febrero de 1984; **ii.** 6 de mayo de 1985 a 6 de mayo de 1986; **iii.** 1 de abril de 1989 a 1 de febrero de 1990; y **iv.** 1 de enero de 1992 a 31 de diciembre de 1992, de conformidad con lo expuesto.

CUARTO: Declarar probada de oficio la excepción de prescripción de los derechos y prestaciones sociales derivadas de los contratos u órdenes de prestación de servicios celebrados entre la parte demandante y la entidad demandada en los años 1985 a 1992.

QUINTO: Condenar a título de restablecimiento del derecho al Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Telesociadas en liquidación -PAR- tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional⁴⁸ del señor **Hermes Valderrama Rodríguez**, dentro de los dos periodos laborados por prestación de servicios, esto es, entre **i.** 15 de febrero de 1983 a 15 de febrero de 1984; **ii.** 6 de mayo de 1985 a 6 de mayo de 1986; **iii.** 1 de abril de 1989 a 1 de febrero de 1990; y **iv.** 1 de enero de 1992 a 31 de diciembre de 1992, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por el señor **Hermes Valderrama Rodríguez** como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

En ese sentido, el señor **Hermes Valderrama Rodríguez** demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema de seguridad social en pensiones durante el tiempo que duraron los vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

SEXTO: Condenar en costas en esta instancia a la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho a su cargo y a favor de la parte demandante la suma de \$19.841 pesos.

SÉPTIMO: Ordenar la devolución de los remanentes que por gastos procesales consignó la parte demandante, si los hubiere.

⁴⁸ Para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios.

Sentencia 1ª instancia.

Radicado: 73001-33-33-005-2018-00309-00

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Parte demandante: Hermes Valderrama Rodríguez

Parte demandada: Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Telesociados en liquidación – PAR TELECOM

OCTAVO: En firme esta sentencia, archívese el expediente.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase⁴⁹

El Juez,


José David Murillo Garcés

⁴⁹ **NOTA ACLARATORIA:** La providencia se tramitó y suscribió por los canales electrónicos oficiales del Juzgado Quinto Administrativo Oral del circuito de Ibagué y de la misma manera fue firmada.