

SERVIDOR PUBLICO - Régimen de transición pensional. Servidores públicos de Telecom / REGIMEN DE TRANSICION - Liquidación a servidores de Telecom: supernumerarios, contratistas, servidores en encargo o provisionalidad / TELECOM - Régimen de transición pensional. Artículo 36 de la ley 100 de 1993 / PENSION DE JUBILACION - Liquidación a servidores de Telecom: supernumerarios, contratistas, servidores en encargo o provisionalidad

1) El párrafo del artículo 36 de la ley 100 de 1993 no tiene aplicación para efectos de contabilizar tiempo de servicio o las semanas de cotización en el régimen de transición. Para efectos del reconocimiento de pensión de jubilación en Telecom, el tiempo de servicio debe haber sido cumplido en la calidad de servidor público. 2) La calidad de supernumerario implica una relación laboral regida por el derecho administrativo y, por tanto, quienes estuvieron vinculados a Telecom. en dicha condición, de conformidad con el artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, tienen derecho a que se les sume ese tiempo de servicio para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez. 3) Las personas que prestaron servicios a Telecom mediante contrato de prestación de servicios técnicos o por contrato de trabajo sin ostentar la calidad de trabajadores oficiales, no tuvieron la calidad de servidores públicos y, por tanto, el tiempo de duración del contrato no puede ser sumado para efectos de reconocimiento de pensión, sin perjuicio de la afiliación voluntaria al sistema general de pensiones que en calidad de trabajador independiente puede hacer el contratista. Las personas que trabajaron en Telecom, en calidad de empleados públicos o trabajadores oficiales tienen la calidad de servidores públicos, por tanto quienes hubieren sido vinculados a Telecom mediante nombramiento o por contrato de trabajo, para desempeñar un cargo en la planta de personal, cualquiera sea el lapso, tienen derecho a que se les compute para efectos pensionales, conforme al régimen general, de transición o especial que les sea aplicable, en cada caso. El empleado designado en encargo para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, supone la calidad de servidor público que tienen los empleados, y no interrumpe el tiempo para efectos de la antigüedad en el empleo de que es titular.

NOTA DE RELATORIA: Levantada la reserva legal mediante auto de 19 de octubre de 2005.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: RICARDO HERNANDO MONROY CHURCH

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de octubre de de 2001

Radicación número: 1369

Actor: MINISTRO DE COMUNICACIONES

Referencia: SERVIDOR PUBLICO. Régimen de transición pensional del artículo 36 de la ley 100 de 1993. Aplicación a servidores públicos de Telecom.

La señora Ministra de Comunicaciones solicita a la Sala concepto relacionado con el tiempo de servicio para el reconocimiento de pensiones de jubilación de personas vinculadas a TELECOM, en los siguientes términos:

1. Para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación se entiende que el tiempo

señalado en el párrafo del artículo 36 de la ley 100 de 1993, debe ser desempeñado por alguien que tenga la calidad de servidor público?

2. La persona que trabajó en TELECOM, en condición de supernumerario a la luz del artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, tuvo la calidad de servidor público?

Este tiempo de servicio podría ser sumado para acreditarlo y tenerlo en cuenta, a fin de lograr el reconocimiento de la pensión de jubilación?

1. La persona que trabajó en TELECOM, en condición de interino, o por contrato de prestación de servicios técnicos o mediante la figura de servicios prestados por días, o por contrato de trabajo a término fijo, tuvo la calidad de servidor público?

Esos tiempos de servicio podrían ser sumados, para acreditarlos y tenerlos en cuenta, a fin de lograr el reconocimiento de la pensión de jubilación?

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

### REGIMEN GENERAL DE PENSIONES

El Congreso de la República para dar cumplimiento al mandato del artículo 48 de la Constitución Política, según el cual se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social, expidió la ley 100 de 1993, por medio de la cual creó el sistema de Seguridad Social Integra

, conformado por los regímenes generales de pensión, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios definidos en dicha ley. El sistema general de pensiones es aplicable a todos los habitantes del territorio nacional, con las excepciones previstas en el artículo 279 ibídem, entre las cuales no se incluye a los servidores de Teleco, y por tanto, a partir de la vigencia de la nueva ley, se les aplica el sistema general de pensiones.

La ley 100 de 1993 respeta los derechos adquiridos de quienes en disposiciones legales o convencionales anteriores a su vigencia, tuvieron cumplidos los requisitos para acceder a una pensión, estuvieran pensionados o con derecho a sustitución pensional o pensión de sobrevivientes (art. 11).

Los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez, según lo dispone el artículo 33 del mencionado Estatuto son, haber cumplido cincuenta y cinco años de edad si es mujer, o sesenta si es hombre y haber cotizado un mínimo de mil semanas, y para el cómputo de las semanas, ordena la ley que se debe tener en cuenta:

1. El número de semanas cotizadas en cualesquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones
2. El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados
3. El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la ley
4. El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión

El artículo 36 establece el régimen de transición para acceder a la pensión de vejez, en los siguientes términos:

" La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

(...)

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que se cumplieron tales requisitos.

PARAGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1°) del presente artículo se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio." (negrilla fuera del texto).

El objetivo del artículo 36 de la ley en mención es respetar los derechos adquiridos y proteger las expectativas próximas de pensión, mediante el establecimiento de los parámetros bajo los cuales se aplica el régimen de transición, según edad y tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión, teniendo en cuenta el régimen pensional al cual se encontraba afiliado el servidor público o trabajador del sector privado en el momento de entrar a regir el sistema general de pensiones de la ley 100 de 1993, esto es, el 1° de abril de 1.994 (art. 151).

El párrafo del artículo 36 se remite al inciso primero del mismo, esto es, a quienes a partir de la vigencia de la ley 100 adquieran el estatus de pensionados, sin estar cobijados por el régimen de transición. En consecuencia, el régimen al cual se encontraba afiliado el trabajador al momento de entrar a regir el sistema general de pensiones de la ley 100, es el que se tendrá en cuenta para el reconocimiento de la pensión.

Por su parte, el Gobierno Nacional mediante el decreto reglamentario 813 de 1994 - art. 1°- reglamentó el campo de aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley

100 de 1993, referido a las pensiones de vejez y jubilación de todos los trabajadores del sector privado, de los servidores públicos, de los trabajadores independientes y de los afiliados obligatorios o facultativos del Instituto de Seguros Sociales.

El artículo 3° del decreto 813, en cuanto a los derechos reconocidos, dispuso que las personas que cumplan los requisitos de edad, cotización y tiempo de servicios establecidos en el artículo 2°, " tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de vejez o jubilación cuando cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicios o número de semanas cotizadas establecidos en las disposiciones del régimen que se les venía aplicando con anterioridad al 1° de abril de 1994" (Destaca la Sala con negrilla ).

El artículo 6° ibídem regula el régimen de transición de las pensiones de vejez o jubilación de servidores públicos afiliados a cajas, fondos o entidades de previsión social, estableciendo, según el tiempo de servicio prestado al Estado - 15 años o más, cualquiera sea su edad o cuente con 35 años o más de edad si es mujer o 40 o más si es hombre-, quienes tendrán derecho a la pensión a cargo de la entidad a la cual se encuentre afiliado, cuando cumpla los requisitos " establecidos en las disposiciones del régimen que se le venía aplicando.

Así mismo el Gobierno expidió el decreto 1835 de 1994, por el cual se reglamentan las actividades de alto riesgo de los servidores públicos, y en el artículo 10° estableció un régimen de transición especial para los servidores públicos de la Empresa Nacional de Comunicaciones, en los cargos de excepción que tenían un régimen especial de jubilación, " vinculados a esa entidad al momento de transformarse en empresa industrial y comercial del Estado....".

Caso de Telecom.

Con fundamento en el Artículo Transitorio 20 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional mediante el Decreto 2123 de diciembre 29 de 1992, reestructuró la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM, transformándola en empresa industrial y comercial del Estado, y en consecuencia dispuso que en los estatutos internos se determinarían los cargos desempeñados por empleados públicos, señalando que de todas formas tenían dicha calidad quienes desempeñaran las funciones de Presidente, Vicepresidente, Secretario General, Director de Oficina, Director del ITEC, Gerentes de Servicios y Regional, Asistente y Jefe de la División; los demás funcionarios vinculados a la fecha de la reestructuración pasarían a ser automáticamente trabajadores oficiales (art. 5°.)

En consecuencia, los empleados públicos de Telecom quedaron sometidos al régimen salarial y prestacional que determine el gobierno, con sujeción a las normas generales y a los objetivos y criterios contenidos en la ley 4ª de 1.992, conforme lo dispone el artículo 150.19 e) constitucional; los trabajadores oficiales al régimen de prestaciones sociales mínimas que del mismo modo regule el gobierno (literal f) ibídem) y a los beneficios convencionales establecidos a favor de éstos.

Dada la naturaleza pública de TELECOM, antes y después de la expedición de la ley 100 de 1993, sus servidores se sujetan a las normas de derecho público que regulan la vinculación con los organismos del Estado - situación legal reglamentaria y contractual administrativa-, que determina el régimen salarial y prestacional aplicable a los empleados y trabajadores del Estado.

El artículo 7° del decreto 2123 de 1992 dejó a salvo para todos los efectos legales el tiempo de servicios de los empleados públicos que se encontraran vinculados a la fecha de reestructuración de la empresa, así como su régimen salarial, prestacional y asistencial vigente a la fecha de

expedición de dicho decreto.

Esta Sala en concepto radicado con el No. 960 del 20 de mayo de 1998 al absolver una consulta de ese mismo Ministerio, analizó en forma amplia el régimen aplicable en el sector de comunicaciones y la aplicación a los empleados públicos de Telecom del decreto 3135 de 1.968 dispuesta por el decreto ley 1570 de 1.973, en los siguientes términos:

"El decreto 3135 de 1968 tiene trascendental importancia en el examen hasta aquí realizado por cuanto dispone un régimen general para la administración central y descentralizada de la que excluyó apenas algunos aspectos que deben destacarse; por ejemplo, en el caso de las vacaciones, expresamente dispuso que las de los funcionarios de la rama judicial, ministerio público y docentes se regirían por normas especiales. Por consiguiente, el legislador extraordinario en el 3135 cuando quiso mantener regímenes especiales, expresamente lo estableció en cada prestación.

En el caso de la prestación pensional como norma especial, el legislador extraordinario de acuerdo con la ley 65 de 1967, sólo estaba autorizado para establecerlo en favor del personal de las fuerzas militares, de la policía nacional y del personal civil al servicio del ramo de la defensa nacional; para el resto de la administración pública del orden nacional se dispuso el régimen general aplicable a los servidores públicos, excluyendo únicamente los que desempeñaban actividades especiales.

Sin embargo, para abundar en razones, el artículo 27 en sus párrafos 2º y 3º contempló en beneficio de los derechos adquiridos, la aplicación de la legislación preexistente en favor de los empleados oficiales que tuvieran 18 y 20 años de servicios. Por consiguiente, los párrafos citados constituyen un régimen de transición en protección de quienes estuvieran próximos a consolidar sus derechos, de similar naturaleza a lo previsto en la ley 100 de 1993 (art. 36).

En síntesis, la Sala concluye:

- quienes desempeñaban cargos de excepción, o sea, los operadores de radio y telégrafo, los jefes de oficina de radio y telégrafos, los jefes de líneas, los revisores, los plegadores, los clasificadores y mecánicos de oficina de radio y telégrafo, en el sector de las comunicaciones mantienen la normatividad especial (el régimen excepcional) conforme a las normas analizadas y conservan los beneficios especiales con fundamento en normas anteriores hasta la vigencia de la ley 100 de 1993;

- los demás servidores tuvieron régimen especial aplicable únicamente hasta la reforma administrativa de 1968;

- con fundamento en la ley 100 de 1993, las actividades de riesgo se regulan por esta disposición (art. 140).

(...)

El decreto ley 3135 de 1968 preservó el derecho para cargos de excepción, pero no conservó el especial para quienes desempeñaban los demás. Las actividades de excepción las excluyó el inciso 2º de su artículo 27, según el siguiente texto:

"No quedan sujetas a esta regla general las personas que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción y que la ley determine expresamente".

(...)

El decreto 2123 de 1992 expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las atribuciones que le confirió el artículo 20 transitorio de la Constitución, por el cual se reestructuró TELECOM convirtiéndose en empresa industrial y comercial del Estado, previó que en los estatutos internos se determinarían los cargos desempeñados por empleados públicos, y dispuso que los demás funcionarios vinculados en la fecha de reestructuración pasarían automáticamente a ser trabajadores oficiales. La reestructuración de TELECOM, no afectó el régimen salarial, prestacional ni asistencial vigente de los empleados vinculados a la planta de personal el 29 de diciembre de 1992, fecha de expedición del decreto 2123, según lo determinaron sus artículos 5º y 7º. "

Y finalmente concluyó:

"A partir de la reforma administrativa de 1968, con la expedición del decreto 3135 del mismo año, empezó a regir el régimen general de pensiones para los servidores públicos del sector comunicaciones, esto es, los pertenecientes al Ministerio de Comunicaciones, TELECOM, ADPOSTAL, INRAVISION y CAPRECOM; dicho régimen se modificó por disposiciones posteriores, entre ellas la ley 33 de 1985.

Sin embargo, tanto en la reforma del 68 como en la ley 33/85 se conservó la vigencia de normas dictadas para los cargos relacionados con actividades de excepción, contemplados en las leyes 28 de 1943 y 22 de 1945, así como en otras leyes que expresamente determinaron tareas o empleos específicos de similar naturaleza."

En el mismo sentido se pronunció la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al considerar que el decreto ley 3135 de 1.968, subrogó los regímenes anteriores que regulaban el derecho pensional en sectores como el de comunicaciones. Así dijo:

"Los diferentes regímenes generales de pensiones del sector oficial fueron subrogados por el Decreto 3135 de 1968, expedido por el Presidente de la República, en virtud de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 65 de 1967, con el propósito de integrar la seguridad social entre el sector público y el privado y también de regular el régimen de los empleados públicos y trabajadores oficiales del orden nacional. Efectivamente el artículo 27 del decreto referido estableció que el empleado público o trabajador oficial que sirviera a una entidad del Estado veinte años continuos o discontinuos y llegara a la edad de 55 años si era hombre, o 50 si era mujer, tendría derecho a que por la entidad de previsión correspondiente le fuera pagada una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio. Sin embargo previó que no quedaban regulados por esa regla general las personas que trabajaran en actividades que por su naturaleza fueran exceptuados expresamente por la ley.

"Es indudable entonces que al unificar el Decreto 3135 de 1968 los requisitos para la pensión de jubilación de los empleados públicos y trabajadores oficiales de la rama ejecutiva sujetos al régimen general y al derogar las disposiciones que le fueran contrarias subrogó las anteriores que regulaban esta prestación en un determinado sector de la administración pública, como sería en el de las comunicaciones el régimen general de pensiones a cargo de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones; salvo en la relativo a la excepción consagrada en el artículo 11 del Decreto 2661 de 1960, que al contrario de lo afirmado por la acusación se refirió expresamente, como se dijo antes, a los empleos beneficiados con la pensión especial aludida.

En consecuencia, quedan exceptuadas del régimen general de pensiones, las actividades de alto riesgo, respecto de las cuales se aplica el régimen de excepción, que cubre a los servidores públicos vinculados a las mismas hasta el 31 de diciembre del año 2.004, según lo dispuesto en los artículos 10 y 14 del decreto 1835 de 1.994, reglamentario del artículo 140 de la ley 100 de 1.993

En efecto, así lo dispone el artículo 10 referido:

"Régimen de transición especial de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom. Los servidores públicos de Telecom, en los cargos considerados como de excepción y que tenían un régimen especial de jubilación, vinculados a esa entidad al momento de transformarse en empresa industrial y comercial del Estado, se les aplicarán integralmente las normas especiales en materia pensional vigentes a esa fecha, con el límite señalado en el artículo 14 de este Decreto

Los demás servidores públicos de esta entidad se regirán por la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos." (Destaca la Sala).

Es de anotar que en relación con el ejercicio de cargos de excepción, la jurisprudencia de la Sección Segunda de esta Corporación, la cual comparte la Sala, considera que el derecho pensional se configura "cuando la mayor parte del tiempo laborado corresponde a los referidos cargos excepcionales relacionados en la ley sin consideración a la edad"; es decir, no necesariamente el tiempo de servicio debe haberse prestado en su totalidad en los cargos de excepción, dado que el legislador no exige exclusividad en dichos empleos. (Sentencias de 5 de septiembre de 1.996, radicación 10818 y de abril 23 de 1.998, radicación 9711, reitera jurisprudencia de la Sala Plena de 5 de octubre de 1.982, radicación 10904

.

Resolución 012 de 1992 de la Junta Directiva de TELECOM

Ahora bien, la Junta Directiva de TELECOM expidió la Resolución 012 de 1992, mediante la cual adoptó las disposiciones contenidas en el Manual de Administración y Desarrollo de Recursos Humanos y en el Manual de Prestaciones, que contiene un régimen especial de jubilación para sus servidore

, en el que se tiene en cuenta un determinado tiempo de servicio a la empresa, continuo o discontinuo.

Sobre esta disposición interna de Telecom, debe reiterarse lo ya expresado por esta Sal

, en cuanto a que la competencia para establecer el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales, corresponde al gobierno nacional con sujeción a las normas generales y a los objetivos y criterios que dicte el legislador y no a la Junta Directiva de Telecom, razón por la cual la Resolución No. 012 de 1.992 expedida por ésta debe inaplicarse en todo lo que resulte contrario al régimen prestacional señalado por el legislador y el gobierno para los servidores de dicha empresa (art. 4 de la C.P., no obstante su expedición con anterioridad a la ley 4ª del 18 de mayo de 1.992.

Acuerdo Convencional

Según la consulta, la Empresa -TELECOM- y el sindicato -SITTELECOM-, suscribieron una de adenda al artículo 2º de la Convención Colectiva de Trabajo 1996-1997, del siguiente tenor: "

las partes suscribientes de la presente adenda dan alcance al artículo 2° de la Convención Colectiva de Trabajo 1996 - 1997, suscrita entre la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM, con el Sindicato de Trabajadores de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, SITTELECOM, y el Sindicato de Industria de Trabajadores de las Telecomunicaciones, ATT, con el objeto de aclarar que TELECOM reconoce a los trabajadores cobijados por el régimen de transición establecido en el inciso 2° del artículo 36 de la ley 100 de 1993, vinculados a la Empresa antes de la vigencia del Decreto 2123 de 1992 las siguientes modalidades de pensión:

1. El trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuos o discontinuos.
2. El trabajador oficial que haya servido veinticinco (25) años, sin consideración a su edad.

Los trabajadores en los cargos denominados como de excepción tendrán derecho a la pensión de jubilación a los veinte (20) años de servicio, sin consideración a la edad, y en los términos del Decreto 1835 de 1994.

La presente adenda no constituye modificación al régimen especial ni excepcional de pensiones actualmente vigente en TELECOM." ( Destaca la Sala con negrilla )

Sin perjuicio de la garantía constitucional de la negociación colectiva y de la posibilidad de aclarar o adicionar los acuerdos convencionales, en el caso de la adenda a la convención colectiva transcrita, es preciso destacar que el alcance del régimen de transición establecido en el inciso 2° del artículo 36 de la ley 100 de 1993, no puede ser objeto de interpretación o aclaración mediante el mecanismo empleado, toda vez que las normas legales que por vía general establecen regulaciones, deben ser aplicadas con las consecuencias que se deriven de su contenido normativo y, por tanto, para los efectos del régimen de transición aplicable a los servidores de TELECOM, la única constatación válida y vinculante es la resultante del texto del mencionado precepto, es decir, será exclusivamente el que corresponda al régimen anterior al cual se encontraban afiliados los trabajadores al 1° de abril de 1994.

En cuanto a la contabilización del tiempo de servicio, continuo o discontinuo, prestado por el trabajador, debe agregarse a lo ya expresado, que las condiciones de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión de vejez de las personas que cumplan los requisitos señalados en el inciso 2° del artículo 36 de la ley 100 para acceder a este instrumento de beneficio con ocasión del tránsito de legislación, son las establecidas en el régimen anterior al cual se encuentren afiliadas, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucionale

y esta Sala

, de tal manera que la protección legal de la transición para los servidores públicos de Telecom, dependerá, en cada caso, del régimen al que el empleado público o el trabajador oficial estuviera afiliado a 1° de abril de 1.994, teniendo en cuenta cada una de las modalidades de vinculación y los derechos derivados de ellas.

Lo anterior se corrobora con la decisión adoptada por esta Corporación, mediante la cual declaró la nulidad del decreto 1.111 de 1.998, que definía el concepto de "régimen anterior" para efectos de la aplicación del régimen de transición previsto en el inciso 2° del artículo 36 de la ley 100 de 1.993, a los servidores públicos del sector de las comunicaciones que al 1° de abril de 1.994 se encontraban afiliados a Caprecom, con fundamento en las siguientes consideraciones:

"Pues bien, ocurre que en el sub lite, ni el inciso segundo del artículo 36 de la ley 100 de 1993 es oscuro, ni el Presidente tiene facultades de glosador como para arrogarse una tal atribución que le permitiera definir el concepto de "régimen anterior". Por ello mismo debe advertirse que, siendo extraña al fuero presidencial la potestad de interpretar con autoridad la ley, la buena fe hermenéutica que pueda entrañar la norma combatida no convalida la extralimitación funcional del Ejecutivo, que a contrapelo de las facultades privativas del Congreso ha puesto en evidencia la nulidad del susodicho artículo 1° por incompetencia del emisor".

Para el caso concreto de TELECOM, tal como se dijo anteriormente, se aplicarán los regímenes de transición previstos en el artículo 36 de la ley 100 de 1.993 y 10 del decreto 1835 de 1.994, teniendo en cuenta aquellos derechos que convencionalmente tuvieron vigentes los trabajadores oficiales, al momento de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones ( 1° de abril de 1994), sin que ello signifique la extensión de los beneficios convencionales a empleados públicos, ni su aplicación retroactiva.

Así, tratándose de los servidores de TELECOM, el tiempo a que se refiere el inciso segundo del artículo 36 debe haber sido desempeñado en la calidad de servidor público.

En relación con el alcance de la expresión "servidor público" del párrafo del artículo 36 de la ley 100 de 1993, ella comprende, según el artículo 123 de la Constitución Política, a los miembros de las corporaciones públicas, a los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas. Agrega esta disposición: "Los servidores Públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento", y delega en la ley la determinación del régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y la regulación de su ejercicio.

El servidor público es en síntesis, el término genérico que se utiliza para denominar a la persona que trabaja para el Estado, bien como miembro de una corporación pública o como empleado público o trabajador oficial, vinculado mediante contrato de trabajo o nombrado y posesionado. La Corte Constitucional así lo reconoció, al afirmar:

"La Constitución de 1991 ha utilizado la expresión genérica ya mencionada –servidores públicos– para resaltar que quienes pertenecen a esta categoría están al servicio del Estado y de la comunidad (art. 123 C.P.) y que no desempeñan los cargos o empleos –por importantes que ellos sean– en su propio beneficio e interés, sino colectivo...

Por su parte, el Decreto 1042 de 1978 en su artículo 83 establece la figura de los supernumerarios como sistema de vinculación de personal, que deberá hacerse mediante resolución administrativa, para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones, o para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio. Para los dos primeros casos le fija en forma perentoria un término máximo de tres (3) meses, y sólo excepcionalmente puede ser mayor cuando se trate de desarrollar actividades que por su naturaleza requieran personal transitorio por períodos superiores.

Para establecer si los supernumerarios tuvieron o tienen la calidad de servidores públicos, basta con efectuar la confrontación entre la definición que de éstos últimos trae la Carta en el artículo 123, con las características que a los supernumerarios le señala el Decreto 1042 de 1978, y es así como resulta que ciertamente los supernumerarios, al ser nombrados por resolución, para suplir las vacancias temporales –vacaciones o licencias– de los empleados públicos o para desarrollar actividades transitorias, constituye un mecanismo excepcional de vinculación laboral a la

administración pública para el ejercicio de función pública. En el primer caso la que venían desempeñando los empleados en vacaciones o licencia y en el segundo, actividades transitorias del servicio, con los derechos que le son propios.

El mismo artículo 83, establecía que: "Cuando la vinculación de personal supernumerario no exceda el término de tres meses, no habrá lugar al reconocimiento de prestaciones sociales. Sin embargo, las entidades deberán suministrar al personal supernumerario atención médica en caso de enfermedad o accidente de trabajo". (Subraya fuera del texto)

Es de tener en cuenta que este inciso en la parte subrayada fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, que en su aparte pertinente expresó:

"8. Resulta claro que la vinculación de empleados supernumerarios para llevar a cabo actividades meramente temporales, constituye un modo excepcional de vinculación laboral con la Administración Pública. Difiere del contrato de prestación de servicios profesionales por varios conceptos, especialmente porque en este último, aunque puede haber cierto grado de sujeción, no se involucra el elemento de subordinación de tipo laboral que se halla presente en el primero, y porque la vinculación de personal supernumerario se lleva a cabo mediante resolución, en la cual deberá expresarse el término durante el cual se prestarán los servicios y el salario que se devengará, que se fijará teniendo en cuenta las escalas de remuneración establecidas en la ley. Se trata pues de una verdadera relación laboral regida por normas de derecho administrativo, que en esencia es temporal.

24. Para esta Corporación el desconocimiento de las prestaciones sociales a los empleados supernumerarios que se vinculan transitoriamente a la Administración Pública, resulta contrario a los principios rectores de las relaciones laborales, y a la justicia que debe presidir dichas relaciones. En efecto, desconoce, en primer término, el principio de igualdad de oportunidades, por cuanto el hecho de que la vinculación sea transitoria, no es óbice legítimo para establecer diferencias frente a aquellos servidores públicos vinculados permanentemente a la Administración. Esta desigualdad en el trato, no se justifica por ningún objetivo de rango constitucional que pudiera perseguirse a través de ella. La Corte no encuentra en ella nada distinto de un mecanismo para reducir la carga prestacional de la Administración, que no justifica el desconocimiento general del principio de igualdad.

25. Adicionalmente, la restricción que se viene comentando desconoce el principio constitucional de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales. Puede decirse que, ante la incapacidad de negociar las condiciones legales de ejercicio del cargo, es la misma ley la que resulta imponiendo al servidor transitorio la inconstitucional renuncia a esta categoría de beneficios mínimos que constituyen las prestaciones sociales reconocidas a los servidores públicos.

26. Sin perjuicio de que aquellas prestaciones que por definición legal sólo se reconocen a aquellos servidores públicos que han laborado por lapsos superiores a los tres meses, como por ejemplo las vacaciones anuales remuneradas cuya regulación legal implica el trabajar a lo menos once meses para tener derecho a exigirlas

la Corte estima que, para lograr la verdadera efectivización del principio de igualdad, las demás, es decir las que se reconocen sin consideración a tiempos mínimos de trabajo, o que admiten el reconocimiento de la proporción correspondiente al tiempo laborado, deben ser reconocidas a los servidores supernumerarios que temporalmente presten sus servicios a la Administración por

lapsos inferiores a tres meses.

De esta forma, para efectos del reconocimiento de pensiones de vejez de quienes hayan sido vinculados como supernumerarios de conformidad con el artículo 83 del Decreto 1042 de 1978 debe tenerse en cuenta, el tiempo de servicios laborado en dicha calidad.

En cuanto a los empleos de medio tiempo, se advierte el antecedente previsto en el decreto ley 156 de 1.987, en el cual se prohíbe la creación de empleos cuya jornada sea diferente a tiempo completo o medio tiempo, entendiéndose por estos últimos los que tienen jornada diaria de cuatro horas (art. 4) y en la ley 33 de 1.985, en la cual para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, sólo se computarán como jornadas completas las de cuatro (4) o más horas diarias (art. 1º párrafo 1º).

Entre las situaciones administrativas en que pueden encontrarse los empleados vinculados regularmente a la administración, además del servicio activo, la comisión, el permiso, se encuentra el encargo, cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo (arts. 34 y 58 decreto 1950/73), sin que se haga mención a la interinidad, figura que se asemeja a la del encargo, y como quiera que éste supone la calidad de empleado, el ejercicio de funciones en tal calidad no interrumpe el tiempo para efectos de la antigüedad en el empleo de que se es titular, ni afecta a la situación de los funcionarios de carrera (art. 36 íbidem).

Los servidores públicos se vinculan al Estado, de manera general, mediante una situación legal y reglamentaria o por contrato de trabajo, caso este en el cual el servidor se denomina trabajador oficial, se encuentra en la planta de personal de las entidades públicas de manera necesaria y, por lo tanto, hace parte del contingente de servidores activos y su régimen es de derecho laboral administrativo.

De ésta manera quienes han prestado servicios a TELECOM mediante contratos de trabajo regidos por el código sustantivo de trabajo, por fuera de la planta de personal, es decir mediante contrato individual sometido a las normas ordinarias laborales o civiles, no ha tenido vinculación con la entidad como servidor público y, por lo mismo, el tiempo de servicio no es viable computarlo para efectos de la pensión de jubilación en el sector público.

En TELECOM, según se dejó dicho anteriormente, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2123 de 1992, existen empleados públicos y trabajadores oficiales, pero la forma de vinculación no obsta para aplicarles indistintamente, el régimen pensional en la forma establecida en la ley 100 de 1993, lo cual se traduce en que el tiempo de servicio de quien trabajó en tal empresa mediante vinculación por contrato de trabajo para desempeñar un cargo de la planta de personal y tener la calidad de servidor público, debe ser sumado para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata la ley tantas veces mencionada.

Ahora bien, en relación con el contrato de prestación de servicios, modalidad de contratación está consagrada, de modo general, en el artículo 32, numeral 3º del Estatuto General de la Contratación Pública contenido en la ley 80 de 1993, el cual define los contratos de prestación de servicios como "los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o

requieran conocimientos especializados.

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

La Corte Constitucional definió claramente las diferencias entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios y en su parte pertinente expresó:

"Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, 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 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.(...)

En ese sentido se pronunció la Sala Plena de esta Corporación cuando examinó la exequibilidad del contrato de prestación de servicios bajo la vigencia del Decreto-Ley 222 de 1983:

"(..) 14. Quien celebra con un ente público un contrato administrativo de prestación de servicios, sólo adquiere como autor del acuerdo el carácter de titular de una relación contractual y, en el circunscrito universo del convenio, se convierte en un específico centro de intereses. No se transforma en empleado público ni en trabajador del Estado. El régimen del empleado público y de su responsabilidad se encuentra definido y regulado minuciosamente en la ley y no es materia de contrato. La subordinación del empleado y del trabajador oficial se opone a la independencia y autonomía del mero contratista del Estado. En fin, la situación legal y reglamentaria (empleado público) y laboral (trabajador), no son en modo alguno equivalentes ni asimilables a la posición que ostenta el contratista independiente.

(...)

No se observa quebranto al principio de igualdad (CP art. 13). El contratista independiente no puede homologarse al empleado público o al trabajador oficial. El trato diferente que en los dos supuestos reciben las categorías que pretenden contraponerse, se justifica por la existencia de una razonable diferencia que media entre ellas y que está dada por el carácter de trabajadores dependientes que exhiben los empleados públicos y trabajadores oficiales y la condición de independencia y autonomía propia del contratista.

Es más, adicional a lo anteriormente expresado, la Corte encuentra que la restricción demandada hace prevalecer el respeto al derecho a la igualdad en tanto que sólo autoriza la contratación por prestación de servicios de personas naturales cuando las actividades de administración o funcionamiento de la entidad "no puedan celebrarse con personal de planta", precisamente para evitar que al mismo tiempo personal de planta y contratistas realicen idénticas labores en igualdad de condiciones pero con tratamientos laborales distintos, en desmedro de los contratistas...

Lo anterior es suficiente para concluir que el término de duración del contrato de prestación de 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.

#### LA SALA RESPONDE

1. El párrafo del artículo 36 de la ley 100 de 1993 no tiene aplicación para efectos de contabilizar tiempo de servicio o las semanas de cotización en el régimen de transición. Para efectos del reconocimiento de pensión de jubilación en TELECOM, el tiempo de servicio debe haber sido cumplido en la calidad de servidor público.
2. La calidad de supernumerario implica una relación laboral regida por el derecho administrativo y, por tanto, quienes estuvieron vinculados a TELECOM en dicha condición, de conformidad con el artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, tienen derecho a que se les sume ese tiempo de servicio para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez.
3. Las personas que prestaron servicios a TELECOM mediante contrato de prestación de servicios técnicos o por contrato de trabajo sin ostentar la calidad de trabajadores oficiales, no tuvieron la calidad de servidores públicos y, por tanto, el tiempo de duración del contrato no puede ser sumado para efectos de reconocimiento de pensión, sin perjuicio de la afiliación voluntaria al sistema general de pensiones que en calidad de trabajador independiente puede hacer el contratista.

Las personas que trabajaron en TELECOM en calidad de empleados públicos o trabajadores oficiales tienen la calidad de servidores públicos, por tanto quienes hubieren sido vinculados a TELECOM mediante nombramiento o por contrato de trabajo, para desempeñar un cargo en la planta de personal, cualquiera sea el lapso, tienen derecho a que se les compute para efectos pensionales, conforme al régimen general, de transición o especial que les sea aplicable, en cada caso.

El empleado designado en encargo para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, supone la calidad de servidor público que tienen los empleados, y no interrumpe el tiempo para efectos de la antigüedad en el empleo de que es titular.

Transcribese a la señora Ministra de Comunicaciones. Igualmente envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

AUGUSTO TREJOS JARAMILLO

CESAR HOYOS SALAZAR

Presidente de la Sala

RICARDO H. MONROY CHURCH

FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ

ELIZABETH CASTRO REYES

Secretaria de la Sala



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 31 de mayo de 2024 - (Diario Oficial No. 52.755 - 13 de mayo de 2024)

