

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
SECRETARÍA GENERAL

TRASLADO DE EXCEPCIONES

Art.175 C.P.A.C.A.

HORA: 8:00 a.m.

VIERNES 8 DE MARZO DE 2013

Magistrada Ponente: Dr. JOSÉ FERNÁNDEZ OSORIO

Radicación: 13-001-23-33-000-2012-00194-00

Accionante: BLAS MANUEL REYES MONTAÑEZ

Accionado: CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE
-CARDIQUE-

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En la fecha se corre traslado por el término legal de tres (03) días a la parte demandante de las excepciones formuladas en el escrito de contestación de la demanda, presentado por el apoderado de la CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE -CARDIQUE-, visible a folios 54 – 79 del expediente.

EMPIEZA EL TRASLADO: VIERNES 8 DE MARZO DE 2013, A LAS 8:00 A.M.



JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
Secretario General

VENCE EL TRASLADO: MARTES 12 DE MARZO DE 2013, A LAS 5:00 P.M.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
Secretario General

54

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
 RECIBIDO
 FECHA: 04 MAR 2013 HORA: 4:35
 ENTREGA: Didier Pizza Gerena
 CEDULA: @ 79986944
 No. DE FOLIOS: 150 cincuenta y cinco
 FIRMA CUI: 113 Folios
 sendhi VC

Honorables
 Magistrados
 Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar
 E. S. D.

Ref:	
Acción:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
M.P.:	JOSE FERNANDEZ OSORIO
Radicación:	13 001 33 33 005 2012 000194 - 00
Demandante:	BLAS MANUEL REYES MONTAÑEZ
Demandada:	CARDIQUE

DIDIER AUGUSTO PIZZA GERENA, mayor de edad, vecino y residente en Cartagena de Indias, abogado en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.486.944 de Bogotá y Tarjeta profesional No. 163.017 del C. S. de la J., , apoderado de la parte demandada, conforme al poder adjunto, por medio del presente acudo a usted dentro del término legal, con el objeto de dar contestación a la demanda de la referencia, en los siguientes términos:

I - DEMANDADA

Es la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL DIQUE - CARDIQUE, cuyo domicilio es la ciudad de Cartagena, Barrio el Bosque, isla de Manzanillo, Transversal 52 Número 16 - 190, Cartagena de Indias, representada legalmente por su director, Doctor OLAFF PUELLO CASTILLO, quien es varón, mayor de edad, vecino y residente en Cartagena de Indias, cuya oficina se encuentra en la dirección de la aquí demandada.

II - APODERADO

Es el suscrito, DIDIER AUGUSTO PIZZA GERENA, identificado con cédula número 80.263.137 y T.P.N. 72793 del CSJ, domiciliado en Cartagena y con oficina en la Calle

Cochera del Gobernador, Edificio Colseguros oficina 307. Email:
didierpizzagerena@yahoo.com Tel 602803, Cel: 3008152885, Cartagena de Indias

III - PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES

El demandante no solicitó en la vía gubernativa ni reclama ahora en vía judicial el reconocimiento de la existencia de relación de carácter laboral y por lo tanto, sin la existencia de esta, no podría pretender lo que de ella se desprendería, el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, tal como lo está haciendo en esta demanda en la pretensión SEGUNDA. Además de esta falencia general, tampoco en la vía gubernativa solicitó la que denomina "indemnización por despido sin justa causa":

Es sabido que los hechos o pretensiones que se proponen en la vía gubernativa le imponen un marco a la demanda, en la medida en que no se aceptan nuevos hechos ni pretensiones en la vía contencioso administrativa, porque ello atenta contra el debido proceso.

En cuanto a la pretensión de la realización de los aportes a la seguridad social, me opongo por cuanto una eventual condena implicaría que se hace a manera de indemnización y no de reintegro del trabajador, por lo tanto no hay lugar a acceder a la misma.

Igualmente me opongo, de no prosperar la excepción por ineptitud de la demanda, en cuanto a las pretensiones CUARTA y QUINTA en las cuales se solicita la condena por concepto de "indemnización por despido sin justa causa en los términos establecidos en el código sustantivo del trabajo.." y "la sanción moratoria, por no pago de las prestaciones sociales, oportunamente..." porque por una parte la legislación laboral que invoca no es la aplicable a los servidores públicos en general y en particular para el caso del demandante por la calidad de entidad que es CARDIQUE, y por la otra por cuanto precisamente lo que

se debatiría en este proceso es si existió o no relación laboral, y nosotros decimos que no lo fue, y por lo tanto no puede hablarse de que se haya dado despido alguno.

Y, con relación a la pretensión "sanción moratoria por el no pago de las prestaciones sociales, oportunamente," no existe. La sanción que existe, y que no sería del caso presente, y que no pide, es la que trata la ley 244 de 1.995, ley 344 de 1.996 y Decreto reglamentario 1582 de 1.998. Además si la hubiese pedido y en gracia de discusión, no habría lugar a la condena dado que, por una parte, no existe mala fe del empleador y por la otra la jurisprudencia del consejo de estado ha venido siendo consistente en la postura de que en el evento en que se discuta la existencia de la relación laboral, como en el presente caso si hubiese sido objeto de pretensión en la vía gubernativa, no hay lugar a la condena por cuanto precisamente no está definida la obligación de pagar la mencionada prestación social y por lo tanto no incurriría en mora de pago de la misma, la cual es fuente de la sanción.

En todo caso, me opongo a todas las pretensiones en razón a que como se sustentará y probará, la realidad fue la existencia de contratos de prestación de servicios y no la de relación laboral y por lo tanto no hay lugar a condenar a la entidad que represento a reconocer y pagar nada de lo que se pretende.

IV - PRONUCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA

1: Es parcialmente cierto, explico. El demandante contrató con Cardique para prestar sus servicios profesionales con varios contratos de prestación de servicios conforme con lo dispuesto en la ley 80 de 1.993, uno de ellos lo celebró y lo inició el 13 de Mayo de 1.996 y otro para ejecutarlo entre el 7 de Marzo y 30 de Abril del 2.001, señalando fecha de inicio y terminación y se liquidó cada uno a su finalización pagando la totalidad de los honorarios

pactados. Los contratos son los que se anexan con este documento y relacionados en la certificación que aparece en este proceso, aportado por las dos partes.

El hoy demandante y un grupo de personas crearon o conformaron la **EMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO SERVICIOS GENERALES SERGEN**, cuyo NIT es 8060073182 - 0, figurando como representante legal el mismo demandante, señor. El señor BLAS MANUEL REYES MONTAÑEZ. BLAS MANUEL REYES MONTAÑEZ, por lo tanto fue miembro de dicha Empresa. Esta celebró varios contratos con Cardique prestando los servicios contratados con sus miembros dentro de los cuales estaba el hoy demandante. Cardique no fue su empleador, el no tenía empleador el era coasociado de SERGEN y cualquier reclamación de orden labora deberá realizarla anta tal empresa. SERGEN, en cabeza de su representante legal, celebró los contratos entre el 10 de Febrero del 2.000 y el 5 de Enero del 2.004, no siendo continuos, con interrupciones hasta de ocho meses, como se desprende de los contratos anexados a esta demanda y la certificación aportada al proceso por las dos partes. De lo anterior se deduce que no es cierto que el demandante prestara los servicios en el periodo que se indica en la demanda.

Es importante advertir que, como se pactó en los contratos que celebró el demandante con Cardique, el hecho de que la entidad contratante pactara y realizara supervisión y coordinación al contratista, en cumplimiento del objeto contractual, no significa que se haya establecido el elemento subordinación. Igualmente se deja claro que dentro de la planta de cargos de CARDIQUE no existía uno que tuviera las funciones, que por ello, tuvo que contratar. Además, tal como se desprende de las copias de los contratos aportadas con la demanda. Además, se indica que en los contratos que Cardique celebró con SERGEN, se estipuló que: " El contratista desarrollará el objeto contractual con plena autonomía intelectual y sin subordinación alguna"y así sucedió de acuerdo con los datos suministrados por mi poderdante. Igualmente, las partes convinieron que: " EL

CONTRATISTA en desarrollo del presente contrato, se obliga a desarrollar el objeto del presente contrato en los siguientes términos y condiciones: 1) Suministrar un (1) técnico en recursos naturales y dos (2) auxiliares en recursos naturales...". Pactaron también que "La supervisión y coordinación del presente contrato se hará a través de la subdirección de gestión ambiental de la Corporación, quien exigirá el cumplimiento cabal y satisfactorio del mismo. También pactaron: El contratista se obliga a presentar la afiliación del personal que utilice para el desarrollo del objeto del presente contrato, a un sistema de pensión y salud de acuerdo a lo previsto en la ley 100 de 1.994, artículo 282" (sic) . Pactaron también la constitución de una garantía para asegurar el cumplimiento de de las obligaciones contraídas en el contrato. Pactaron que: " La celebración de este contrato no genera ni supone la existencia de relación laboral entre El Contratante y El Contratista, ni del personal que utilice para el desarrollo del objeto del mismo, en consecuencia , El contratista solo tiene derecho al pago de los emolumentos expresamente pactados...."

2.- De conformidad con lo arriba descrito, este hecho no es completamente cierto. El objeto de los contratos celebrados directamente con Cardique era diferente al de los contratos que SERGEN celebró. El de SERGEN era: "PRESTACIÓN DE SERVICIOS POR PARTE DEL CNTRATISTA EN LABORES DE CONTROL Y VIGILANCIA DE LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES , ESPECIFICAMENTE A LOS RECURSOS HIDIRCOS Y FAUNA SILVESTRE DEL AREA DE JURISDICCIÓN DE LA CORPORACIÓN".

3.- No es cierto, Cardique no hizo disfraz de ninguna clase. Las dos partes, una como contratante y la otra como contratista, bajo la autonomía de la voluntad, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 80 de 1.993 celebraron contrato de prestación de servicios, pactando expresamente la no existencia de relación laboral y sin que existirá subordinación alguna ni ninguno de los otros elementos de la misma.

-
4. No es cierto. Cardique no utilizó la figura de intermediación laboral. Mucho menos que CARDIQUE haya exigido u obligado al demandante a la creación o pertenencia a la empresa asociativa de trabajo denominada **EMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO SERVICIOS GENERALES SERGEN**. Esta fue creada por un grupo de personas, al cual pertenece el demandante y de la cual es el representante legal. Como representante legal y miembro de SERGEN, el demandante contrató con Cardique y su relación laboral la estableció con su empresa y no con la entidad y por lo tanto no puede reclamarle prestación social alguna. Sirvan os argumentos planteados acerca del hecho 1 para este, en particular las estipulaciones hechas en los contratos entre SERGEN y CARDIQUE.
5. De conformidad con los datos suministrados al suscrito y a juzgar por los contratos que se anexan y que reposan en el expediente esta afirmación no es cierta. Es obvio que para el cumplimiento del objeto de los contratos el contratista tuviera que hacerse presente en la entidad pero por una parte no tenía subordinación, lo que existía era supervisión a la actividad contratada y no cumplía horario.
- 6.- En los contratos de prestación de servicios las partes pactaron que en caso que el contratista tuviera que hacer desplazamiento fuera de la ciudad de Cartagena en ejecución de los mismos, la entidad le pagaba los gastos, estipulándose que los mismos se reconocerían utilizando para su tasación, la tarifa establecida por la entidad para los viáticos de los empleados.
7. No está soportado en prueba alguna, debe probarlo.
8. Es una aseveración o deducción del demandante, debe probarlo. Debe tenerse en cuenta que lo que en realidad lo que existió fue contratación y ejecución bajo la modalidad de prestación de servicios y que el demandante creó y fue miembro y contrató con Cardique con una empresa de servicios temporales y por lo mismo no puede reclamar la existencia

de relación laboral ni mucho menos el pago de prestaciones sociales. Además de que en la vía gubernativa no la solicitó.

9. No es cierto, no fue continua. El vínculo fue mediante contratos de prestación de servicios los cuales fueron liquidados y los honorarios pagados. De considerar que existiera relación laboral, el demandante debe reclamársela a la empresa SERGEN que fue con la que laboró desde 2.00 a 2.004. Incluso en estos contratos hubo lapsos entre contrato y contrato hasta de ocho meses.

10. No es cierto, no es un hecho sino apreciaciones del demandante. Además las partes celebraron y ejecutaron contratos de prestación de servicios los cuales como es sabido se celebran de manera a bilateral y bajo la autonomía de la voluntad y por lo tanto mal puede hablarse de maniobras o disfraces.

11. En caso de que tuviesen vocación de prosperidad las pretensiones de esta demanda, la relacionada con este hecho no tiene cabida puesto que como nos referimos al pronunciarnos acerca de la pretensiones la sanción moratoria que existe en el sector público es la que surge por el hecho de la mora en la consignación o en el pago oportuno del auxilio de cesantías.

12. Escierto.

13. Es cierto en cuanto a que Cardique dio respuesta a la petición.

14. No es cierto. No pidió en vía gubernativa ni se ha establecido la existencia de relación laboral y por lo tanto no debe prestaciones sociales y mucho menos existe tal mora.

15. Es cierto que la norma citada lo indica, pero no aplica para este caso.

16 y 17. Son ciertos, así se aprecia en el expediente.

V - PROPOSICION DE EXCEPCIONES

PREVIAS:

A) INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES.

Consiste en que el demandante no solicitó en la vía gubernativa el reconocimiento de la existencia de relación de carácter laboral y por lo tanto, sin la existencia de esta, no podría pretender lo que de ella se desprendería, el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, tal como lo está haciendo en esta demanda.

Es sabido que los hechos o pretensiones que se proponen en la vía gubernativa le imponen un marco a la demanda, en la medida en que no se aceptan nuevos hechos ni pretensiones en la vía contencioso administrativa, porque ello atenta contra el debido proceso.

B) PRESCRIPCION.

El demandante solicita el pago de prestaciones sociales por el hecho de haber estado vinculado con CARDIQUE "desde el día 13 de Mayo de 1.996, hasta el (5) del mes de enero del año 2.004", sin embargo, solo hasta el 18 de Mayo del 2012, más de seis años después, presentó la reclamación administrativa, sin pedir la existencia de relación laboral alguna, y por lo tanto, con ello y a esas alturas la acción estaría prescrita, conforme con lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1.968 que indica: "las acciones que emanen de los derechos allí consagrados prescribe en tres años contados desde que la obligación se haya hecho exigible".

DE MERITO:

A) NO EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL

No existe relación laboral por cuanto lo que en realidad existió fue contratación en la modalidad de prestación de servicios autorizada por la ley 80 de 1.983.

B) FALTA DE CAUSA PETENDI:

Debido a que la relación que existió entre demandante y demandada fue una contratación de servicios y no otra cosa y que por más de tres años, del periodo indicado por el

demandante prestó sus servicios fue a la empresa asociativa SERGEN, no le asiste razón o motivo al actor para pedir la condena relacionada en las pretensiones propuestas. Conforme se explicó en el pronunciamiento sobre los hechos nunca se desvirtuó el contrato de prestación de servicios porque nunca se estableció el elemento subordinación en la relación contractual y por lo tanto no se generó el derecho a pagar al demandante las prestaciones pedidas y como consecuencia no le asiste derecho a reclamarla, además de que en la vía gubernativa no plantea como pretensión la declaratoria de la existencia de una relación laboral de la cual se pudieran derivar las prestaciones sociales.

C) COBRO DE LO NO DEBIDO:

De conformidad con lo expuesto, la demandante no está legitimada legalmente para cobrar lo pretendido en razón a que su relación con la demandada fue bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios y la totalidad de los honorarios pactados le fueron pagados. Además de que no plantea en la vía gubernativa como pretensión la declaratoria de la existencia de una relación laboral de la cual se pudieran derivar las prestaciones sociales.

Debe tenerse en cuenta que el demandante prestó servicios todo del año 2.000 al 2.004 como miembro de la E.A.T. SERGEN.

En cuanto a la pretensión de la realización de los aportes a la seguridad social, no puede cobrarlos por cuanto una eventual condena implicaría que se hace a manera de indemnización y no de reintegro del trabajador, por lo tanto no hay lugar a acceder a la misma.

Tampoco puede cobrar ni hay lugar al pago por concepto de "indemnización por despido sin justa causa en los términos establecidos en el código sustantivo del trabajo.." y "la sanción moratoria, por no pago de las prestaciones sociales, oportunamente..." porque por

una parte la legislación laboral que invoca no es la aplicable a los servidores públicos en general y en particular para el caso del demandante por la calidad de entidad que es CARDIQUE, y por la otra por cuanto precisamente lo que se debatiría en este proceso es si existió o no relación laboral, y nosotros decimos que no lo fue, y por lo tanto no puede hablarse de que se haya dado despido alguno.

Y, con relación a la pretensión "sanción moratoria por el no pago de las prestaciones sociales, oportunamente," no existe. La sanción que existe, y que no sería del caso presente, y que no pide, es la que trata la ley 244 de 1.995, ley 344 de 1.996 y Decreto reglamentario 1582 de 1.998. Además si la hubiese pedido y en gracia de discusión, no habría lugar a la condena dado que, por una parte, no existe mala fe del empleador y por la otra la jurisprudencia del consejo de estado ha venido siendo consistente en la postura de que en el evento en que se discuta la existencia de la relación laboral, como en el presente caso si hubiese sido objeto de pretensión en la vía gubernativa, no hay lugar a la condena por cuanto precisamente no está definida la obligación de pagar la mencionada prestación social y por lo tanto no incurriría en mora de pago de la misma, la cual es fuente de la sanción.

Además, no puede cobrar prestaciones sociales de periodos no contratados. Entre contrato y contrato en ocasiones hubo espacios de más de ocho mese, ello se comprueba con los contratos aportados y con la certificación expedida por la demandada, en particular se observa este hecho en los numerales 8, 9 y 10 de la misma.

VI - PRUEBAS

1.- Copia del expediente administrativo que consta de:

- a) Reclamación administrativa
- b) Respuesta a la reclamación administrativa con dos certificados.

2.- Copia de certificado de cámara de comercio de la EAT SERGEN

3.- Se adjunta como pruebas que se entregaron al suscrito por parte de la demandada las siguientes:

Celebrados entre la EAT SERGEN y CARDIQUE:

1.- Contrato número 018/2.000, junto con el acta de liquidación del contrato.

2.- Contrato 027/01

3.- Contrato sin número celebrado el 9 de Julio de 2.001

4.- Contrato sin número celebrado entre las partes el 12 de Noviembre del 2.002.

5.- Contrato 154/02.

6.- Contrato número 096/02

7.- Contrato número 016/03

8.- Contrato adicional 016A/03

9.- Contrato número 114/2003, y

10.- Contrato número 061/2003.

Contratos de prestación de servicios celebrados entre CARDIQUE y el demandante:

1.- Contrato del 13 de Mayo de 1.996, con certificado de disponibilidad presupuestal.

2.- Contrato 026/99, junto con el acta de liquidación.

3.- Contrato número 010/97, junto con el certificado de disponibilidad y acta de liquidación.

4.- Contrato número 025-98, junto con el acta de liquidación.

5.- Contrato número 0 - 040 -01

6.- Contrato número 0 - 218 -01

7.- Contrato número 0 - 343 -01

8.- Contrato número 0 - 054 -02

9.- Contrato número 0 - 037/03

4.- TESTIMONIOS:

Con el fin de que deponga todo lo que sepa y le conste acerca de los hechos de la demanda y la contestación, específicamente en relación a como se realizó y ejecutaron los contratos de prestación de servicios entre CARDIQUE y el demandante, solicito se cite y haga comparecer al señor Dr Benjamín Di Filippo Valenzuela, la Doctora Sayde Escudero Jaller y la Dra. Claudia Camacho Cuesta, los cuales laboran en CARDIQUE y por lo tanto allí puede ser citados.

5.- OFICIOS:

Se oficie a la cámara de comercio de Cartagena para que con destino a este proceso remita copia autentica del acta o escritura de constitución y los estatutos de la empresa asociativa de trabajo servicios generales - SERGEN, identificada con NIT 806 00 73182 - 0 y el correspondiente certificado de existencia y representación legal.

VII - FUNDAMENTACION FACTICA Y JURIDICA DE LA DEFENSA
--

La negación de la petición de prestaciones sociales mediante el acto administrativo demandado, no vulnera derecho alguno de la demandante, la expedición del mismo lo hizo la entidad que represento absolutamente fundamentada en derecho y conforme a la normatividad vigente, no se podría argumentar que se ha incurrido en irregularidades, incompetencias o desconocimiento de normas superiores y mucho menos que haya sido producto de actuaciones dolosas o de mala fe.

El demandante pretende que se condene a CARDIQUE a pagarle prestaciones que se abrían derivado de una supuesta relación laboral, a lo cual nos oponemos, dado que la realidad fue que entre la demandante y la entidad que represento se celebraron varios contratos de prestación de servicios con forme con lo dispuesto en la ley 80 de 1.994 y no es

cierto que CARDIQUE haya disfrazado la "vinculación" de NORAIMA GOMEZ PUELLO con los contratos de prestación de servicios. La corporación y esta celebraron y ejecutaron contratos de prestación de servicios profesionales conforme con lo dispuesto en la ley 80 de 1.993 en el periodo arriba mencionado. Y, durante 2000 y 2004 fue miembro de la E.A.T. SERGEN. En los contratos celebrados con Cardique las partes convinieron, y así se cumplió, que "La celebración de este contrato no genera ni supone la existencia de relación laboral entre el contratante y el contratista, en consecuencia el contratista solo tiene derecho al pago de los emolumentos expresamente convenidos en este contrato". Igualmente pactaron que: "COORDINACION DE ACTIVIDADES: El contratante supervisará y coordinará las labores encaminadas al cumplimiento de las obligaciones de el contratista a través de la subdirección administrativa y financiera...". Los contratos se celebraron INTUITO PERSONAE, se pactó y pagaron honorarios. El contratista se afilió y pagó los aportes a la seguridad social. No se generó relación laboral alguna. El hecho de que la entidad contratante pactara y realizara supervisión y coordinación al contratista, en cumplimiento del objeto contractual no significa que se haya establecido el elemento subordinación y por lo tanto, mucho menos la relación laboral.

En sentencia del 2007¹, el Consejo de Estado indicó:

"(Exp. 0245/03, Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje SENA)

Así mismo, se ha sostenido que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de

¹CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCION "A" CONSEJERO PONENTE: DR. JAIME MORENO GARCÍA Bogotá D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil siete (2007) REF: EXP. No. 47001-23-31-000-1999-00248-01 No. Interno: 1837-04 AUTORIDADES MUNICIPALES. ACTOR: LILIA EMPERATRIZ CODINA SENIOR

recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación. En efecto, de conformidad con la sentencia de la Sala Plena del Consejo de estado del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039, M.-P. Nicolás Pájaro Peñaranda:

"...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." (Se resalta)

En desarrollo del anterior postulado expuesto por la Sala Plena, la Sección Segunda ha dicho:

"...

Aunque a primera vista se puede pensar que el cumplimiento de un horario es de suyo elemento configurativo de la subordinación transformando una relación que ab initio se consideró como contractual en laboral, lo cierto es

que en determinados casos el cumplimiento de un horario es sencillamente la manifestación de una concertación contractual entre las partes, administración y particular, para desarrollar el objeto del contrato en forma coordinada con los usos y condiciones generalmente aceptadas y necesarias para llevar a cabo el cumplimiento de la labor.

El sub lite se encuadra dentro de tal circunstancia, pues entre el libelista y la entidad accionada hubo una relación de coordinación, que no permite configurar la existencia de una subordinación, y por tanto, no hay lugar a deducir que en realidad se hubiera encubierto una relación laboral, aun cuando los otros dos (2) elementos, prestación personal del servicio y remuneración si se hallan suficientemente probados en el expediente.

..."(Sentencia de la Subsección "B", M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, del 19 de febrero de 2004, Exp. No. 0099-03

"..."

El artículo 32 de la ley 80 de 1.993 define y enuncia los diferentes contratos estatales, entre ellos el de prestación de servicios señalado en el numeral 3º, así:

"Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”
(Negrilla fuera de texto).

A su vez la corte Constitucional, mediante Sentencia C-154, 19 de marzo de 1997, señaló:

“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”.

Así mismo a través de Sentencia T-523/98, la corte constitucional manifestó lo siguiente:

“La administración pública, para el cabal cumplimiento de sus actividades administrativas y de funcionamiento, cuando las mismas no pueden llevarse a cabo con el personal vinculado a la respectiva entidad oficial, o requieren de un conocimiento especializado, tiene la facultad de celebrar los denominados contratos estatales de prestación de servicios contemplados en la legislación vigente (Ley 80 de 1.993, art. 32), los cuales presentan unas características especiales e inconfundibles con otras formas contractuales, como se destaca en la Sentencia C-154 de 1.997, en la cual se examinó la constitucionalidad de algunas expresiones contenidas en el numeral 3o. del artículo 32 de la Ley

80 de 1.993 "por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", y se expresó lo siguiente:

"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. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual "...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley."

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

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.

(...)

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.(negritas fuera del texto).

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."

Por otro lado, la corte Constitucional mediante Sentencia C-326/97 dispuso:

"a. El contrato de prestación de servicios

El contrato de prestación de servicios está definido en el numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación Administrativa, de la siguiente manera:

Artículo 32.

prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no pueden realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

Es pues un contrato con el Estado a través del cual se vincula una persona natural en forma excepcional, para suplir actividades o labores relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar actividades especializadas que no puede asumir el personal de planta; si bien con él se materializa una relación contractual entre la entidad estatal que contrata y la persona natural, relación que no admite el elemento de subordinación de parte del contratista, quien actúa como parte autónoma e independiente sujeta a los términos del contrato y de la ley contractual, las características de las labores que a ellos se encomiendan, que tienen una relación directa con el servicio público, exigen de la administración un minucioso control sobre sus calidades y condiciones, similar al que debe adelantar cuando selecciona a las personas que vinculará como servidores públicos.

La diferencia en la modalidad de vinculación, como contratistas o como servidores públicos, encuentra justificación en las necesidades mismas de la administración, no en la calidad y probidad de las personas, para una y para otra el Estado está en la obligación de seleccionar aquellas personas naturales que acrediten las mejores condiciones profesionales, éticas y morales, lo que hace indispensable que cuente con instrumentos técnicos eficaces para el efecto, como el formato único de hoja de vida y el correspondiente registro de

los mismos en el sistema único de información de personal, instrumentos que como tales bien pueden utilizarse para la selección de unos y otros, sin que ello implique que los primeros se confundan o asimilen con los segundos, o que las consecuencias jurídicas que se derivan de la vinculación como servidores públicos se extiendan a los contratistas, con lo cual se desvirtúa también la acusación de violación del artículo 122 de la C.P.; es decir, que el hecho de que un mismo instrumento de selección y control se utilice para unos y otros, de ninguna manera desvirtúa la condición de contratistas que tienen las personas que se vinculen a la administración a través de contratos de prestación de servicios, quienes, como lo ha dicho esta Corporación no son servidores públicos:

"...entre el contratista y la administración no hay subordinación jerárquica, sino que éste presta un servicio, de manera autónoma, por lo cual sus obligaciones son aquellas que derivan del contrato o de la ley contractual...no son destinatarios del régimen disciplinario las personas que están relacionadas con el Estado por medio de un contrato de prestación de servicios personales, por cuanto se trata de particulares contratistas y no de servidores públicos..." (Corte Constitucional, sentencia C-280 de 1996, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero)".

Es de anotar que mediante Sentencia C-614/09 la Corte Constitucional señaló:

"Diferencias en el tratamiento constitucional para la relación laboral ordinaria y para la vinculación contractual con el Estado.

En este sentido, es evidente que el Constituyente no estableció el mismo trato jurídico para la relación laboral y para la vinculación contractual por

prestación de servicios con el Estado, pues mientras que la primera tiene amplia protección superior la segunda no sólo no tiene ninguna referencia constitucional porque corresponde a una de las múltiples formas del contrato estatal, sino que no puede ser asimilada a la relación laboral porque tiene alcance y finalidades distintas. Así las cosas, desde la perspectiva constitucional no es posible erigir para la relación laboral con el Estado y para el contrato de prestación de servicios consecuencias jurídicas idénticas y las mismas condiciones de acceso a la función pública.

En desarrollo de lo dispuesto en la Constitución, el legislador definió el contrato laboral como “aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.. Esto significa que la relación laboral con el Estado, que surge de la relación legal y reglamentaria o del contrato de trabajo, no importa el nombre que las partes le den porque prevalece el criterio material respecto del criterio formal del contrato, tiene tres elementos que lo identifican: i) la prestación de servicios u oficios de manera personal, ii) la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y, iii) la contraprestación a los dos anteriores que se denomina salario. Por su parte, el contrato de prestación de servicios fue diseñado por el legislador como un contrato estatal que celebran “las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados//En ningún caso estos contratos generan

relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

En múltiples oportunidades, la Corte Constitucional ha resaltado las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral. Así, por ejemplo, en la sentencia que analizó la constitucionalidad del concepto legal de contrato de prestación de servicios, la Corte recordó sus características para efectos de distinguirlo del contrato laboral, así:

...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. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual "...Los particulares

pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”.

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.

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.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo”.

Ahora bien, la demanda adolece de defectos por no cumplir con requisitos formales. Pretende el pago de prestaciones sociales pero, a pesar de que en los hechos lo enuncia, en en la vía gubernativa, propuso el reclamo o la declaratoria de la existencia de una relación laboral, de la cual pudiera pretender se derivara el cobro de las mismas.

Pide que se realicen los aportes a la seguridad social, lo cual no es viable puesto que una eventual condena se haría a manera de indemnización y no de reintegro del trabajador, por lo tanto no hay lugar a acceder a la misma.

Nos oponemos a la prosperidad de las pretensiones igualmente en razón a la prescripción que se ha suscitado. La demandante solicita el pago de prestaciones sociales por el hecho de haber estado vinculada con CARDIQUE “desde el día trece (13) del mes de Mayo de 1.996, hasta el día cinco (5) del mes de Enero del año 2.004”, sin embargo, solo hasta el 18 de Mayo del 2012, más de seis años después, presentó la reclamación administrativa, sin pedir la existencia de relación laboral alguna, y por lo tanto, con ello y a esas alturas la acción estaría prescrita, conforme con lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1.968 que

indica: "las acciones que emanen de los derechos allí consagrados prescribe en tres años contados desde que la obligación se haya hecho exigible".

Para los años 2000 al 2004, el demandante junto con otras personas decidieron de manera libre conformar la **EMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO SERVICIOS GENERALES SERGEN** y el demandante trabajó para esta empresa y no para Cardique, por lo tanto cualquier relación o vínculo laboral lo debe reclamar ante tal empresa asociativa de trabajo y no a la entidad que represento.

VIII - APORTE DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

Junto con las pruebas documentales que se aportan con esta contestación se adjunta copia del expediente administrativo que contiene los antecedentes de la actuación objeto de este proceso.

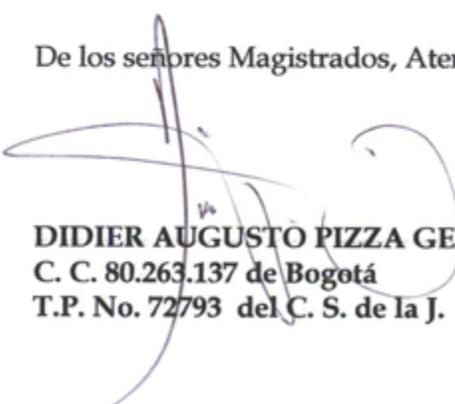
IX - NOTIFICACIONES

Al demandante en la dirección que informa su apoderado en la demanda.

Al representante legal en la sede de **CARDIQUE**, ubicada en el barrio El Bosque, isla Manzanillo. Transversal 52 N. 16 - 190, Cartagena.

Al suscrito en la calle Cochera del Gobernador, Edificio Colseguros, Oficina 307. Email: didierpizzagerena@yahoo.com Cartagena de Indias.

De los señores Magistrados, Atentamente.


DIDIER AUGUSTO PIZZA GERENA
C. C. 80.263.137 de Bogotá
T.P. No. 72793 del C. S. de la J.