



MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
COMANDO GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES
EJERCITO NACIONAL
DEPARTAMENTO JURÍDICO INTEGRAL
DIRECCIÓN DE DEFENSA JURÍDICA INTEGRAL



1

Doctora:

GLADYS JOSEFINA ARTEAGA DÍAZ

JUEZ TERCERO ADMINISTRATIVO DE MONTERÍA

E.

S.

D.



03 MAR 2020

REFERENCIA: 2019-378

ACTOR: GINA MARGARITA FERNANDEZ CAMPO

DEMANDADO: NACION- MINISTERIO DEFENSA – EJERCITO NACIONAL

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

MARCELA MARÍA MARÍN OTERO, abogada, identificada con la cédula de ciudadanía No 26.203.334 expedida en Montería (Córdoba), portadora de la Tarjeta Profesional No 168.449 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderada judicial de la **NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL** en oposición a las pretensiones del libelo, respetuosamente me presento a **CONTESTAR LA DEMANDA** en los siguientes términos:

I. PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

Se demanda al Ministerio de Defensa Nacional –Ejército con el fin de que se declare la Nulidad del Acto Administrativo mediante el cual se le negó el reconocimiento y pago de los derechos reclamados por la actora mediante derecho de petición a la entidad.

Respetuosamente me opongo a todas y cada una de las pretensiones así como a la estimación de la cuantía, por cuanto en el acto administrativo atacado, mediante el cual, se dio respuesta a la petición de reconocimiento y pago de acreencias laborales por los vínculos contractuales suscritos entre la demandante y la entidad demandada, se desconoce la existencia de relación laboral y se niega el pago de prestaciones sociales y demás emolumentos, carece de piso jurídico, no se encuentra soportado en hechos reales y no existe prueba que sustente sus pretensiones.

II. RAZONES DE DEFENSA

De conformidad con los argumentos expuestos a continuación, se entrará a establecer que el contenido del acto demandado no se encuentra viciado de nulidad, que por el contrario, se encuentra totalmente ajustado a derecho y en consecuencia, no existen razones fácticas ni jurídicas para acceder a las pretensiones de la demanda, por lo que me opongo a la prosperidad de las mismas, toda vez que la entidad demandada actuó en derecho conforme a la normatividad vigente en la materia, cancelando todos y cada uno de los valores adeudados como lo ratifican las liquidaciones efectuadas de acuerdo



profesionales, no existe relación laboral alguna con el contratista, por lo que no tiene derecho al pago de prestaciones diferentes a los honorarios pactados en el mismo.

Así mismo, estimo configuradas las excepciones de **I) inexistencia de relación laboral, contrato de prestación de servicios-ausencia de vinculación laboral y II) inexistencia de prueba del vínculo laboral.**

I) EXCEPCION DE INEXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL, CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - AUSENCIA DE VINCULACIÓN LABORAL.

De conformidad con lo expuesto por el H. Consejo de Estado, en sentencia de fecha noviembre 18 de 2003, expediente No. IJ-0039, actor. María Zulay Ramírez, se extrae con claridad que:

"(...) 1.- El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley.

2.- No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado¹ no puede en ningún caso conferir el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario.

3.- No existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público, la cual se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestaciones sociales.

La relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista que implica 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 recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

*También, 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 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**



Es decir, que en el presente caso para acreditar la existencia de la relación laboral, es necesario probar que el supuesto contratista se desempeñó en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público y que las actividades realizadas no eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales, pruebas de las cuales según se evidencia, se encuentran ausentes el expediente, siendo esto un argumento suficiente para despachar desfavorablemente las suplicas de la demanda.

II) EXCEPCIÓN - INEXISTENCIA DE PRUEBA DEL VÍNCULO LABORAL

De las pruebas allegadas el proceso se puede inferir que la demandante suscribió con la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, varios contratos de prestación de servicios.

De otra parte, es claro que no existe discusión en cuanto al pago de honorarios por concepto de las actividades pactadas en los respectivos contratos de prestación de servicio, en forma mensual, razón por la cual, sobre el particular, no será necesario seguir argumentando, pues los mismos son las condiciones del valor pactado y la forma de su recibo.

No obstante, es preciso tener en cuenta que la vinculación a través de contratos de prestación de servicios se diferencia del vínculo laboral por las siguientes razones:

- 1) Implica la ejecución temporal de una labor de manera independiente, esto es, sin subordinación, que se manifiesta a través de la sujeción a órdenes impartidas por un superior y horarios².

En el presente asunto, se tiene que de las pruebas aportadas y analizadas en conjunto a la luz de la sana crítica, la lógica y la razón, puede evidenciarse que la demandante ejerció su labor como PSICOLOGA para la Entidad en la modalidad de prestadora de servicios, no se puede afirmar que lo haya realizado en igualdad de condiciones a las de un servidor de planta, porque si bien es cierto la Entidad por su misma misión encomendada, tiene la necesidad de establecer turnos para la atención de sus usuarios, a fin de cumplir con el servicio, no es menos cierto que se pueda confundir esta actividad de coordinación de actividades entre contratante y contratista con la configuración de un elemento de subordinación, equiparándolo con el horario que en condiciones normales desempeña un funcionario de planta, que ejerce sus funciones en un horario normal.

Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista que implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual puede incluir el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de



sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

EL Consejo de Estado frente al tema ha dicho en múltiples pronunciamientos que para poder declarar la existencia contrato laboral realidad es necesario el reconocimiento de los elementos de aquella como son: (i) prestación personal del servicio; (ii) contraprestación –salario-; y (iii) subordinación.

Al respecto ha indicado³:

*"(...) El tema del contrato de prestación de servicios ha generado importantes debates judiciales; sobre el tema, la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997⁴, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, analizó la diferencia entre tal contrato y el de carácter laboral. Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestran los tres elementos que caracterizan una relación laboral, **pero de manera fundamental cuando se comprueba la subordinación o dependencia respecto del empleador**, evento en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación inicialmente del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, independientemente de la denominación jurídica que se le haya dado a dicha relación. Al respecto, esta Corporación en fallos como el del 23 de junio de 2005 proferido dentro del expediente No. 0245 por el Dr. Jesús María Lemos Bustamante, ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, pero en especial que se demuestre que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador. Tal tesis, se contrapone a la Jurisprudencia anterior en la que se sostuvo que entre contratante y contratista podía existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que concurra un sometimiento a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o de*

³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "B", C.P. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, 17 de marzo de 2011, Radicación número: 47001-23-31-000-2005-00818-01(1017-10); también se puede ver el pronunciamiento de esta Corporación, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "A", C.P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, 4 de marzo de 2010, Radicación número: 85001-23-31-000-2003-00015-01(1413-08).

⁴ "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



tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que ello signifique necesariamente la configuración del elemento de subordinación. Así se estipuló en sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039 M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda. El razonamiento fue replanteado por la Sección Segunda, que en fallos como el inicialmente citado del 23 de junio de 2005, volvió a la tesis primigenia que había sido trazada ya desde la sentencia del 18 de marzo de 1999, con ponencia del Magistrado Flavio Rodríguez Arce (Exp. 11722 – 1198/98). De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se recoge, que para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos inicialmente referidos, pero especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función pública en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales. (...). Se ha concretado el tratamiento jurisprudencial de los contratos realidad, de donde se concluye en cuanto a su configuración, que constituye un requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio (de manera permanente), la remuneración respectiva y especialmente 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 suscrito. **Así las cosas, la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación suscrita 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, lo que obliga al análisis del conjunto probatorio que acompaña el expediente en aras de establecer las condiciones reales de prestación del servicio en éste caso.**

Es decir, que para alegar la existencia del contrato realidad, primero es necesario acreditar que el contratista desempeñó la función pública en las mismas condiciones de subordinación y dependencia a las cuales se sujetarían cualquiera de los demás servidores públicos, que como ya lo he manifestado, no ocurre en el presente caso.



III. CASO OBJETO DE ESTUDIO

Del análisis de las pruebas PRESENTADAS CON LA DEMANDA dentro del proceso, se evidencia que no existió relación laboral de la contratista GINA FERNÁNDEZ y la entidad demandada, por cuanto la ejecución de dichos contratos fue bajo los principios técnicos de la autonomía e independencia de las labores descritas en cada contrato, además la parte actora no demuestra los extremos laborales, como tampoco los elementos esenciales para demostrar una relación laboral, encontrándose dentro del proceso nada diferente a lo pactado dentro de los contratos de prestación de servicios profesionales que además establecen dentro del objeto que el servicio prestado se desarrollara en forma independiente y con total autonomía técnica, administrativa, financiera por parte del contratista.

Sobre el particular la Corte Constitucional, se ha pronunciado en varias ocasiones por ejemplo a través de Sentencia C-326 de 1997 donde sostiene que:

"(...) el contratista persona natural pone a disposición de la entidad contratante su capacidad de trabajo para asumir funciones o tareas relacionadas con aquellas que por alguna razón no pueda realizar el personal de planta (...)"

Así mismo, la Ley 80 de 1993 en el numeral 3 del artículo 32 contempla la figura del contrato de Prestación así:

Artículo 32: *De los contratos Estatales. Son contratos todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)*

3º. Contratos 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 solo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializado.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral no prestaciones sociales.

Aquí se señala claramente que si dicho contrato es celebrado con personas naturales es porque en la entidad contratante no se encuentra una persona en la planta de personal idónea para realizar dicha labor, que para este caso fue lo que sucedió, tal como se expone en el ítem anterior. Además los contenidos de este artículo reiteran que en ningún caso genera relación laboral este tipo de contratos.

Por otro lado el Honorable Consejo de Estado en reciente sentencia proferida el 4 de



15), Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ., demandante - HERNÁN DE JESÚS GUTIERREZ URIBE, indica:

"(...) La Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997 analizó la diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, de la siguiente manera:

"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."

En ese orden, se tiene que el inciso 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no crea una presunción legal que permita considerar como laboral toda relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicio. Antes por el contrario, la disposición en cita de manera expresa estableció 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 (...)" (subrayado y negrillas propias)

Es así, como dentro de los contratos suscritos por la señora GINA MARGARITA FERNANDEZ no existió señalamiento alguno que dé a confusiones con una subordinación, solo se le encomendaba un objeto específico y unas obligaciones descritas que hacen relación a la ejecución de actividades COORDINADAS con el quehacer diario de la entidad, los cuales realizaba teniendo en cuenta sus conocimientos y los deberes que su profesión le exige, dando aplicación a los mismos de manera autónoma, sin que existiese en ningún momento subordinación, pues ella dentro de su ética y profesionalismo cumplía con su deber y sabía cuál era la función que debía realizar al momento de prestar el servicio en cada área donde era requerida, sin que por ello se pueda afirmar que recibía órdenes directas de cómo debía poner en marcha sus conocimientos profesionales, para los cuales había sido contratada por Contrato de Prestación de Servicios profesionales.

Aunado a lo anterior, dentro de los precitados contratos se estableció que los mismos



de caducidad, multas pecuniaria, modificación e interpretación unilateral, lo que permite tener por probado que a los susodichos contratos le es aplicable lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien sea menester indicarle al Honorable Despacho que de acuerdo con el anexo técnico al Decreto 3616 de 2015 "Por medio del cual se establecen las denominaciones de los auxiliares en las áreas de la salud, se adoptan sus perfiles ocupacionales y de formación, los requisitos básicos de calidad de sus programas y se dictan otras disposiciones", denominado "PERFILES OCUPACIONALES Y NORMAS DE COMPETENCIA LABORAL PARA AUXILIARES EN LAS ÁREAS DE LA SALUD", elaborado por el Ministerio de la Protección Social de acuerdo con las necesidades del Sistema de Seguridad Social en Salud, establece en sus artículos 3 y 4 lo siguiente

"(...) ARTÍCULO 3º.- PERSONAL AUXILIAR EN LAS ÁREAS DE LA SALUD. A partir de la entrada en vigencia del presente decreto, serán considerados como personal auxiliar en las áreas de la salud los siguientes:

- 1. Auxiliar en Salud Oral*
- 2. Auxiliar en Salud Pública*
- 3. Auxiliar en Enfermería*
- 4. Auxiliar en Servicios Farmacéuticos*
- 5. Auxiliar Administrativo en Salud*

ARTÍCULO 4º.- PERFILES OCUPACIONALES. Los perfiles ocupacionales para los auxiliares en las áreas de la salud de que trata el artículo anterior serán los señalados en el anexo técnico denominado "PERFILES OCUPACIONALES Y NORMAS DE COMPETENCIA LABORAL PARA AUXILIARES EN LAS ÁREAS DE LA SALUD", que forma parte integral del presente decreto y podrá ser actualizado por el Ministerio de la Protección Social de acuerdo con las necesidades del Sistema de Seguridad Social en Salud. (...)"

Ahora bien, de acuerdo con la misión encomendada a la Dirección de Sanidad Ejército, la cual es Garantizar la prestación de servicios integrales de salud en las áreas de promoción, prevención protección, recuperación y rehabilitación del personal del Ejército y sus beneficiarios, la entidad se ve en obligación de dar aplicación al numeral 3 del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, a la ley 1150 de 2007 y el Decreto 734 de 2012 estos dos últimos sostienen la posición establecida en la Ley 80 de 1993, manteniendo la modalidad de contratación Directa para celebrar contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión que solo puedan encomendarse a determinadas personas, con una especialidad.

No obstante y de acuerdo con la reiterada jurisprudencia al respecto se tiene que la determinación, por la entidad contratante, de ciertas labores a realizar en virtud del



de prestación de servicios indudablemente que tiene un objeto, no es posible aceptar que se realice una contratación de esta naturaleza para que el contratista realice lo que quiera, cuando quiera y como quiera, sino que tiene que estar sometido a unas pautas mínimas y esenciales relacionadas con el objeto contratado; éstas últimas no desvirtúan la clase de contratación, es por esto que en el caso de marras, con el fin de dar cabal cumplimiento a la misión encomendada de forma eficaz y eficiente, a través de los diferentes establecimientos de salud pertenecientes al subsistema de salud de las Fuerzas Militares, se tiene la necesidad de establecer turnos para la atención de sus usuarios, a fin de cumplir con el servicio, razón por la cual no se debe confundir la coordinación de actividades entre contratante y contratista que implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual puede incluir el cumplimiento de un turno, con la configuración de un elemento de subordinación.

Sobre el tema en cuestión el H. Consejo de Estado, en la sentencia de la Sala Plena del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039, M.-P. Nicolás Pájaro Peñaranda manifestó al respecto:

"(...) 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." (Subraya Entidad Demandada.).

Es decir, que para acreditar la existencia de la relación laboral, es necesario probar que el supuesto contratista se desempeñó en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público y que las actividades realizadas no eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales, situación que no demostró la parte demandante.

Ahora bien, nótese que respecto a las pruebas que anexa la parte actora con el escrito de demanda, no se observa en ningún momento que la entidad le está emitiendo ordenes de subordinación particulares a la señora FERNÁNDEZ, no se puede presumir que por ese solo hecho exista entre dicha Unidad Militar y la antes mentada, una relación laboral.



la demanda, por lo tanto, la relación alegada no se le puede imputar a la Entidad demandada, ya que es dable admitir, que puede existir un defecto fáctico que impide deprecar la responsabilidad administrativa solicitada en la demanda, además que acceder a un derecho que no está debidamente probado y que designa alguna indemnización provocaría que esa persona se enriqueciera injustamente.

LEGALIDAD DEL ACTO DEMANDADO.

Pretende la demandante la nulidad del acto demandado, toda vez considera que el mismo vulneró derechos constitucionales y legales, por cuanto con el denominado contrato de prestación de servicios se quiso evadir el real vínculo laboral existente entre la actora y la entidad aquí demandada.

Al respecto, sea lo primero aclarar que la actora no se encontraba ni se encontró inmersa en una relación laboral, por las características del contrato de prestación de servicios profesionales suscrito, pues debe tenerse en cuenta la temporalidad del mismo y que este obedeció al cubrimiento de una necesidad concreta de la administración.

Así mismo, la entidad tal como se observa de los contratos allegados en la contestación, celebró debidamente varios contratos de prestación de servicios profesionales por la ejecución de las actividades a desarrollar como PSICÓLOGA, para el Establecimiento de Sanidad N°11 del Ejército Nacional, ante la ausencia de dicho personal en la planta de este Establecimiento de Sanidad Militar y conforme lo normado en los estatutos de contratación estatal.

En virtud de ello, pactaron unos honorarios totales, incluidos los descuentos de ley, suma pagadera por periodos mensuales vencidos, de acuerdo con los informes de gestión firmados por el supervisor del contrato y presentación de las constancias de pago al Sistema de Seguridad social en Salud y pensión. Las cuales evidentemente le correspondía asumir a la actora no siendo ello obligación de la entidad de conformidad con la normatividad vigente.

En efecto, Dicha contratación se llevó a cabo bajo los parámetros de la Ley 80 de 1993, por un tiempo determinado y excluido la relación laboral, con plena autonomía técnica y administrativa del contratista, sin relación de subordinación o dependencia.

En consecuencia, la demandante no puede ser considerada trabajadora oficial o empleada publica, pues no se vinculó para desempeñar cargo alguno, sin que existiera una subordinación y continuidad en la contratación; además como ya se manifestó se trató de una contratación dada por las necesidades que en ese momento tenía el Establecimiento de Sanidad N° 11 del Ejército Nacional, por la contratación



Todo lo anterior, sumado a la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos, en virtud del cual, en principio, todos los actos emanados de la administración se encuentran ajustados a derecho, consagrada actualmente en el artículo 88 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A), y jamás fueron tachados por la demandante.

"(...) Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar. (...)"

En reciente sentencia del Tribunal Administrativo de Boyacá - Sala de Decisión No. 5, Magistrado Ponente: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS, de fecha 16 de diciembre de 2014, Demandante: JENNY LISCET ROJAS RUSINQUE, Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL EJERCITO NACIONAL- DIRECCION DE SANIDAD, Radicado: 15001 2333 002 2013 00845-00, se resolvió no acceder a las pretensiones de la demandante entre otros por las siguientes razones:

"(...) Así las cosas, considera la Sala que no se demostraron la totalidad de los elementos de la relación laboral, en consideración a que, tal y como se expuso, las pruebas aportadas no dan certeza sobre la supuesta subordinación a la que se encontraba sometida la demandante en el cumplimiento de la obligaciones para las que fue contratada, situación que, de contera, conlleva a la improcedencia de ordenar dentro de ésta decisión el pago integral de las prestaciones sociales cuyo reconocimiento fue alegado por la demande la demandante, pues como se indicó, la existencia del contrato realidad no fue acreditada.

En lo que atañe a la pretensión de reintegro, ha de indicar la Sala que la misma tampoco puede prosperar, pues aun en el evento de haberse acreditado la existencia de una relación laboral, lo cierto es que, de acuerdo a lo sostenido por el Consejo de Estado, no puede haber reintegro alguno en los casos en los que el cargo contratado por medio de orden de prestación de servicios no haga parte de la planta de personal, ni de la estructura interna de la Entidad demandada⁵, situación que, como ya se mencionó, no fue acreditada en ésta oportunidad.

Finalmente, respecto a la pretensión encaminada al reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa, encuentra la Sala que no hay lugar a acceder a su reconocimiento, tomando en consideración que aun de existir un contrato realidad entre demandante y demandada, la figura en mención es



propia de aquellos contratos de trabajo que se celebran bajo los parámetros del derecho privado y en consecuencia no puede ser aplicada al asunto que aquí se debate; ahora bien, el Consejo de Estado, en aquellos casos en los cuales se logra establecer la existencia de una relación laboral entre demandante y demandada, ha sostenido que como restablecimiento del derecho, se debe reconocer al afectado aquellas prestaciones sociales que debió haber percibido durante el periodo en el cual hubiese prestado sus servicios, sumas pagadas a título de indemnización, pero no ha señalado que como consecuencia de la declaratoria de contrato realidad se pueda reconocer la existencia de despido sin justa causa o menos aun que se deba indemnizar tal circunstancia.

Sea éste el momento para memorar que La carga de la prueba, según las prescripciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), corresponde a las partes.

Ciertamente, de una parte, el inciso final del artículo 103 del citado estatuto dispone que quien acuda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en ese código; a la vez, el artículo 162 prescribe que el demandante debe pedir las pruebas que pretenda hacer valer, al presentar la demanda, en tanto que el demandado debe pedir las al contestarla, según lo ordena el artículo 175, además, para que las pruebas sean apreciadas por el juez deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en ese código. De otra parte, en virtud de lo dispuesto en el arto 167 del CGP, aplicable por expresa remisión del artículo 211 del CPACA, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, por lo que es carga de la parte actora probar que la existencia de la relación laboral que persigue sea declarada en la demanda, y en esa allegar todos los elementos de convicción que permitan al juez al juzgador concluir que efectivamente existe una violación que amerite la anulación de los actos frente a los cuales se alega el quebrantamiento.

En suma, al no acreditarse los supuestos facticos señalados por la demandante, procederá la Sala a despachar de manera desfavorable las pretensiones de la demanda.(...)"

LEGALIDAD DE LA CONTRATACION CON LA DEMANDANTE Y LA NO VULNERACIÓN DE NORMAS CONSTITUCIONALES NI LEGALES

AUSENCIA DE CAUSALES DE NULIDAD

No puede olvidarse que en términos generales, la nulidad de un acto procederá cuando



con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió; presupuestos conocidos como causales de nulidad, cuya existencia es imprescindible para declarar o no la nulidad del acto demandado.

Con base en lo cual debemos precisar que el acto demandado no es nulo, pues no se evidencia a su alrededor ninguna de las citadas causales.

La doctrina administrativa determina que para que se configure el denominado “Desvío o Desviación de poder” es menester que la Administración Pública en el ámbito de sus competencias, no importa en cabeza de quién esté, tenga la intención de tomar una decisión, que se adopta persiguiendo un fin diferente del previsto por el legislador al otorgarla. Fines que han sido considerados por la doctrina y jurisprudencia administrativa, como aquellos que atañen a propósitos económicos, partidistas o ideológicos que en nada se presentan en el asunto que hoy se debate.

Tampoco se observa que en el supuesto acto demandado exista una “Falsa motivación”, por cuanto se cumplieron cabalmente los requisitos de ley para haber tomado la presunta decisión, es decir, no se puede hablar que el oficio en cuestión estuviera indebidamente motivado ya que se debió proferir con la existencia de los motivos legales previstos y con sujeción estricta de la ley.

Sobre el tema el tratadista Jaime Vidal Perdomo en su libro de Derecho Administrativo ha expresado lo siguiente:

“(..) No existe norma legal alguna que establezca concretamente, como causal de nulidad, su falsa o errónea motivación ... el apoyo de la doctrina sobre la falsa motivación solo puede buscarse en el abuso o desviación de las atribuciones del funcionario o la Corporación, pero es claro que el demandante –en estos casos u otros similares- tendrían que demostrar ese abuso o desviación de poder, por lo cual si esa prueba no existe en el informativo –como no existe en el caso sub judice- la acción no puede prosperar(...).”

Entonces, crear controversias jurídicas a partir de simples “supuestos” que subjetivamente sean calificados como desviaciones de poder o falsas motivaciones, se convierte en situaciones que desgastan la Administración pública.

DE LA CARGA DE LA PRUEBA

En relación con la carga probatoria el Honorable Consejo de Estado ha manifestado:



observa que en el presente caso la parte actora no asumió la carga probatoria que le correspondía. No debe olvidarse, que es un principio de derecho probatorio, en el que para lograr que el juez dirima una controversia de manera favorable a las pretensiones o desfavorables a las razones de defensa del ente demandado, es menester demostrar en forma plena y completa los actos o hecho jurídicos de donde procede el derecho, o nace la obligación, máxime si ninguna de las partes goza en el proceso colombiano de un privilegio especial, de que se tengan por ciertos los hechos enunciados en su escrito, sino que cada una de estas deberá acreditar sus propias aseveraciones. Todo esto en virtud también de que el art. 177 del C. De P. Civil, que consagra el principio de la carga de la prueba, terminantemente nos dice que "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que de ellas se persiguen...."

(.....)

Siendo así las cosas por deficiencia probatoria no es posible atribuir responsabilidad alguna a la administración pública pues es necesario demostrar cual fue la actividad del ente demandado que guarde estrecho nexo de causalidad con el daño antijurídico, y en razón a la misma de la imputación del daño.

En esta tesis ha venido siendo reiterativa por la misma corporación así:

"(...) Al respecto no debe olvidarse que la carga de la prueba es una regla de nuestro derecho probatorio consagrada en el artículo 177 del C. De P. Civil, de acuerdo con el cual "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ella persiguen..." dicho en otra palabras para lograr que el juez dirima una controversia de manera favorable a las pretensiones, le corresponde al interesado, esto es, al demandante, demostrar en forma plena y completa los actos o hechos jurídicos de donde procede el derecho o nace la obligación, máxime si ninguna de las partes goza en el proceso colombiano de un privilegio especial que permita tener por ciertos los hechos simplemente enunciados en su escrito, sino que cada una de ellas deberá acreditar sus propias aseveraciones...."

Para el caso concreto, se hace necesario tener como referencia lo manifestado por el Honorable Consejo de Estado en reciente sentencia proferida el 4 de Febrero de 2016, dentro del proceso radicado 05001-23-31-000-2010-02195-01(1149-15), Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ., demandante - HERNÁN DE JESÚS GUTIERREZ URIBE, indica:

"(...) En contraste de lo que sucede en los contratos de prestación de servicios regidos por el sistema de contratación estatal, en materia de



señala lo siguiente: "ARTICULO 24. PRESUNCION. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo." Nótese como la norma trascrita crea una presunción legal que permite considerar como laboral toda relación personal de trabajo, de modo que, en las relaciones particulares o de derecho laboral ordinario, el trabajador lleva una ventaja inicial, trasladándose la carga de la prueba al contratante quien frente a una demanda laboral tendrá la carga de desvirtuar la presunción legal existente en favor del trabajador, **presunción no consagrada en los contratos de prestación de servicios regulados por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, quedando en cabeza del contratista el deber de probar los elementos esenciales y configurativos de la relación laboral cuando se exija judicialmente la aplicación de la primacía de la realidad sobre las formalidades.(...)"** (subrayado y negrillas propias)

Cabe recordar que la carga de la prueba consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes las responsabilidades que tiene para los hechos que sirven de sustento a las pretensiones o a la defensa resulten probados; en este sentido, en relación con los intereses de la parte demandante debe anotarse que quien prepara la demanda sabe de antemano cuales hechos le interesa que aparezcan demostrados en el proceso que guarden el necesario nexo de causalidad con el daño y permita imputarle la responsabilidad a aquel, situación que no se dio en el sub lite.

IV. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS HECHOS

A los hechos 1 al 4: Frente a éstos hechos, la entidad que represento acepta parcialmente lo dicho por el actor, ya que si bien es cierto y se encuentra demostrado, la señora GINA MARGARITA FERNÁNDEZ suscribió contratos de prestación de servicios para desempeñar actividades propias de su profesión con la entidad, no es cierto que ésta estuviera subordinada y recibiendo ordenes de personal militar o civil de la entidad.

Aunado a ello, nunca se pactó un lugar en específico para la ejecución del contrato, pero sí se indicó que prestaría sus servicios al Dispensario Médico 1023, el cual tiene su sede principal en la ciudad de Montería, sin desconocer que como se trata del encargado de prestar los servicios médicos al personal militar que la Brigada 11, también tiene consultorios médicos y administrativos en zonas en donde existen unidades tácticas (batallones), como lo es, el municipio de Tierralta.

Luego entonces se injiere que al contratar con la entidad para prestar los servicios profesionales de psicóloga, para el personal militar de la Brigada 11, esto cobija a los todos los batallones que pertenecen a la unidad operativa en mención. Situación que fue puesta en conocimiento a la demandante antes de la firma del primer contrato, y a la que nunca se opuso, pues durante varios años se trasladó hacia el Biter 11 sin



Al hecho 5: Frente a éste hecho la entidad que represento considera que no se tenía la obligación legal de aportes en seguridad social de la señora FERNANDEZ, pues como se ha venido indicando, no hace parte del personal de planta de la entidad, sino que era una contratista a la que le correspondía sufragar dichos gastos por cuenta propia, pues así se estipuló en el contrato. Con respecto a las pólizas a las que hace mención, no son gastos inventados por la entidad, son requerimientos legales que debía cumplir.

Al hecho 6: La entidad que represento no acepta éste hecho, puesto que a la señora GINA no se le impuso un horario para cumplir su labor, lo que se realizó fue un acuerdo de prestación de sus servicios, para que éste pudiera ser prestado a los usuarios de manera eficaz, es decir; se hizo una coordinación para que ella prestara el servicio en horas en la que los usuarios pudieran necesitarlo, sin que ello constituya una subordinación, pues nunca recibió órdenes de militares u otro personal del dispensario médico. No se acepta el dicho de la parte actora en cuanto a que la demandante tuviera que prestar sus servicios como psicóloga a altas horas de la noche, es una aseveración de carácter personal que deberá demostrar dentro del debate probatorio.

Al hecho 7: No acepto éste hecho, a la señora GINA FERNÁNDEZ nunca se le asignaron tareas o actividades para realizar, con ella se llegó a un acuerdo para tener al personal militar reunido y que pudiera dictar charlas.

Tal y como se indica en el escrito de demanda, según las circunstancias de modo, tiempo y lugar era como se ejecutaba el contrato, sin que existiera una subordinación, pues era un acuerdo entre la profesional y la entidad para que el contrato cumpliera con el objeto contratado.

Las demás aseveraciones realizadas por la parte actora, son de carácter subjetivo, carentes de medio probatorio que puedan generar certeza de lo dicho, por lo tanto están sujetas a ser debidamente probadas en el desarrollo procesal.

Al hecho 8: La entidad que represento no acepta éste hecho. La demandante duró 2 años prestando servicios profesionales para el Batallón Biter 11, y se le suministraba una habitación los días que decidía pernoctar en dicha unidad militar, así como los alimentos que requería, no quiere decir esto; que estuviera viviendo durante 2 años en la unidad militar, pues en razón a que es una civil y la misma situación de orden público que ella declara en la demanda, no es permitido que dure por un espacio de tiempo tan prolongado.

Al hecho 9: Desconoce esta entidad los medios de transporte y accidentes que haya tenido la demandante, pues nunca se le sugirió trasladarse en motocicletas, y como quiera que los contratos suscritos con ella eran de prestación de servicios, se encontraba en libertad de circular en los medios de transporte que ella considerara



Al hecho 10: La entidad accionada no acepta éste hecho, pues se tratan de aseveraciones de tipo personal; carentes de material probatorio que puedan dar certeza de su dicho, por lo tanto están supeditadas a ser debidamente probadas en el debate procesal.

Deberá entonces demostrar el extremo accionante, que todas las aseveraciones planteadas en este hecho, son reales, y no producto de su imaginación.

Al hecho 11: Técnicamente para ésta defensa, el dicho de la parte activa no constituye un fundamento fáctico que requiera ser debatido, pues consideramos que es una conclusión propia de un alegato y no de un hecho, por lo tanto no se hace un pronunciamiento expreso, pues en los argumentos jurídicos de ésta contestación se da la explicación de por qué no le asiste el derecho a la demandante.

Las demás son aseveraciones personales que no gozan de prueba alguna que permita establecer su certeza.

A los hechos 12 al 15: La entidad Castrense no acepta éstos hechos por las siguientes razones:

Como ya se ha venido sosteniendo repetitivamente en el transcurso de éste escrito, la relación entre mi mandante y la señora GINA FERNÁNDEZ no fue de carácter laboral, sino CONTRACTUAL, por lo que no existía la obligación por parte de mi defendida a que se le realizaran "exámenes médicos de egreso", pues en caso de necesitarlos, eso le correspondería a su ARL y no al Ejército Nacional.

Por otro lado, si es así como lo manifiesta la parte activa, que la señora GINA FERNANDEZ sufrió un "accidente de trabajo", debió reportarlo de manera inmediata a su ARL y no lo hizo, omitiendo la obligación que tenía de hacerlo.

Es apenas obvio que viendo la naturaleza del contrato, la señora FERNANDEZ por cuenta propia buscara los servicios médicos, pues la entidad no podía realizar actos que hicieran parecer una relación laboral como la que está planteando en este caso.

Las demás son aseveraciones de índole personal que deberán ser demostradas en debida forma durante el proceso.

Al hecho 16: Técnicamente para ésta defensa, el dicho de la parte activa no constituye un fundamento fáctico que requiera ser debatido, pues consideramos que es una conclusión propia de un alegato y no de un hecho, por lo tanto no se hace un pronunciamiento expreso, pues en los argumentos jurídicos de ésta contestación se da la explicación de por qué no le asiste el derecho a la demandante.

Las demás son aseveraciones personales que no gozan de prueba alguna que permita establecer su certeza.



Al hecho 17: No acepto éste hecho, son afirmaciones de índole personal que no gozan de prueba alguna que permita establecer su certeza, por lo tanto están supeditadas a ser debidamente probadas.

Al hecho 18: No es cierto que la demandante haya presentado “renuncia” alguna, pues lo que sucedió en ese momento, teniendo en cuenta la naturaleza de su contrato, fue una terminación bilateral del contrato, puesto que la entidad le aceptó los argumentos que ella expuso para no continuar brindando sus servicios profesionales al dispensario médico 1023.

Al hecho 19: La entidad que represento acepta que nunca se le pagaron los emolumentos aludidos por la parte activa, pues no existía la obligación legal de mi defendida en hacerlo por lo que reiterativamente he venido sosteniendo: no existió un contrato laboral.

A los hechos 20 y 21: La entidad no acepta éste hecho y deberá ser demostrado en el debate probatorio.

PETICION

De conformidad con los argumentos expuestos solicito a la H. Corporación se nieguen las pretensiones de la demanda.

ANEXOS

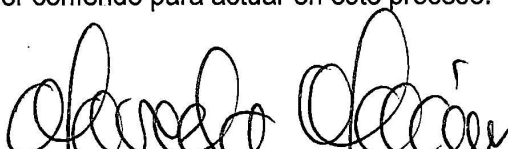
Poder para actuar y sus respectivos anexos.

NOTIFICACIONES:

El señor Ministro de Defensa Nacional, las recibirá en la Secretaria General del Ministerio de Defensa Nacional, ubicada en el Centro Administrativo Nacional CAN, en la ciudad de Bogotá D.C, como apoderada las recibiré en la Secretaria de su despacho o en la Oficina Jurídica de la Dirección de Defensa Jurídica Integral de Ejército Nacional DIDEF, ubicada en las instalaciones de la XI Brigada del Ejército Nacional, Vía Sierra Chiquita – Montería, Celular 3002098563. Correo: marcemar8322@hotmail.com.

Sírvase reconocermé personería para actuar, dentro del presente proceso, de conformidad con el poder conferido para actuar en este proceso.

Atentamente,


MARCELA MARIA MARIN OTERO