



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

TRASLADO DE EXCEPCIONES

RADICACIÓN : 13001-33-33-005-2012-00147-00
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE : TELVINA BERBECIN QUIROGA
DEMANDADO : DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS

Teniendo en cuenta lo establecido en el parágrafo 2° del art. 175¹ de la ley 1437 de 2011 (CPACA), se corre traslado a la contraparte de las excepciones propuestas por la entidad accionada en su contestación, por el termino de tres (03) días en un lugar visible de la oficina de apoyo de los Juzgados Administrativos de Cartagena y en la página web de la Rama Judicial. www.ramajudicial.gov.co

DÍA DE FIJACIÓN : Veintiuno (21) DE OCTUBRE DE 2013
EMPIEZA TRASLADO : Veintidós (22) de Octubre de 2013, a las 8:00 a.m.
VENCE TRASLADO : Veinticuatro (24) de Octubre de 2013, a las 5:00 p.m.

Luis Eduardo Torres Luna
Secretario

CLAUDIA PATRICIA BANQUEZ BOSSA
ABOGADA

SEÑORES

JUZGADO QUINTO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
Att. Dra. MARIA MAGDALENA GARCÍA BUSTOS
E.S.D



RECIBIDO 25 SEP 2013

REF. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ACCIONANTE: TELVINA BERBECIN QUIROGA

ACCIONADO: DISTRITO DE CARTAGENA

RADICADO: 13001333300520120017400

CLAUDIA PATRICIA BANQUEZ BOSSA, abogada titulada y en ejercicio, identificada como aparece al pie de mi correspondiente firma, en mi calidad de apoderada judicial del **DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS**, conforme al poder que me fue otorgado por el Dr. JORGE ELIECER RODRIGUEZ, en su condición de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, en uso de la delegación para representar judicialmente a la entidad que le fue conferida mediante el Decreto 0228 de 2009, mediante el presente escrito me dirijo a usted dentro del término legal, con el objeto de contestar la demanda, bajo las siguientes consideraciones:

I. TEMPORALIDAD DEL ESCRITO

La presente acción fue notificada mediante correo electrónico con fecha 10 de julio de 2003. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 172 y 199 del CPACA, el término del traslado es de 30 días, el cual sólo comenzará a correr al vencimiento del término común de 25 días después de surtirse la última notificación; razón por la cual contando desde aquella fecha hasta el día de hoy se colige que la presente contestación se incorpora al expediente dentro de la oportunidad legal.

II. PRONUNCIAMIENTO EN CUANTO A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA: DECLARACIONES Y CONDENA

Me opongo a cada una de las pretensiones incoadas en la presente demanda por carecer de cualquier fundamento de orden legal y factico. En consecuencia solicito se absuelva al DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL CARTAGENA DE INDIAS de todo cargo y condena de conformidad con lo esbozado en la presente contestación.

III. PRONUNCIAMIENTO EN CUANTO A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

AL PRIMERO: Es cierto, cabe aclarar que la señora TELVINA BERBECIN QUIROGA, prestó sus servicios profesionales a través de órdenes de servicio a partir del 20 de marzo de 1998, es decir que la calidad que ostentaba la accionante era la de contratista.

AL SEGUNDO: No me consta esta aseveración, deberá ser probada por la demandante con los medios procesales pertinentes y conducentes

AL TERCERO: No me consta, por no estar acreditado en el expediente, que se pruebe con los medios probatorios pertinentes y conducentes, por la parte accionante, cabe destacar que existen criterios subjetivos del actor al referirse a este hecho.

AL CUARTO: No me consta, por no estar acreditado en el expediente, que se pruebe con los medios probatorios pertinentes y conducentes, por la parte accionante

AL QUINTO: No es cierto este hecho, se aclara que la señora TELVINA BERBECIN QUIROGA nunca tuvo una relación laboral con el Distrito de Cartagena- Secretaria de Educación Distrital, su vinculación fue bajo la modalidad de orden de servicio, en consecuencia no hay lugar a pago de prestaciones sociales.

AL SEXTO: No es cierto, no tiene asidero jurídico este criterio del accionante como quiera que una de las razones que fundamenta el actuar de la administración, al contratar por órdenes de servicio, consiste en la legalidad que brinda el numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios siendo este el verdadero fin de la administración y razón que justificó su actuar, en ese sentido se debe presumir que la entidad hoy demandada actuó conforme al principio de la buena fe y no como lo pretende interpretar la defensa de la actora.

AL SÉPTIMO: No es un hecho es un apreciación jurídica del apoderado del actor, que debe ser probado por la demandante y con los medios probatorios pertinentes y conducente, la administración actuó conforme al principio de la buena fe de acuerdo a los criterios legales existentes para cumplir con los fines del Estado. Así lo contempla el artículo 3 de la ley 80 de 1993

2

AL OCTAVO: No es un hecho es una cita que hace el actor, en ese sentido hay fallos que indican el fundamento de los contratos de prestación de servicio y su viabilidad, fallos que expondré en las razones de la defensa, la actora tuvo la calidad de contratista.

AL NOVENO: Es cierto

AL DÉCIMO: Es cierto parcialmente, en cuanto fue respondida la petición mediante oficio No SED 2012-EE 3324 de fecha 23 de abril de 2012, no es cierto lo que manifiesta el actor que no ha sido notificado la decisión como quiera que en su petición indicó una dirección de notificaciones incluyendo la de su apoderada, la Dra. Irina Cuadros quien poseía facultad para notificarse de la misma en su dirección de oficina

AL DÉCIMO PRIMERO: Es cierto, se aclara que la reclamación la presentó la Dra. Irina Cuadros Monsalve abogada de la señora Telvina Berbecin Quiroga y en ese sentido se le dio respuesta a su solicitud ETX AMC 120018005, mediante oficio No SED-2012-EE3324, si la misma quería interponer algún recurso o se encontraba inconforme con la solicitud y el hecho que la respuesta indicara que se encontraba agotada la vía gubernativa, como apoderada de la misma hubiere interpuesto el respectivo recurso de reposición contra la misma.

Es importante destacar concepto 013 , Abril 11 de 2006 Radicación 2-2006-15973 Subdirector de conceptos Alcaldía de Bogotá¹, sobre el recurso de apelación en vía gubernativa :

"... De otro lado, debe precisarse frente al recurso gubernativo de apelación, que el principio constitucional a la doble instancia se predica obligatoriamente respecto de las sentencias judiciales en materia penal y no de los actos de la Administración, en concordancia con el artículo 31 de la Carta. Más aún, en éste artículo la Constitución prevé que la regla de la doble instancia no es absoluta, pues admite las excepciones que estipule la ley al respecto...

....

Por lo demás, es de advertir que las consideraciones anteriores han sido expuestas en asuntos similares tanto en relación con la Secretaría de Educación¹ como con otras Entidades Distritales y guardan coherencia con pronunciamiento del Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá DC, en sentencia de segunda instancia, dentro de la acción de tutela instaurada por la Señora Adelaida Gómez Lizarazo en contra de la Alcaldía Mayor de Bogotá, por no haber resuelto un recurso de apelación que la misma había interpuesto en contra de una Resolución proferida por el Secretario de Salud Distrital en ejercicio de las funciones de control y vigilancia del Sistema de Salud en el Distrito Capital asignadas en este Despacho por el ordenamiento jurídico.

En aquella oportunidad precisó el referido Juzgado:

"(¿) el principio de la doble instancia no es absoluto de ahí que no sea del radio esencial del derecho al debido proceso, ya que el único evento en que la apelación constituye un medio de defensa ineludible y garantista del derecho a la defensa es en relación con la sentencia condenatoria en materia penal, así lo ha reiterado la Corte Constitucional al exponer en sentencia C-054 de 1997 que "el principio de la doble instancia se refiere a las decisiones judiciales definitivas y no a las actuaciones administrativas, pues salvo casos expresamente señalados, como las sentencias penales condenatorias y las de tutela, la Constitución no establece de manera general que las decisiones judiciales o administrativas tengan que ser objeto de una segunda instancia". Aparte Subrayado y en negrilla fuera de texto

3

AL DECIMO SEGUNDO: Es cierto.

IV. RAZONES DE LA DEFENSA QUE FUNDAMENTAN LA OPOSICION A LAS PRETENSIONES

4.1. FUNDAMENTO FACTICO- JURIDICO FRENTE A LA POSICIÓN DE LAS ALTAS CORTES

Pretende la parte accionante en síntesis que la entidad accionada Distrito de Cartagena Secretaria de Educación Distrital, declare la nulidad de la decisión administrativas contenidas en el oficio No SED-2012-EE 3324 de fecha 23 de abril de 2012 y en virtud de ello se reconozca la existencia de la relación laboral, que se

¹ <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22176>

53

le liquide y pague prestaciones y acreencias laborales correspondientes a la relación laboral.

Sabemos que la calidad que ostentaba la demandante, frente a la administración era la de contratista, derivada de la ejecución de órdenes de trabajo, se considera que lo pretendido no es jurídicamente posible, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones jurídicas y fácticas.

Es importante aclarar que frente a las reclamaciones planteadas, no se debe perder de vista, que la modalidad del vínculo contractual existente entre las partes, se encuentra soportado jurídicamente en el artículo 32 de la ley 80 de 1993 que establece:

"... ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales 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. Contrato de Prestación de Servicios.

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

A la luz de lo dispuesto por la legislación vigente, se establece que el propósito que conlleva la redacción normativa o el espíritu de la norma, no es otro que el de desarrollar acciones que tengan nexo de causalidad con la actividad que cumple la entidad pública que se beneficia de la prestación del servicio. En esta medida, podemos establecer, que la vinculación que deviene de un contrato de prestación de servicios, es esencialmente diferente a la que se origina de una relación laboral subordinada, como la existente entre los empleados públicos y la administración.

4

En el contrato de prestación de servicios, no existe subordinación, ni reconocimiento de salario, ni hay lugar al pago de prestaciones sociales. Y en la vinculación, mediante un acto legal y reglamentario, se está frente a una relación de dependencia y subordinación, en la que es requisito de la esencia el reconocimiento de una asignación salarial y ser sujeto de ciertas responsabilidades taxativamente señaladas en la ley, acarreado su inobservancia falta disciplinaria.

Se concluye de lo enunciado, que al servidor público le es reconocida una asignación salarial, mientras que al contratista se le pagan honorarios, erogaciones pecuniarias que tiene origen en actos diferentes, en el primer caso, en la subordinación y dependencia a la administración traducida a una relación de índole laboral, y en el segundo como resultado de una cuerdo de voluntades en igualdad de condiciones. Se considera que un contratista no puede ser titular de derecho a una asignación, por cuanto y en forma concordante con el concepto enunciado- esta solo se predica de funcionarios públicos, y el primero carece de dicha calidad, lo que hace que no le sea aplicable el régimen propio del servidor público.

Al respecto es importante destacar la posición del Consejo de Estado, quien se ha pronunciado, citando la sentencia de la corte constitucional C-555 de 1994

"... 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 esta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales. Y es finalmente, inaceptable, que se sostenga que no existe diferencia entre los efectos de un contrato de prestación de servicios como el del sub-lite y los de una situación legal y reglamentaria con base en que tanto los contratistas como quienes se encuentran incorporados a la planta de personal se hallan en las mismas condiciones. Y a este yerro se llega porque no se tiene en cuenta cabalmente que el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir " el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario: El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal..." Apartes subrayado y en negrilla fuera del texto.

5

Teniendo en cuenta lo anterior se encuentra que el querer de la administración al momento de llevar a cabo la suscripción de la orden de servicio que en su

55

momento rigió la actividad de la actora, no fue otro que el cubrir la necesidad administrativa por ausencia de personal de planta, que se requería para evitar la parálisis del servicio, como contempla lo arriba citado, igualmente cuando se ha explicado por la corte constitucional que los citados elementos son esenciales o sustanciales sin los cuales no es posible que se dé la situación legal y reglamentaria, ni es factible que se puedan pagar prestaciones sociales a quienes desarrollan la labor, ni tampoco sumas equivalente a ellas, porque no se reúnen las exigencias *ads substantiam* para que se adquiriera la condición de empleado público.

En consecuencia son improcedentes las pretensiones presentadas, más aun cuando no es posible afirmar que la administración oculte una relación contractual de trabajo con el actor en su innata condición de particulares. En esta forma es claro entender que la relación existente entre la demandante y la Secretaria de Educación Distrital, fue a través de Contrato de Prestación de servicio, permitido por la ley y no genera relación laboral, prestando servicio como Auxiliar de servicios generales.

Al respecto es importante destacar la posición del Consejo de Estado y se acogen los planteamientos en cuanto a los contratos de prestación de servicios se refiere, en decisión adoptada de fecha 7 de octubre de 2010, **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "B" CONSEJERA PONENTE: BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ REF.: EXPEDIENTE No. 150012331000199901691-01 No. INTERNO: 10-0729 Actora: LUZ MARINA LARA PATARROYO**

"... JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La Corte Constitucional, en sentencia C- 154 de 1.997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, estableció las diferencias entre el contrato de carácter laboral y aquel de prestación de servicios, así:

6

"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."

Lo anterior significa, que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política.

La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido.

Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues,

según lo ha dicho el Consejo de Estado, tal calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

"Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público 1 (1. Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda)

Al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado, en decisión adoptada el 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Actora: María Zulay Ramírez Orozco, manifestó:

"6. 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).**

7

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. "

En dicho fallo se concluyó lo siguiente:

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

5

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 Estado 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, 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
4. La situación del empleado público es diferente a la que da lugar al contrato de trabajo, que con la Administración sólo tiene ocurrencia cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas.
5. Se hizo énfasis en la relación de coordinación entre contratante y contratista para el caso específico.

Sin embargo y pese a lo anterior, si el interesado vinculado bajo la forma de contrato de prestación de servicios, logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, prestación personal del servicio y remuneración, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (art. 53 C.P.).

8

Tal posición ha sido adoptada por la Sala en los siguientes términos 1:

1 Expedientes Nos. 0245 y 2161 de 2005, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante

"De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

(...)

De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, la demandante estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios durante los periodos que se encuentran señalados en el acápite de hechos probados.

La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y la contratista, según se desprende de las cláusulas que a continuación se transcriben, además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público:

(...)

58

Las estipulaciones anteriores permiten concluir que cuando la demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de la actividad."

Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista, 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, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación..."

Con fundamento en todo lo anterior, teniendo en cuenta lo reglado en la ley y los antecedentes jurisprudenciales anotados, se considera que la decisión a través del cual, la administración se negó a reconocer los supuestos derechos prestacionales, se concluye que esta decisión, está amparada en absoluta legalidad y está totalmente blindada, por el sentido 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios. En este sentido, al pretender el apoderado demandante que se decrete la nulidad del mentado acto con fundamento en que es violatorio de los artículos 13,25,29, 53 y 363 de la constitución política colombiana, por cuanto su representada nunca fue vinculada por voluntad de la administración Distrital, por medio de actos legales y reglamentarios, la voluntad de la administración era indiscutiblemente, darles el carácter de contratistas y en ese sentido, nunca se materializó o sobrevino el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos en la relación convenida.

9

Se considera que la sola vinculación por orden de prestación de servicios no tiene, 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 los derechos de las personas adscritas a la función pública, ello presupone la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario y otros requisitos; o lo que es lo mismo, se debe entender que la firma de una orden de prestación de servicio no deviene en el reconocimiento de derechos inherentes a la función pública por la simple realización del trabajo realizado en determinadas circunstancias.

4.2. PRONUNCIAMIENTO DE LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACION QUE HACE LA DEMANDANTE

El Despacho debe tener en cuenta que la parte demandante no hizo un total y verdadero análisis de las normas alegadas y consideradas como violadas por el acto acusado, pues solo se limita a referenciar que este viola los artículos 13,25,29,53 y 363 de la constitución política y no realiza un análisis sobre las razones en las que funda sus pretensiones, no hay un concepto de la violación como tal.

De igual forma el accionante da por cierto los hechos que alega como fundamentos de normas violadas y en definitivas dentro del proceso se deben probar los mismos, el tema no es hacer aseveraciones e interpretaciones jurídicas por parte del demandante, sino demostrar los presupuesto que conllevan a la declaratoria de un contrato realidad, que para el caso no procede.

4.2.1. FRENTE A LAS CAUSALES QUE ALEGA COMO MOTIVOS DE ILEGALIDAD DEL ACTO, FALSA MOTIVACION Y EXPEDICIÓN IRREGULAR DEL ACTO

En cuanto a la Falsa motivación que alega, se convierte o fundamenta en conclusiones y suposiciones que hace la defensa de la parte demandante, existen muchas aseveraciones que deben ser probadas y que por el solo hecho de referenciarlas a criterio subjetivo no tiene validez jurídica ya se manifestaron en cada hecho planteado por la demandante y en las razones de derecho, que la administración actuó de manera legal lejos de tener otra finalidad que la de cumplir con las obligaciones propias de la necesidad del servicio, se actuó de buena fe con el fin de garantizar los fines del estado.

Adicional a ello el acto acusado no fue arbitrario, obedeció a unos fundamentos legales y jurisprudenciales que se tuvieron en cuenta para la expedición del mismo, no tiene asidero jurídico lo que manifiesta la parte accionante al respecto.

4.2.2. FRENTE A LO ALEGADO DE LA LESION DE UN DERECHO AMPARADO EN UNA NORMA JURIDICA

No manifestó la actora de que forma el acto administrativo violó los derechos constitucionales alegados, sin embargo es importante destacara como ya se ha explicado anteriormente que la señora TELVINA BERBECIIN QUIROGA, gozaba de la calidad de contratista y que bajo ninguna circunstancia existió una relación laboral con el Distrito de Cartagena, por lo que no se configuran los presupuestos para tener derechos laborales.

Al respecto ya el punto 5.1 se hizo una explicación de los fundamentos factico jurídico del caso en concreto y la posición de las Cortes frente al tema al respecto se reitera²:

“... 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 ...”

V. EXCEPCIONES

Propongo como excepciones las siguientes:

5.1. DE FONDO

5.1.1. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

² Sala Plena del Consejo de Estado, en decisión adoptada el 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Actora: María Zulay Ramírez Orozco. *ibidem*

En el caso remoto en que prosperen las pretensiones de la demanda, el Distrito de Cartagena de Indias no tendría que asumir ninguna responsabilidad respecto al pago, ya que la secretaria de Educación Distrital de Cartagena de Indias, solo tiene a cargo la gestión de la atención de solicitudes relacionados con las prestaciones sociales, su pago está a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, según se contempla en el artículo 3 del decreto 2831 de 2005.

“... Artículo 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.

Para tal efecto, la secretaria de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:

1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.

2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente petionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.

3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.

4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.

5. Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.

Parágrafo 1°. Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de

prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.

En este sentido cabe advertir que el Distrito de Cartagena a través de la secretaría de educación es un mero operador administrativo, que proyecta los actos administrativos relativos a las prestaciones económicas a cargo del fondo para el visto bueno de la entidad fiduciaria encargada de su manejo y administración, bajo las directrices y parámetros del Ministerio de Educación Nacional, en consecuencia no están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda respecto a este ente territorial.

5.1.2. EXPEDICION REGULAR DEL ACTO:

La secretaria de Educación Distrital de Cartagena de Indias, expidió el acto acusado, conforme a las disposiciones normativas y jurisprudenciales vigentes, por lo que el acto acusado no viola las disposiciones invocadas por el actor para tales fines reiteramos los argumentos contenidos en los considerandos de los actos administrativos

5.1.3. PRESCRIPCIÓN

Conforme a lo estipula el apoderado de la parte demandante se observa que se describen periodos de la supuesta relación laboral del 20 de marzo de 2008 hasta el 15 de mayo de 2004, se considera que han transcurrido más de 3 años, entre la fecha en que posiblemente se haya causado cualquier acreencia laboral para el periodo determinado para la actora y la fecha de agotamiento de la vía gubernativa

5.1.4. EXCEPCIONES INNOMINADAS: Solicito se declare cualquier otra excepción que resulte probada durante el transcurso del presente proceso, de conformidad con el artículo 306 del CPACA y artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

VI. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Invoco como fundamentos de derecho:

- Ley 80 de 1993, artículo 32, 3 y sus decretos reglamentarios
- Decreto 2831 de 2005 , artículo 3
- Ley 1395 de 2010, artículo 114

Demás normas concordantes sobre la materia

62

VII. PRUEBAS Y ANEXOS:

7.1. DOCUMENTALES APORTADAS

7.1.1. Poder en virtud del cual actúo

7.1.2. Oficio de fecha 28 de agosto mediante el cual indica la Secretaria de Educación que la Señora Telvina Berbecin Quiroga no pertenece a la planta de personal y se remite certificación de la misma.

7.1.3. Certificación Telvina Berbecin Quiroga

VIII. NOTIFICACIONES

La Alcaldía Distrital de Cartagena en Centro Plaza de la Aduana, Oficina Asesora Jurídica o correo de Notificación: notificacionesjudicialesadministrativo@cartagena.gov.co

La suscrita, las recibiré en la Secretaría del Despacho o en Cartagena Pie de la popa Kr21 No 32-47. O correo electrónico: cbanquez@hotmail.com

Atentamente,

CLAUDIA PATRICIA BANQUEZ BOSSA
C.C. NO 45.551.303 de Cartagena
T.P. 160.254 del H. C.S. de la J

DIRECCIÓN S. DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
CARTAGENA DE INDIAS
OFICINA DE SERVICIOS

13

EN CARTAGENA DE INDIAS A LOS _____ DÍAS DEL
MES DE _____ DEL AÑO 2013 FUE PRESENTADO

PERSONALMENTE POR Claudia P. Banquez Bossa
IDENTIFICADO CON C.C. 45.551.303 Cartagena
Y T. P. No. 160.254 DEL C.S. DE LA J.

QUIEN RECONOCE COMO SUYA LA FIRMA QUE APARECE
EN ESTE DOCUMENTO
FIRMA Y SELLO

