Cartagena de Indias D. T. y C, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-007-2013-00393-02
Demandante	STEPHANIE MANCINI GUTÉRREZ
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL
Actuación	SENTENCIA DE 2º INSTANCIA
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Tema	CONTRATO REALIDAD/SUBORDINACIÓN

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia dictada el cinco (05) de mayo del dos mil diecisiete (2017), por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES.

2.1. La demanda.

2.1.1. Pretensiones.

Se invocaron en síntesis las siguientes:

- Que se declare la nulidad del oficio número 3824 del 19 de noviembre de 2012, expedido por la Dirección del Hospital Naval de Cartagena, mediante el cual se negó tanto la liquidación de la relación laboral como el pago de los emolumentos a que tiene derecho.

- Que se declare la existencia de la relación laboral (contrato realidad).

- Que se reestablezcan los derechos y se ordene la indemnización correspondiente.

- Que se orden el pago de perjuicios materiales y morales.

2.1.2. Hechos.

Se cuentan en síntesis los siguientes:

- La actora fue vinculada al Hospital Naval de Cartagena el 11 de febrero del 2008, mediante un contrato de prestación de servicios, pero a través de este terminó desarrollando tareas propias de funcionarios y cargos correspondientes a la planta de personal del Hospital Naval de Cartagena (Jefe encargada del talento humano).

- Hubo subordinación directa como servidor público y no el desarrollo de actividades propias de un contratista.

- Le dieron por terminado el contrato laboral mientras estaba en estado de embarazo.

- Presentó derecho de petición ante la Dirección del Hospital Naval de Cartagena reclamando la liquidación de los haberes laborales y esta fue negada.

2.1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

Narra que el desarrollo de las labores ejecutadas por la actora, estuvo enmarcado en los tres elementos que constituyen el contrato de trabajo y con funciones y responsabilidades propias de un servidor público.

Por ello formula la violación del artículo 25 de la Constitución Política.

2.2. La contestación.

Se opuso a las suplicas de la demanda.

Asegura que en el asunto sub lite no están plenamente demostrados los elementos del contrato de trabajo, como lo son, la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración.

2.3. Sentencia de primera instancia.

Mediante sentencia dictada el cinco (05) de mayo de dos mil diecisiete (2017), el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, accedió parcialmente a las suplicas de la demanda, declarando la nulidad del acto administrativo de fecha 19 de noviembre de 2012, mediante el cual se negó el pago de la prestaciones sociales laborales, cuyo reconocimiento se solicitó ante el Hospital Naval de Cartagena el día 20 de octubre de 2012 y ordenando el pago de las prestaciones sociales en forma proporcional al tiempo laborado.

Aseguró que está probado que la demandante prestó sus servicios personales al Hospital Naval de Cartagena como contratista en el periodo comprendido en los años 2008, 2009 y 2011, desempeñando labores inherentes a la prestación de los servicios del hospital y de contratación de personal, sin embargo no se encuentran pruebas que acrediten que la actora se desempeñaba como jefe del talento humano.

Que se aportaron contratos u órdenes de servicios que probaron sin dudas los periodos continuos laborados y a partir de ello se puede colegir que la labor desempeñada no era esporádica sino continua y de vital importancia para el cabal y diario funcionamiento de la entidad demandada, por lo tanto está probado el primer elemento de la relación laboral cual es la prestación del servicio o labor.

Que en cada una de dichas órdenes se evidencia que la labró contratada es la de psicóloga, en la oficina del talento humano, contratación que según argumentación planteada en los contratos se debía a la falta de personal suficiente para prestar el servicio.

El segundo elementos – arguye -, está acreditado a partir de la retribución o remuneración incorporado en los contratos de prestación de servicios obrantes en el proceso que señalan el valor percibido por la demandada por sus servicios personales en un aproximado de $1.600.000 para el año 2008 y $2.010.960 para el año 2009 pagaderos mensualmente.

Precisó que en cuanto al elemento de subordinación existen indicios como la función que se cumple, la cual está relacionada con la contratación de personal en el hospital, la permanencia en el cargo y los continuos y sucesivos contratos celebrados que permiten concluir que la actora en el cargo de psicóloga del Departamento de Talento Humano se encontraba sujeta a órdenes, instrucciones y cumplimiento de horarios de trabajo en la prestación

del servicio, siendo esto manifiesto de la subordinación propia de una relación laboral.

Respecto a la prescripción de los derechos laborales determino que la sub regla que rige el tema consiste en que la prescripción de los derechos derivados de la relación laboral que se disfrazó bajo la forma de contrato de prestación de servicios, se configura con posterioridad a la declaratoria judicial de dicha relaciona (sentencia constitutiva de derechos), siempre y cuando el particular presente solicitud de la declaración de la existencia de la relación laboral, dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual so pena de que prescriba el derechos a a que se haga tal declaración.

En el asunto – indicó -, la demandante trabajo hasta el 31 de diciembre del 2009, de manera que tenía hasta el 31 de diciembre del 2012 para presentarla reclamación administrativa y lo hizo el 20 de octubre del 2012, lo que indica que se dio la interrupción a la prescripción y no se configura en el caso de marras.

5. Recurso de apelación.

Resiste la sentencia el impugnante fundamentalmente porque considera que no se encuentra acreditado el elemento subordinación, asegurando que examinado el acervo probatorio, se tiene que la accionante debía realizar las convocatorias de los procesos de selección de personal, verificar los perfiles mediante requisición de personal, informar a las respectivas subdirecciones sobre el inicio y término de los contratos de prestación de servicios, informar las novedades de los contratistas, entre otras, de lo que se desprende precisamente que su labor debía estar coordinada con las subdirecciones del HONAC y con el Departamento de Talento Humano, lo que solo se podía efectuar si ejercía su labor en el horario de los empleados de las subdirecciones y en el del personal de talento humano, luego entonces las instrucciones que recibía la demandante obedecían a las obligaciones contractuales pactadas, como quera que el objeto del contrato implicaba un acercamiento con los contratistas y con las dependencias que requerían el personal.

Advirtió que si se examina la jurisprudencia CE-SUJ2 No. 5 de 2016, la conclusión no puede ser otra que la carencia del derecho en el caso concreto, dado que el contrato celebrado se ciñe a los postulados de la ley 80 de 1993.

Aseguró que conforme a l dispuesto en la jurisprudencia citada, los derechos derivados del primer contrato celebrado estarían prescritos, pues corrieron más de tres años desde su terminación hasta la reclamación.

6. Concepto del ministerio público.

El Ministerio Público no emitió concepto.

III.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció control de legalidad de las mismas – artículo 207 CPACA -. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Competencia.

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia referida.

4.2. Marco jurídico del recurso de apelación.

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para tal efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., que consagra:

> ***"Art. 320. Fines de la apelación.*** *El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida,* ***únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante****, para que el superior revoque o reforme la decisión.*

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adopta en primera instancia, por lo cual, los demás aspectos diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que "las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem: "tantum devolutum quuantum appellatum"*.

Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez *ad quem*, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la no reformatio in pejus, por virtud de la cual no es válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

4.3. Problema jurídico.

Dados los límites fijados por la censura, se contraerá el debate a dilucidar si se encuentra acreditado el elemento subordinación. Solo si la respuesta es positiva, se dará el paso hacia el estudio de la prescripción.

Para resolver el problema planteado primero se recordara el contexto normativo de la figura del contrato realidad.

4.4. Tesis.

Se revocara la sentencia apelada porque no se acreditó el elemento subordinación.

4.5. Marco normativo y jurisprudencial.

De la figura del contrato realidad.

El ordenamiento jurídico colombiano regula tres clases de vinculación al servicio público, con sus características o elementos que las tipifican y su régimen jurídico propio. Estas son: la vinculación legal y reglamentaria; la laboral; y la contractual o de prestación de servicios[1].

El artículo 32, numeral 3° de la Ley 80 de 1993 consagró el contrato de prestación de servicios como aquel "*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"***[2].

Al referirse a la constitucionalidad de las expresiones "*no puedan realizarse con personal de planta o*" y "*en ningún caso (…) generan relación laboral ni prestaciones sociales*", la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997, precisó las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, destacando que el elemento de **subordinación o dependencia** **es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios**, ya que quien celebra un contrato

[1] Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección A. Expediente 81001-23-33-000-2012-00028-01 (2706-2014). Demandante Rafael Antonio Aguirre Herrera; C.P William Hernández Gómez.

[2] Los apartes subrayados fueron declarados condicionalmente exequibles por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-154 de 1997, Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara.

de prestación de servicios no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; *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.

Esto dijo la Corte Constitucional:

> "***3. Características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo.***
>
> *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.

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 línea con lo citado, se puede concluir que el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y/o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta. En ambos casos no se admiten los elementos de subordinación ni de dependencia por parte del contratista, y se deben celebrar por el término estrictamente indispensable.

En este sentido, las entidades pueden suscribir contratos de prestación de servicios porque así lo autoriza el artículo 32, numeral 3º de la Ley 80 de 1993, pero tales contratos deben celebrarse dentro del término estrictamente necesario, dada su naturaleza temporal, pues si la administración desborda

tales presupuestos se configura el denominado "contrato realidad", figura que se estructura, además, con los elementos de prestación personal, subordinación o dependencia y remuneración.

Esta conclusión la avala la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia del 4 de febrero de 2016, expediente 0316-14 (Consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve), en donde se estableció cuáles eran los requisitos necesarios para aclarar si existió una verdadera relación laboral, así:

(i) ***Subordinación o dependencia continuada****: se refiere al cumplimiento de órdenes por parte del servidor público en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo.*

(ii) ***Permanencia:*** *le corresponde a la parte actora demostrar que la labor es inherente a la entidad.*

(iii) ***Equidad o similitud****, es la pauta de comparación con los demás empleados de planta.*

Sin embargo, también precisó la Alta Corporación que por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión.

De todo lo expuesto emerge que, para demostrar la configuración del contrato realidad, la parte demandante debe probar la **actividad personal**, la **permanencia**, la **continua subordinación o dependencia** del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, de manera continuada y una **retribución** del servicio. Ello en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, consagrados respectivamente en los artículos 13 y 53 de la Carta Fundamental.

A lo expresado también se ha agregado que la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, según el aforismo "*onus*

probandi incumbit actori", dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y a acreditar la presencia real de los elementos anteriormente señalados dentro de la actividad desplegada, especialmente el de subordinación continuada, ya que, de manera primordial desentraña la existencia de una relación laboral encubierta.

Por ello se ha advertido desde el Máximo Tribunal que se deben revisar en cada caso concreto las condiciones en las cuales se prestaron los servicios, en aras de esclarecer bajo el análisis probatorio pertinente la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, para no adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva homogeneicen las causas propuestas ante la jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada asunto.

De la Sentencia de Unificación SU-J2 No. 005/16.

A través de sentencia de unificación jurisprudencial 005/16 del 25 de agosto de 2016, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado interno 0088-15 con ponencia del Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, se estableció que el contrato realidad se configura cuando "***se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales***".

A partir de esa noción, se unificó la posición frente a la forma en que deben ser reconocidas las prestaciones sociales y salariales de aquellos empleados que demuestran una verdadera relación laboral, con la finalidad de acoger el criterio más favorable a los peticionarios que acuden ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en aras de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal.

Al efecto, refirió el fallo unificatorio:

> *"[...] resulta imperioso unificar el precedente con el fin último de acoger el criterio que sea más favorable a los ciudadanos que acuden ante la justicia contencioso-administrativa en busca de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal, para lo cual ha de advertirse*

que el restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial, es decir, que en las controversias de contrato realidad hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales, pues su situación jurídica fue mediante un contrato estatal, pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral, que en caso de haber sido vinculado como empleado público hubiese tenido derecho a las mismas prestaciones que devengan los demás servidores de planta de la respectiva entidad".

En la citada providencia el Consejo de Estado estableció las reglas jurisprudenciales a tener en cuenta en materia del restablecimiento del derecho cuando deba aplicarse la figura de la prescripción.

Conforme a esa decisión, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la "*primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales*", se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

No obstante, en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado, en los que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio.

Además se aclaró que la prescripción extintiva no se puede aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles de ser afectadas por el mencionado fenómeno.

En este sentido, las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y por tratarse de prestaciones periódicas, también están exceptuadas del fenómeno jurídico de la caducidad.

Así mismo, como consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador, el juez deberá pronunciarse, así no haya sido objeto de solicitud en la demanda, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión *extra petita*.

Adicional a lo anterior se estableció que el reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho y que el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el contratista corresponderá a los honorarios pactados.

4.6. Caso concreto.

Se limitará la Sala a la indagación del elemento subordinación, dado el marco de competencia fijado en el recurso.

Lo primero que hay que advertir es que la actora no se vinculó al Hospital Naval de Cartagena en calidad de Jefe de Talento Humano, pues los contratos aportados para acreditar esa vinculación, no dan cuenta de ese supuesto de hecho.

Dan cuenta más bien de que la accionante se vinculó para apoyar al Hospital en su calidad de Psicóloga y dado que no contaban con el personal idóneo para esa labor.

Se tiene al respecto el contrato No. 110 de fecha 11 de febrero del 2008, cuyo objeto se contrajo, según su cláusula primera, a: "*la prestación de servicios asistenciales como Psicóloga en el Hospital Naval de Cartagena*", contrato que se pactó por un término de 9 meses, para ser desarrollado en las instalaciones del Hospital Naval de Cartagena. Le fueron vinculadas entre otras, las siguientes obligaciones al contratista, es decir, a la demandante:

> *" 1) REALIZAR LAS CONVOCATORIAS DE LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DE PERSONAL PARA CONTRATACIÓN DE PERSONAL POR PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y NOMBRAMIENTOSW DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR 2) VERIFICACIÓN DE PERFILES MEDIANTE REQUISICIÓN DE PERSONAL 3)INFORMAR A LAS RESPECTIVA SUBDIRECCIONES SOBRE EL INICIO Y TERMINO DEL CONTRATO DE PERSONAL POR ORDEN DE PRESTACION DE SERVICIO 4) INFORMAR A CONTRO INTERNO RESPECTO A LAS NOVEDADES DE PERSONAL POR ORDEN DE PRESTACION DE SERVICIO 5) REALIZAR EL RECLUTAMIENTO DE LAS HOJAS DE VIDA DE ACUERDO A LA REQUISICIÓN DE PERSONAL 6) REALIZAR EL PROCESO DE SELECCIÓN APLICANDO PRUEBAS DE CONOCIMIENTOS, PSICOTECNICAS Y CALIFICACIÓN DE LAS*

MISMAS. 8) ELABORACIÓN DE LOS CUADROS DE SELECCIÓN. 9) REALIZAR LAS ENTREVISTAS DEL PERSONAL QUE INGRESA POR ORDEN DE PRESTACION DE SERVICIOS Y NOMBRAMIENTO 10) RENDIR INFORMES A LA DIRECION GENERAL Y DISAN DE LAS NOVEDADES DE PERSONA CONTRATADO EN EL HONAC 11) REALIZAR LAS DIFERENTE CONVOCATORIAS SERVICIOS TECNICOS Y ASISTENCUALES DEL HOSPITAL (….)"

Ese contrato fue adicionado en dos ocasiones (véanse folios 35 a 36 cuaderno No. 1) a efectos de desarrollar el mismo objeto, pero para prolongar el término inicialmente pactado hasta el 28 de febrero del 2009.

Del mismo linaje es el contrato de prestación de servicios No. 037 del 20 de enero del año 2009, firmado por seis meses, contados a partir del 01 de febrero del 2009 y, el 358 del 10 de agosto del 2009, a ser ejecutado hasta el 31 de diciembre del 2009.

Debe precisarse que fueron estos los contratos arrimados al expediente probatorio, y que ellos por sí solos no ofrecen la convicción frente al elemento subordinación sobre que se indaga.

Además de ellos, se aportaron una serie de documentos signados por la demandante en calidad de Jefe del Talento Humano (encargada) y diligenciados al parecer dentro del interregno que corrió en la ejecución de los contratos aludidos pero que tampoco permiten, por sus contenidos, dilucidar si la actividad personal, se desarrolló bajo la **continua subordinación o dependencia** de la actora respecto a sus empleadores. Se trata de los documentos que militan a folios 45 a 49 del cuaderno principal No. 1.

Y es que, no se pase por alto que, de sus contenidos se extrae (al parecer) que la demándame fue encargada de la Oficina de Talento Humano, pero páginas más adelante (fls. 50 a 53 ídem) aparece un documento denominado "*MEMORANDO ENTREGA DE JEFATURA TALENTO HUMANO*" en el que supuestamente se le "entrega" dicha jefatura a la actora, pero este data de una fecha posterior a las reseñadas en los documentos aludidos (30 de julio del 2009), luego evidentemente, no pudo haber desempañado encargo válidamente, antes de extenderse el aludido memorando.

Con todo y ello, de allí emergen actividades propias del objeto contractual y, *contrario sensu,* para nada se advierte dependencia continuada o subordinación.

Ni siquiera del memorando en el que supuestamente se hace el encargo devienen claros los elementos que diferencian las labores de coordinación y

estricto cumplimiento de las obligaciones contractuales de la verdadera subordinación y dependencia propia de una relación laboral. El punto es que el memorando no constituye propiamente una orden, si en gracia de discusión diéramos por cierto que se trató de un encargo.

La anterior crítica se hace extensiva a los documentos que, también en calidad de Jefe de Talento Humano (encargado) signó la demandante en fecha posterior al mentado memorando de encargo; nos referimos al oficio que obra al folio 55 (ídem) y al estudio de conveniencia visto inmediatamente después (fls. 56 a 58 ídem), pues estos, además de que no evidencian orden alguna, más bien corroboran el cumplimiento del objeto contractual, si se hace parangón con las actividades pactadas en las cláusulas de obligaciones del contratista incorporadas a los contratos.

Como se advierte de la función principal anotada en el ítem número III del Acta No. 001, que trata de la entrega de la jefatura de selección extendida por la demandante, su función se concretó al apoyo a los procesos, gerenciales, misionales y de apoyo en la selección de personal. Tampoco es posible inferir de allí la impartición de órdenes en función de la labor contratada.

Bajo los criterios establecidos por el Honorable Consejo de Estado (citados supra), refulge apodíctico que en el *sub lite* las pruebas valoradas no permiten erigir los elementos de la relación laboral, fundamentalmente la **subordinación o dependencia continuada** (que es la que interesa a esta instancia), referida esta al cumplimiento de órdenes por parte del servidor en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo.

Tampoco se acreditó la **equidad o similitud** de la labor desempeñada con los demás empleos de planta, siendo que ello es tema de prueba obligatorio y criterio jurisprudencial para decantar si existió una verdadera relación laboral.

Por todo lo dicho se REVOCARÁ la sentencia apelada parar en su lugar negar las súplicas de la demanda, por falta de acreditación del elemento subordinación.

4.7. Condena en costas.

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos previstos en el Código General del Proceso, que en el artículo 365 dispone:

"(…) En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo, podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.

Así las cosas, se condenará a la parte **demandante** al pago de las costas que efectivamente se hayan causado en ambas instancia por haberse revocado en su totalidad la sentencia, ordenando al juzgado su liquidación conforme a lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en las misma las agencias en derecho, en aplicación del acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión No. 001, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia apelada por las razones expuestas, para en su lugar **DENEGAR** las suplicas de la demanda.

SEGUNDO: Condenase en costas a la parte **demandante;** liquídense en primera instancia de conformidad con lo expuesto en la pare motiva.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue debatido y aprobado en la sesión de la fecha -

LOS MAGISTRADOS

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
(Ponente)

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL **LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**

Firmado Por:

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 001 SIN SECCIONES DE BOLIVAR

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
42d7c374eb0e3fca968e4df17e101dff9c5b68a336d83756ad92dbe4ca878982
Documento generado en 12/08/2020 09:21:01 a.m.