**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Autonomía e independencia**

La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Características**

De lo anterior se desprende que los contratos de prestación de servicios se pueden realizar en los casos en los cuales la función de la administración no se puede llevar a cabo por personas pertenecientes a la planta de la entidad oficial contratante, o por la necesidad de que quien lo haga cuente con conocimientos especializados. Además, en estas situaciones hay autonomía e independencia técnica y profesional por parte del contratista.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Subordinación continuada**

Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación continuada, caso en el cual surge 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.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Propósito**

Señala el propósito de dicho vínculo contractual, cual es el de que se ejecuten actos que tengan conexión con la actividad que cumple la entidad administrativa; además, que dicha relación jurídica se establezca con personas naturales, bien sea cuando lo contratado no pueda realizarse con personal de planta, lo que a juicio de la Sala acontece, por ejemplo, cuando el número de empleados no sea suficiente para ello

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Aspiración del servicio publico**

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…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.

**CONTRATO REALIDAD – Funciones similares**

Se entiende de lo anterior que no necesariamente se está frente a un contrato laboral cuando se desempeñan funciones similares a las de los empleados de planta, dado que una relación legal y reglamentaria tiene requisitos especiales. Por otra parte, se debe resaltar que en el caso en que se labore en la sede de la entidad, ello por sí mismo no da lugar a que se declare la existencia del contrato laboral.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Relación de coordinación**

También se vislumbra de la jurisprudencia citada *ut supra* que el hecho de recibir instrucciones sobre la correcta prestación del servicio, cumplir determinados horarios o rendir informes al respecto, no constituyen elementos de una relación de subordinación continuada, sino que se trata de hechos que se enmarcan en una relación de coordinación que debe existir entre los contratistas vinculados mediante contrato de prestación de servicios y la administración para la correcta ejecución de los recursos públicos en aras de prestar un mejor servicio

**CONTRATO REALIDAD – Elementos constitutivos**

De acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, la sala concluye que no se está frente a un contrato realidad, debido a que no se configuran los elementos del mismo, como son la actividad personal, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y un salario como retribución.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., nueve (9) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

**Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00379-01(2011-15)**

**Actor: FLOR MYRIAM ULLOA RAMOS**

**Demandado: MUNICIPIO DE SAN SEBASTIÁN DE MARIQUITA - TOLIMA**

**Asunto: Fallo ordinario - CPACA – Contrato realidad** SO. 0154

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 6 de febrero del 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima que negó las súplicas de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

1. **Pretensiones**

La señora Flor Myriam Ulloa Ramos en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 84 del CCA, pidió la nulidad del acto administrativo Oficio 061 de 24 de febrero de 2012[[1]](#footnote-1), proferido por el Alcalde Municipal de San Sebastián de Mariquita (e), mediante el cual se le negó una petición.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad y a título de restablecimiento del derecho pidió que se declare la existencia del contrato realidad entre la Administración Municipal – Tolima y la demandante, cuyo objeto era la custodia y guarda del inmueble denominado «Club Humatepa».

Solicitó el reconocimiento y pago de los salarios correspondientes a los meses de noviembre y diciembre del año 2008, la de los años 2009 a 2011 y la de los meses de enero, febrero y marzo del año 2012, de conformidad con los montos establecidos para los celadores de planta o contratistas que ejercían funciones de guarda, custodia o celaduría durante el tiempo aludido anteriormente.

Pidió que se le reliquiden y paguen las prestaciones sociales a las que considera tener derecho, así mismo el pago de horas extras, recargos nocturnos, festivos y dominicales correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2008 y el 30 de marzo de 2012.

Por último, pidió que la sentencia sea proferida de conformidad con los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. (sic) (folio 17).

1. **Hechos**

«1. Mediante acto administrativo – Acta de fecha 01 de noviembre de 2008, la Alcaldía Municipal de Mariquita, entregó en CUSTODIA TEMPORAL. Las instalaciones del inmueble denominado CLUB HUMATEPA a la señora FLOR MYRIAM ULLOA RAMOS.

2. En el anterior acto administrativo se establecieron como Obligaciones de la señora Flor Ulloa las siguientes:.1- a usar el inmueble para la vivienda de él y de su familia y no podrá darle otro uso, ni ceder o transferir su uso sin la autorización escrita de la Administración Municipal, La señora Flor Ulloa declara que ha recibido el inmueble en estado, conforme el inventario que se adjunta. 2. Cuando la Administración Municipal lo determine la señora Flor Ulloa, deberá devolver el inmueble en el mismo estado, salvo el deterioro proveniente del tiempo y uso legítimos. 3. – La señora Flor Ulloa tendrá a su cargo las reparaciones locativas y no podrá realizarlas sin el consentimiento escrito de la Subsecretaría General y de Control Interno. 4.- La señora Flor Ulloa se compromete a cuidar el inmueble y las cosas recibidas en custodia. En caso de daños o deterioros distintos derivados del uso normal o de la acción del tiempo y que fueren imputables al mal uso del inmueble o a su propia culpa, efectuar oportunamente y por su cuenta las reparaciones o sustituciones necesarias. 5. La señora Flor Ulloa se compromete a cancelar el consumo de los servicios públicos como agua, luz etc. derivados de su uso 6. La señora Flor Ulloa se compromete a informar por escrito a la Administración municipal la entrega del inmueble con una antelación de 15 días, de tal forma que el inmueble no quede abandonado.

3. El 23 de Enero de 2012, el Subsecretario General Administrativo del Municipio, mediante oficio SGA- 007, solicito (sic) a la señora Flor Miriam Ulloa Ramos, la entrega del Bien Inmueble en custodia temporal denominado Club Humatepa, a más tardar el día 10 de febrero de 2012.

4. El día 07 de febrero de 2012, la señora Flor Miriam Ulloa Ramos solicito (sic) a los doctores JUAN CARLOS AMAYA RIOS Y JHON JAIRO MEDIAN DIEZ, Subsecreario cancelación de las siguientes sumas de dinero por concepto de salarios y prestaciones sociales …» (Folios 15 y 16).

Señaló que la solicitud fue negada por parte de la entidad accionada.

1. **Normas violadas y concepto de violación**

Como normas violadasinvocó los artículos 1, 4, 5, 25, 53, de la Constitución Política.

Como concepto de violación dijo que con el acto demandado se le vulneró su derecho a la igualdad, remuneración mínima vital y móvil.

Afirmó que se disfrazó una relación laboral entre la demandante y la entidad accionada por cuanto la señora Flor Myriam Ulloa Ramos ejercía funciones de custodia, vigilancia, cuidado y mantenimiento y que, pese que como contraprestación podía residir en el lugar, esto sólo podía considerarse como un pequeño porcentaje del pago por el ejercicio de «funciones contratadas y a su vez la prestación personal del servicio»[[2]](#footnote-2).

«Igualmente se le estableció una serie de obligaciones para la reclamante, con respecto a los bienes materia de la vigilancia, que claramente configuran la subordinación a que estaba sometida.» (Folio 20 del cuaderno principal).

Para finalizar indicó que se debe dar aplicación al principio de primacía de la realidad y por lo tanto se debe declarar la existencia de un contrato realidad.

1. **Contestación de la demanda**

El municipio de San Sebastián de Mariquita, por medio de apoderada, al contestar la demanda[[3]](#footnote-3), oponiéndose a las pretensiones de la accionante, señaló que no se acredita la existencia de los elementos del contrato realidad. Afirmó que la demandante no prestó ningún servicio personal, y que lo que se entregó fue el derecho de uso habitacional sobre el inmueble denominado «Club Humatepa» de conformidad con lo dispuesto en los artículos 870 y siguientes del Código Civil.

Señaló que la señora Flor Myriam Ulloa Ramos explotó para su beneficio el bien inmueble aludido, sacando provecho de este como la piscina, el alquiler del local para eventos, las canchas de tejo, entre otros, por lo tanto, no puede pretender derechos que no le corresponden. Frente algunos de los elementos del contrato realidad dijo que la accionante no cumplía horario alguno, por cuanto residía en ese inmueble, tampoco recibía órdenes de funcionario de la administración, de lo cual concluyó que no existía subordinación.

Propuso como excepciones las de prescripción, buena fe y las genéricas.

1. **Sentencia apelada**

El Tribunal Administrativo del Tolima, mediante sentencia de 6 de febrero de 2015[[4]](#footnote-4), negó las súplicas de la demanda y condenó en costas a la demandante.

El *a quo* al analizar las pruebas obrantes en el expediente concluyó que éstas no alcanzan a demostrar la desnaturalización de las obligaciones que surgieron a la luz del contrato entre la administración municipal de San Sebastián de Mariquita y la señora Flor Myriam Ulloa Ramos sobre el bien denominado «Club Humatepa», el cual, dados sus elementos, se encuadra en un comodato o préstamo de uso, y su ejecución no comprende los elementos de una relación laboral.

No evidenció de los documentos obrantes en el plenario que la señora Flor Myriam Ulloa Ramos haya estado sujeta al cumplimiento de horario laboral o de órdenes permanentes de algún funcionario de la entidad accionada, o que tuviera que presentar cuentas o reportes de los dineros que ingresaban por la explotación del club.

 Por lo tanto resolvió negar las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte accionante.

1. **Apelación**

La apoderada de la **demandante** en su escrito de apelación[[5]](#footnote-5) manifestó que se aparta de la decisión adoptada por el *a quo*, debido a que éste es un contrato atípico de custodia.

Indicando que la accionante tenía el bien para su vivienda y que en algunas ocasiones vendía gaseosas y otros productos para el mantenimiento del club, sin rendir cuentas a la administración.

Señaló que ella recibía órdenes verbales de conformidad con la prueba testimonial que reposa en el expediente, y también que mediante el acta de custodia firmada por ella se están desconociendo los alcances jurídicos de la labor encomendada, significando ello «una muestra de la irresponsabilidad y afán de sustraerse a cualquier reproche por ligereza del municipio» (Folio 242).

Expresó lo siguiente:

«Al parecer no se ha tenido en cuenta, que el bien que se entregó en CUSTODIA TEMPORAL, eran las instalaciones del bien inmueble denominado CLUB HUMATEPA.

Que las Obligaciones de la demandante eran las siguientes:

1.- a usar el inmueble para vivienda de él y de su familia y no podrá darle otro uso, ni ceder o transferir su uso sin la autorización escrita de la Administración Municipal, La señora Flor Ulloa declara que ha recibido el inmueble en el estado, conforme al inventario que se adjunta. 2 – Cuando la Administración Municipal lo determine la señora Flor Ulloa, deberá devolver al (sic) inmueble en el mismo estado, salvo el deterioro proveniente del tiempo y uso legítimos. 3. – La señora Flor Ulloa tendrá a su cargo las reparaciones locativas y no podrá realizarlas sin el consentimiento escrito de la Subsecretaría General y de Control Interno. 4. – La señora Flor Ulloa se compromete a cuidar el inmueble y las cosas recibidas en custodia. En caso de daños o deterioros distintos derivados del uso normal de la acción del tiempo o que fueren imputables al mal uso del inmueble o a su propia culpa, efectuar oportunamente y por su cuenta las reparaciones o sustituciones necesarias. 5. La señora Flor Ulloa se compromete a cancelar el consumo de los servicios públicos como agua, luz, etc. derivados de su uso. 6.- La señora Flor Ulloa se compromete a informar por escrito a la Administración Municipal la entrega del inmueble con una antelación de 15 días, de tal forma que el inmueble no quede abandonado.

Nótese que la demandante no podía dar otro uso a que el de vivienda. Debe tenerse en cuenta que el bien es un club con piscina, salón de eventos y además tiene algunos locales donde funciona entidades públicas y que quien ejercía la vigilancia y custodia era ella.

Igualmente el acta refiere:

''4.- La señora Flor Ulloa se compromete a cuidar el inmueble y las cosas recibidas en custodia.''» (Folio 242 del cuaderno principal).

Señaló que se presentó una irregularidad frente a la remuneración y que la demandante siempre buscó que se reconociera y legalizara, y que ésta es la petición que con esta demanda busca que se le reconozca como restablecimiento del derecho.

Dijo que los turnos de 24 horas que refiere el tribunal no era una potestad de la demandante. A este respecto, manifestó: «En su interrogatorio afirma que inicialmente no residía en este sitio, pero por intentos de sustracción de los bienes, debió establecerse en forma continua y las 24 horas, no es que esto sea una liberalidad. Por el contrario es un condicionamiento al cual es obligada la demandante. Esta es una muestra de la subordinación, radicarse y cuidar el inmueble las 24 horas» (Folio 243 del cuaderno principal).

Para terminar, dijo que existen múltiples referentes jurisprudenciales sobre la primacía de la realidad los cuales deben ser aplicados en este caso para que declare la existencia del contrato realidad.

Por lo tanto solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y se reconozcan y acojan las pretensiones de la demanda.

1. **Alegatos de conclusión**

Ninguna de las partes presentó escrito de alegatos de conclusión (f. 266).

1. **Concepto del ministerio público**

El agente del ministerio público no se pronunció (f. 266).

**II. CONSIDERACIONES**

1. **Problema jurídico**

El problema jurídico se contrae a establecer si en el presente asunto entre la señora Flor Myriam Ulloa Ramos y el municipio de San Sebastián de Mariquita – Tolima se configuró una relación laboral, legal o reglamentaria por la custodia del bien inmueble denominado «Club Humatepa» de ser así si tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones solicitadas.

1. **Lo probado en el proceso**

Se tienen como pruebas fundamentales en el expediente las siguientes:

* Acta de 1 de noviembre de 2008 expedida por la subsecretaría general y de control interno de la Alcaldía de San Sebastián de Mariquita – Tolima, mediante la cual se entregan unos bienes en custodia temporal a la demandante[[6]](#footnote-6).
* Documento número SGA-007 de 23 de enero de 2012 emitido por la Alcaldía municipal de San Sebastián de Mariquita – Tolima en donde se le solicitó a la señora Flor Ulloa la entrega del bien inmueble «Club Humatepa» a más tardar el 10 de febrero de 2012[[7]](#footnote-7).
* Petición de 7 de febrero de 2012 suscrita por la señora Flor Miriam Ulloa Ramos dirigida al subsecretario general administrativo de la alcaldía del municipio de Mariquita – Tolima, mediante la cual pidió el pago de unas sumas de dinero que considera tener derecho por concepto de salarios y prestaciones sociales[[8]](#footnote-8).
* Oficio número 061 de 24 de febrero de 2012 proferido por el subsecretario general y administrativo de la Alcaldía municipal de San Sebastián de Mariquita – Tolima, donde se le negó a la demandante el reconocimiento y pago solicitado, correspondiente a salario y prestaciones sociales[[9]](#footnote-9).
* Recurso de reposición de 28 de febrero de 2012 frente al Oficio 061 de 24 de febrero de 2012, interpuesto por la accionante[[10]](#footnote-10).
* Respuesta negativa al recurso de reposición de 28 de febrero de 2012 por parte de la Alcaldía municipal de San Sebastián de Mariquita – Subsecretaría General Administrativa[[11]](#footnote-11).
* Respuesta negativa al recurso de apelación presentado el 28 de febrero de 2012, por parte de la entidad demandada[[12]](#footnote-12).
* Recepción de testimonios de los señores Carlos Castro, Wilmar Ariza y Álvaro Ríos[[13]](#footnote-13).
1. **Marco normativo y jurisprudencial**

**La diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral.**

Para efectos de determinar el tipo de vinculación de la demandante con el Municipio de San Sebastián de Mariquita - Tolima, resulta pertinente recordar las diferencias entre las tipologías del contrato de prestación de servicios y del contrato laboral. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1997 estableció:

«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 síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo[[14]](#footnote-14)». (Negrilla fuera de texto)

De lo anterior se desprende que los contratos de prestación de servicios se pueden realizar en los casos en los cuales la función de la administración no se puede llevar a cabo por personas pertenecientes a la planta de la entidad oficial contratante, o por la necesidad de que quien lo haga cuente con conocimientos especializados. Además, en estas situaciones hay autonomía e independencia técnica y profesional por parte del contratista.

Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación continuada, caso en el cual surge 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.

Sin embargo, las diferencias entre las mencionadas tipologías contractuales no se agotan con lo previamente enunciado. En efecto, esta Corporación en sentencia de Sala Plena del 18 de noviembre de 2003 señaló:

«En sentencia C-154 de 1.997 por la cual se declaró la exequibilidad del art. 32, numeral 3 ley 80 de 1.993, se expresó que en el evento de que la administración deforme la esencia y contenido natural del contrato de prestación de servicios y se dé paso al nacimiento disfrazado de una relación laboral en una especie de transformación sin sustento jurídico con interpretaciones y aplicaciones erradas, y con lo cual se vulneren derechos de los particulares “se estará frente a un litigio ordinario cuya resolución corresponderá a la jurisdicción competente con la debida protección y prevalencia de los derechos y garantías más favorables del contratista convertido en trabajador en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”.

5. Pero, por si lo anterior fuese poco, desde ningún punto de vista puede sostenerse que el contrato de prestación de servicios celebrado por la parte actora con la administración se oponga a derecho, es decir, que se encuentre prohibido por la ley. En efecto, el art. 32 de la L. 80 de 1.993 prescribe:

“ART. 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 celebrase con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

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

En el aparte transcrito la norma **señala el propósito de dicho vínculo contractual, cual es el de que se ejecuten actos que tengan conexión con la actividad que cumple la entidad administrativa; además, que dicha relación jurídica se establezca con personas naturales, bien sea cuando lo contratado no pueda realizarse con personal de planta, lo que a juicio de la Sala acontece, por ejemplo, cuando el número de empleados no sea suficiente para ello**; bien sea cuando la actividad por desarrollarse requiera de conocimientos especializados.

Resulta, por consiguiente, inadmisible la tesis según la cual tal vínculo contractual sea contrario al orden legal, pues como se ha visto, éste lo autoriza de manera expresa.

En el caso sub-examine se demostró que la actora se vinculó a la Dirección Seccional de la Administración Judicial de Caldas a través de contratos de prestación de servicios (folios 47 a 55 C.2) con el objeto de desarrollar las actividades que se consignaron en las cláusulas primera y segunda. Y es patente que no resulta contrario al ordenamiento jurídico el cumplimiento de funciones administrativas mediante la celebración y ejecución de tales convenciones.

Las personas que rindieron declaraciones testimoniales en el proceso dan cuenta de la actividad desplegada por la actora y el cumplimiento de labores específicas, las cuales pueden materializarse a través del contrato de prestación de servicios, entre los cuales pueden figurar, entre otros, como lo ha enseñado la jurisprudencia del H. Consejo de Estado**, los de asesoría de cualquier clase, representación judicial, rendición de conceptos, vigilancia y aseo** (sent 14 de noviembre/96 Epx 12541). Y “dicha realidad no configuraría un motivo falso que afectara el acto cuestionado, pues se limita a constatar que objetivamente hubo un contrato de prestación de servicios y que la consecuencia legal de esta relación jurídica es la señalada por el artículo 164 del Decreto 222 de 1..983, reiterado por la nueva ley de contratación estatal (artículo 32, ley 80 de 1.993), que implica la inaplicabilidad de las normas que regulan la situación legal y reglamentaria de los empleados públicos en materia de prestaciones sociales, porque la demandante no lo fue” (sent 14 de noviembre/96 exp. 12541).

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).

**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 reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal” (sent C-555/94).**

Como lo ha explicado la H. Corte Constitucional son los que se acaban de señalar elementos 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 equivalentes a ellas, porque, como se indicó, no se reúnen las exigencias ad-sustantiam para que se adquiera la condición de empleado público[[15]](#footnote-15)». (Negrilla fuera de texto).

Se entiende de lo anterior que no necesariamente se está frente a un contrato laboral cuando se desempeñan funciones similares a las de los empleados de planta, dado que una relación legal y reglamentaria tiene requisitos especiales. Por otra parte, se debe resaltar que en el caso en que se labore en la sede de la entidad, ello por sí mismo no da lugar a que se declare la existencia del contrato laboral.

También se vislumbra de la jurisprudencia citada *ut supra* que el hecho de recibir instrucciones sobre la correcta prestación del servicio, cumplir determinados horarios o rendir informes al respecto, no constituyen elementos de una relación de subordinación continuada, sino que se trata de hechos que se enmarcan en una relación de coordinación que debe existir entre los contratistas vinculados mediante contrato de prestación de servicios y la administración para la correcta ejecución de los recursos públicos en aras de prestar un mejor servicio.

1. **Caso concreto**

Se aprecia de los documentos obrantes en el expediente que existe acta mediante la cual se le hacen entrega de unos bienes en custodia a la señora Flor Myriam Ulloa Ramos en donde se dice lo siguiente:

«ACTA POR MEDIO DEL CUAL SE ENTREGAN NOS BIENES EN CUSTODIA TEMPORAL

Por instrucciones del señor Alcalde se reunieron la señora SANDRA PATRICIA PEREZ AVENDAÑO, Subsecretaria General Administrativa y la señora FLOR ULLOA, identificada con cedula (sic) de ciudadanía No 28.836.044 expedida en Mariquita con el fin de hacer entrega de las instalaciones del bien inmueble denominado CLUB HUMATEPA, entrega que arroja los siguientes:

(…)

Obligaciones de la señora Flor Ulloa:

1. se obliga a usar el inmueble para la vivienda de él y de su familia y no podrá darle otro uso, ni ceder o transferir su uso sin la autorización escrita de la Administración Municipal. La señora Flor Ulloa declara que ha recibido el inmueble en el estado, conforme al inventario que se adjunta.
2. Cuando la Administración Municipal lo determine la señora Flor Ulloa, deberá devolver al I inmueble en el mismo estado, salvo el deterioro proveniente del tiempo y uso legítimos.
3. La señora Flor Ulloa tendrá a su cargo las reparaciones locativas y no podrá realizarlas sin el consentimiento escrito de la Subsecretaria General y de Control Interno.
4. La señora Flor Ulloa se compromete a cuidar el inmueble y las cosas recibidas en custodia. En caso de daños o deterioros distintos derivados del uso normal o de la acción del tiempo y que fuere imputables al mal uso del inmueble o a su propia culpa, efectuar oportunamente y por su cuenta las reparaciones o sustituciones necesarias.
5. La señora Flor Ulloa se compromete a cancelar el consumo de los servicios públicos como agua, luz, etc, derivados de su uso.
6. La señora Flor Ulloa se compromete a informar por escrito a la Administración Municipal la entrega del inmueble con una antelación de 15 días, de tal forma que el inmueble no quede abandonado.

En constancia firma los que en ella intervinieron a los un (01) días del mes de noviembre de 2008.» (sic) (Folios 3 y 4 del cuaderno principal).

También se encuentra el testimonio del señor Carlos Alberto Castro rendido en audiencia lo siguiente:

«**Pregunta**: ¿Conoce los motivos por los cuales usted fue citado a esta diligencia? ¿Podría explicarlos? **Respuesta**: Tengo entendido que la señora está reclamando celaduría o despido del Club Humatepa donde ella estuvo, creo que es eso lo que ella reclama (…) o creo. **Pregunta**: ¿señor Carlos Alberto Castro, podría usted manifestar al despacho desde hace cuánto usted conoce a la señora Flor Myriam Ulloa y por qué razón? **Respuesta**: A doña Flor yo la distingo hace más o menos unos 3 años o de pronto hasta más, porque ella se desempeñaba como concejal del municipio de Mariquita, ya nuevamente me encuentro (…) hace como 4 o 6 años en la administración del doctor Juna Carlos Acero, fuimos compañeros de trabajo, la volví a ver en el Club Humatepa que ahí fue donde fuimos o ya tuvimos contacto como compañeros de trabajo. **Pregunta**: ¿tuvo usted conocimientos de la modalidad de contratación que tenía la señora Flor Myriam Ulloa con la administración municipal y específicamente con respecto al Club Humatepa de ese municipio? **Respuesta**: Sí, ella era la que cuidaba allá ese Club Humatepa y la modalidad siempre se le dijo por contrato. **Pregunta**: ¿Usted podría describir como es ese Club, de que consta esas instalaciones y que labores desarrollaba directamente en ese club? **Respuesta**: El club es un club bastante amplio (…) (describió los alrededores). Las funciones de ella eran cuidar esas instalaciones. **Pregunta**: ¿Recuerda usted cuál era el tiempo que ella permanecía en esas instalaciones, si tenía un horario específico, o si ella estaba en algún tiempo determinado durante el día o noche? **Respuesta**: No, no, lo que tenía que estar eran las 24 horas del día de porque, de todas maneras si está cuidando eso, tiene que estar ahí, pues yo creo que las 24 horas, pues siempre uno la encontraba allá a ella en el tiempo en que iba y la encontraba ahí. **Pregunta**: ¿Sabe usted si la señora vivía allá y si ese criterio es apto para vivir o de pronto es un criterio que de pronto se presta para otro tipo de actividades? **Respuesta**: Pues eso es vivible, sin tiene su baño, tiene sus habitaciones para vivir, pues de todas maneras eso tiene una piscina, tiene canchas de tejo, es vivible. **Pregunta**: ¿Tiene usted conocimiento si en alguna oportunidad o en alguna ocasión ella le reclamó a la administración municipal establecer otro tipo de contrato o legalizar un contrato en el cual tuviera una remuneración? **Respuesta**: Pues yo hasta donde tengo entendido siempre hablaba con el señor alcalde que por favor que le diera, que le hiciera un contrato, entonces, pues digamos ella siempre, el señor alcalde o ella le decían que tranquila que no había presupuesto pero que tan pronto hubiera plata, tan pronto hubiera presupuesto, pues que le hacían el contrato, eso es lo que yo tengo entendido, es que ella, estuvo en ese tiempo, siempre le decían lo mismo. **Pregunta**: ¿Usted recuerda o tiene conocimiento si la administración municipal en alguna ocasión celebró algún tipo de actividad o celebraba actividades en ese Club Humatepa o estableció que ese club estuviera bajo las órdenes del municipio? **Respuesta**: Sí doctor, pues allá se celebró inclusive los cumpleaños a la primera dama, la señora del alcalde, se celebró el día de las brujas allá, se celebró el día del amor y amistad, allá se hacían muchos eventos, muchas capacitaciones y eso las daban allá en la administración tanto el señor alcalde como la jefe de personal. **Pregunta**: ¿Recuerda si esas órdenes se las daban por escrito o se las daban en forma verbal? **Respuesta**: No, por lo general se las daban verbal, no por escrito no. **Pregunta**: ¿En esas ocasiones cuando se presentaban ese tipo de actividades cual era la labor que desarrollaba la señora Flor Myriam Ulloa Ramos? **Respuesta**: Pues ella tenía que organizar el club, organizar las sillas, tenía que barrer, trapear, que estuviera todo muy bien presentado, eso le correspondía a ella hacer eso, para poder atender a la gente que llegábamos. **Pregunta**: ¿Recuerda usted de pronto tiene conocimiento porque razón ella deja de ejercer esas labores de cuidado o celaduría en esas instalaciones del Club Humatepa? **Respuesta**: Pues como a todos nosotros los empleados de ley el 31 de diciembre terminó la alcaldía del señor alcalde, pues todos debíamos de salir, ella como que continuó un par de meses más, uno o dos meses más en la alcaldía en que está en la actualidad el señor Álvaro Bohórquez. **Pregunta**: Usted recuerda si, o puede decirnos porque razones la señora Fermina Dolores Merlano (sic) no habrá intentado antes ejercer alguna acción judicial para intentar reclamar esos derechos? **Respuesta**: Pues yo creo que el motivo es por la misma situación que el señor alcalde de allá le dilataba de que si, de que no se preocupe que nosotros vamos a hacerle un contrato más adelante, denos una espera, denos una espera (sic), me imagino ese fue el motivo por el cual.» Negrilla fuera del texto (Audio a folio a folio 124 CD. 7:13 minutos).

En la sentencia se tuvieron en cuenta los testimonios de los señores Carlos Castro, Álvaro Ríos Carranza, Sandra Patricia Pérez Avendaño, Juan Carlos Acero y Flor Myriam Ulloa Ramos, de donde extrajo y dijeron lo siguiente:

«De la prueba testimonial recaudada

* Rindió testimonio el señor Carlos Castro: quien señaló que la señora Flor Myriam vivió en el Club Humatepa y que sus funciones se concretaban en cuidar las instalaciones las 24 horas del día. Refirió que ella siempre solicitó a la administración un contrato pero le decían que cuando existiera presupuesto lo suscribirían. Expuso que el lugar cuenta con piscina, canchas de tejo y que la demandante se encargaba de organizarlo por petición de la administración para la celebración de cumpleaños de la esposa del alcalde, del día del amor y la amistad, de las brujas y capacitaciones; además relató que en el sitio ella vendía papas y gaseosa, pero que no le consta que por dicha actividad rindiera cuentas a la entidad territorial.
* También declaró el señor Álvaro Ríos Carranza quien expuso que la demandante vivía junto con su familia en el Club Humatepa, que ella se encargaba de cuidarlo, de realizar el correspondiente aseo y cuando habían eventos (cumpleaños, amor y amistad, hallowen) la señora Sandra Pérez le señalaba de manera verbal que debía organizarlo. Refiere que la demandante vendía chitos y gaseosa y que no le consta si utilizaba piscina.
* De igual manera depuso la señora Sandra Patricia Pérez Avendaño quien, en su condición de empleada de la entidad territorial para la época de los hechos, indicó que le entregaron el inmueble a Flor Myriam para que viviera y lo usufructuara ya que estaba en una zona de riesgo en la que era muy probable que lo invadieran. Señala que la demandante no rendía informes sobre el cuidado del club, no se le reconoció dinero por el cuidado del bien, no se le daban ningún tipo de órdenes; que ella usufructuaba el bien, hacía campeonatos de tejo y demás encuentros, actividades respecto de las cuales no rendía cuentas la Municipio. Por último expuso que en alguna oportunidad se utilizó el espacio para un evento en el que se le hizo el gasto a ella de la gaseosa, pero que todo lo correspondiente a la comida y demás fue hecho por una persona que contrataron para tal fin.
* Así mismo concurrió como testigo el señor Juan Carlos Acero quien señaló que en calidad de alcalde de la época, su administración le entregó el bien inmueble a la demandante para que viviera y cuidara de él junto con su familia. Expone que ella rendía informes y periódicamente se visitaba el inmueble para revisar como se encontraba, que no se impartía ninguna orden a la señora Ulloa, quien tenía una cafetería y vendía tintos en la casa de la cultura que se encuentra ubicada el frente del club, actividad sobre la cual nunca rindió cuentas al Municipio. Finalmente refiere que el inmueble anteriormente era del fondo de empleados que lo devolvió a la entidad territorial, no obstante ocasionalmente realizaban eventos allí pero no por órdenes de la administración.
* Por último se recibió declaración de parte a la señora Flor Myriam Ulloa Ramos quien señaló que el alcalde le entregó el bien para que lo cuidara, allí vendía gaseosa, agua, refrescos y papas para ayuda del sostenimiento, químicos para la piscina, poda de zonas verdes y pago de recibos de servicios públicos, que no rendía cuentas o informes de ventas, que allí no se realizaban eventos particulares sino solo eventos de la administración tales como cumpleaños de la esposa del alcalde, amor y amistad, día de brujas, que era la señora Sandra Pérez la que le impartía las órdenes para que alistara el lugar, que vivía junto con su familia y que el municipio nunca le reconoció dinero por su labor.» (sic) (Folios 233 y 233 vuelto.)

De acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente[[16]](#footnote-16), la sala concluye que no se está frente a un contrato realidad, debido a que no se configuran los elementos del mismo, como son la actividad personal, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y un salario como retribución.

Lo que se puede determinar es que se presentó un **comodato o préstamo de uso**, de conformidad con los artículos 2200 a 2220 del Código Civil, tal como se analizó en la sentencia recurrida.

El artículo 2200 del Código Civil establece:

«El comodato o préstamo de uso es un contrato en que una de las partes entrega a otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo a restituir la misma especie después de terminar su uso.

Ese contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa»

A su turno el artículo 2202 estipuló que:

«El comodato no puede emplear la cosa sino en el uso convenido, o falta de convención en el uso ordinario de las de su clase.

En caso de contravención podrá el comodante exigir la reparación de todo perjuicio, y la restitución inmediata, aun cuando para la restitución se haya estipulado plazo».

De los aludidos artículos del Código Civil que fueron enunciados se establece claramente que el acta firmada entre la demandante y el municipio de San Sebastián de Mariquita – Tolima no se puede configurar un contrato realidad como lo alega en su demanda la accionante, al igual que de los testimonios descritos, ya que en ellos se aprecia claramente que no existió un pago a favor de la señora Flor Myriam Ulloa Ramos, tampoco una subordinación y la continuada dependencia que depreca la demandante con respecto de la entidad demandada, en donde se le dieran órdenes o instrucciones para el manejo o custodia del bien inmueble que se le entregó mediante el acta aludida, por lo tanto se tendrá que confirmar la sentencia recurrida.

**De la condena en costas**

De acuerdo con la posición fijada por esta Subsección[[17]](#footnote-17), si bien la parte accionante resulta vencida, no se condenará en costas debido a que no hubo intervención en segunda instancia de la demandada.

**III. Decisión**

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**CONFIRMAR** la sentencia de 6 de febrero de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

**NO CONDENAR** en costas a la parte demandante de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

En firme esta decisión, envíese al Tribunal de origen.

 **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

1. Folios 7 y 8 del cuaderno principal del expediente. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 20 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 190 al 198 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 230 a 236. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 241 a 246. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 3 y 4 del expediente principal. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 5 del expediente principal. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 6 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 7 y 8 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 9 y 10 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 11 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folios 12 y13 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folio 124 CD audio de los testimonios. [↑](#footnote-ref-13)
14. Corte Constitucional, Sentencia C – 174 de 19 de marzo de 1997, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara. [↑](#footnote-ref-14)
15. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 18 de noviembre de 2003, Radicación número: 17001-23-31-000-1999-0039-01(IJ), Magistrado Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda. [↑](#footnote-ref-15)
16. Acta de entrega del bien inmueble y testimonios. [↑](#footnote-ref-16)
17. Se puede ver, entre otras, la sentencia de 14 de julio de 2016, radicado 2013-00270-03 (3869-2014). [↑](#footnote-ref-17)