

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Generalidades

El contrato de prestación de servicios es un contrato estatal típico, regulado en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Es definido 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”. La celebración de dicho contrato debe efectuarse a través de la modalidad de contratación directa.

CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Autonomía del contratista

[...] Si bien se celebran para obtener la prestación personal de un servicio, se diferencian del contrato de trabajo en que quien celebra el contrato de prestación de servicios debe mantener autonomía e independencia en la ejecución de la labor, lo que significa que no debe existir *subordinación* ni *dependencia*, que es uno de los elementos constitutivos del vínculo laboral. Por eso, el artículo 32, numeral 3º, de la Ley 80 de 1993 establece que “En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales”. Este inciso, más que un enunciado que aluda al “ser”, se refiere al “deber ser”, pues debe interpretarse en el sentido de que los contratos de prestación de servicios profesionales *no pueden* generar relación laboral, ni dar lugar a que las entidades estatales paguen por su cuenta los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral del contratista. Tal como se indicó, no puede existir subordinación y dependencia; entonces, la relación laboral está proscrita y el contratista es quien, como “trabajador independiente” –como lo califican las normas de la seguridad social– debe cotizar por su cuenta y riesgo al Sistema de Seguridad Social Integral.

CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Temporalidad

Deben ser temporales. La mencionada Sentencia de Unificación Jurisprudencial del Consejo de Estado, frente a la duración del contrato de prestación de servicios señaló que solo puede celebrarse por un “término estrictamente indispensable”. En ese entendido, unificó el sentido y alcance del término estrictamente indispensable como “**aquel que aparece expresamente estipulado en la minuta del contrato de prestación de servicios, que de acuerdo con los razonamientos contenidos en los estudios previos, representa el lapso durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento**”.

ADICIÓN – Concepto – Distintos supuestos – Prohibición – Adición en más del 50%

La ejecución de los contratos estatales está sujeta a los cambios propios del paso del tiempo. Así, durante la etapa de planeación, las entidades públicas estiman y determinan las prestaciones que demanda la satisfacción de la necesidad de interés colectivo que pretende satisfacer. No obstante, durante la ejecución del contrato, las partes identifican alguna de las siguientes situaciones: i) la necesidad de mayores cantidades de bienes o



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

actividades inicialmente previstos, a lo que se le conoce como "mayores cantidades de obra", "obras adicionales" o adición de "ítems contractuales"; y ii) la necesidad de ampliar las prestaciones contractuales, mediante la ejecución de nuevos ítems o actividades, no incluidos en el contrato inicial, para lo que en la práctica las entidades ejecutan "obras extra" o "amplían el alcance" del contrato mediante la celebración de un "contrato adicional". [...]

No obstante, la expresión "contrato adicional" al igual que las otras nociones doctrinarias y jurisprudenciales arriba señaladas entre comillas son de uso común en la práctica contractual por las entidades estatales. Lo importante en relación con las mismas, tal como se ha resaltado por esta Agencia en oportunidades anteriores, es que frente a cualquier incremento del valor inicial del contrato, que implica una adición, por cualquiera de los dos supuestos señalados previamente, e independientemente del nombre que se le dé al acuerdo, aplica el límite previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.: "Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales"

ADICIÓN – Prohibición – Monto – Cálculo – Parágrafo artículo 40 – Ley 80 de 1993

Dicha norma además de consagrar una prohibición trae implícita una autorización, consistente en la posibilidad de adicionar los contratos estatales, siempre que no se supere el tope establecido. La regla establecida en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 aplica a todos los contratos estatales regidos por el EGCAP, independientemente de la modalidad de selección, de la tipología contractual del negocio jurídico que se considere necesario adicionar o del sistema de precios pactados.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA – Concepto

El fuero de maternidad es una figura que otorga una protección reforzada a la futura madre y a la que acaba de serlo, es decir, a la mujer que se encuentra en estado de embarazo y en periodo de lactancia, con el fin de que el proceso de gestación no interfiera en la estabilidad laboral que, como trabajadora, le asiste. El propósito es que las aspiraciones familiares y profesionales de la mujer no se excluyan y puedan armonizarse, al punto de desarrollar su proyecto de vida y su personalidad en condiciones de dignidad y libertad, pues históricamente el estado de gravidez (embarazo) ha constituido un motivo de exclusión de la mujer en el trabajo, en el que es preciso "impedir la discriminación constituida por el despido, la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión del embarazo o la lactancia".

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA – Unificación jurisprudencial

[...] en el año 2018 la Corte Constitucional profirió la sentencia de unificación SU-075 de 2018, en la cual recoge, entre otras, las sentencias T-030 de 2018 y T-350 del 2016. En esta providencia, el Alto Tribunal establece unos criterios con el fin de impedir la discriminación que se puede presentar a una mujer en estado de embarazo o lactancia, específicamente, respecto a la terminación o la no renovación del contrato. Dando paso a establecer que



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

el denominado “fuero de maternidad”, encuentra también su sustento en la cláusula general de igualdad de la Constitución “que proscribe la discriminación por razones de sexo, así como en el ya mencionado artículo 43 Superior, que dispone la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres”

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA – Procedencia

Conforme a lo anterior, la Corte Constitucional ha expuesto dos (2) posiciones frente a los cuales opera la protección proveniente del denominado fuero de maternidad de mujeres vinculadas por medio de un contrato de prestación de servicios: (i) cuando el juez prueba la configuración de un contrato realidad en el contrato de prestación de servicios, porque concurren los siguientes elementos: a) el salario, b) la continua subordinación o dependencia y c) la prestación personal del servicio; y además, (ii) cuando a pesar de no probarse la configuración de un contrato realidad la terminación del contrato de prestación de servicios se fundamenta en criterios discriminatorios, y no en motivos objetivos.



Bogotá D.C., [Día] de [Mes.NombreCapitalizado] de [Año]



Señor

Jaime Vanegas Bernal

vanegas.leins@gmail.com

Madrid, Cundinamarca

Concepto C – 463 de 2023

Temas:

CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Generalidades / CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Autonomía del contratista / CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Temporalidad / ADICIÓN – Concepto – Distintos supuestos – Prohibición – Adición en más del 50% / ADICIÓN – Prohibición – Monto – Cálculo – Parágrafo artículo 40 – Ley 80 de 1993 / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA – Concepto / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA – Unificación jurisprudencial / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA – Procedencia

Radicación:

Respuesta a consulta P20231019016147

Estimado señor Vanegas:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta recibida el 19 de octubre de 2023.

1. Problemas planteados



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

Usted realiza la siguiente consulta:

“Existe una contratista -prestación de servicios profesionales- en estado de embarazo con un periodo de gestación de 4 meses, que requiere que la entidad le garantice la calidad reforzada y por ende se solicita se resuelva el proceder correcto de la entidad según estas dos preguntas:

1. ¿para garantizar la calidad reforzada de la licencia de maternidad, la entidad puede superar la adición de más del 50% del valor del contrato hasta que se cumpla la licencia de maternidad?

2. Caso contrario ¿para garantizar la calidad reforzada de la licencia de maternidad, la entidad debe dejar terminar el plazo del contrato y realizar un contrato nuevo?” [sic]

2. Consideraciones

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos concretos desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública¹. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias ni brindar asesorías sobre casos puntuales. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos

¹ La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5° de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”. Seguidamente, el numeral 8° del artículo 11 *ibidem* señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”.



asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad de adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. De esta manera, le corresponderá a cada entidad definir la viabilidad técnica, jurídica y financiera de adelantar alguna gestión en específico.

En atención a lo anterior, la Subdirección de Gestión Contractual –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal, luego de analizar los siguientes temas: i) características generales del contrato de prestación de servicios; ii) concepto de adición en los contratos estatales y sus límites en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y iii) estabilidad ocupacional reforzada de las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia frente a los contratos de prestación de servicios.

La Agencia se ha pronunciado sobre la estabilidad ocupacional reforzada en mujer embarazada en los conceptos 2201913000009150 del 11 de diciembre de 2019, 2201913000009571 del 24 de diciembre de 2019, C-712 del 7 de diciembre de 2022, C-789 del 22 de noviembre de 2022, C-920 del 14 de febrero de 2023, C-031 del 17 de marzo de 2023 y C-213 de 26 de junio de 2023². Las tesis propuestas en tales conceptos se reiteran y se complementan en lo pertinente a continuación.

2.1. Características generales del contrato de prestación de servicios. Reiteración de línea

El contrato de prestación de servicios es un contrato estatal típico, regulado en el numeral 32.3 de la Ley 80 de 1993. Es definido como aquel que “celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo se podrán celebrar 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”. La celebración de dicho contrato debe efectuarse a través de la modalidad de contratación directa. Así lo dispone el artículo 2, numeral 4º, literal h) de la Ley 1150 de 2007.

² Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

“La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

[...]

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

[...]

h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales”.

En tal sentido, el artículo 2.2.1.2.1.4.9 del Decreto 1082 de 2015 reglamentó la contratación directa para los contratos de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, en los siguientes términos:

“Las Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la Entidad Estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

La Entidad Estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos”.

A partir de las disposiciones citadas, así como de la Sentencia de Unificación Jurisprudencial de 09 de septiembre de 2021, proferida por el Consejo de Estado³,

³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 9 de septiembre de 2021. Expediente No. 05001-23-33-000-2013-01143-01(1317-16). M.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

es posible señalar las siguientes características del contrato de prestación de servicios:

i) Sólo puede celebrarse para realizar "actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad", es decir, que hagan parte de su giro ordinario o que hacer diario⁴.

ii) Respecto del tipo de personas que pueden ser contratadas, admite que se suscriba con personas naturales o jurídicas. Sin embargo, cuando se celebre con personas naturales la entidad estatal debe justificar, en los estudios previos, que las actividades "no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados".

iii) Si bien se celebran para obtener la prestación personal de un servicio, se diferencian del contrato de trabajo en que quien celebra el contrato de prestación de servicios debe mantener autonomía e independencia en la ejecución de la labor, lo que significa que no debe existir *subordinación* ni *dependencia*, que es uno de los elementos constitutivos del vínculo laboral⁵. Por eso, el artículo 32, numeral 3º, de la Ley 80 de 1993 establece que "En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales". Este inciso, más que un enunciado que aluda al "ser", se refiere al "deber ser", pues debe interpretarse en el sentido de que los contratos de prestación de servicios profesionales *no pueden* generar relación laboral, ni dar lugar a que las entidades estatales paguen por su cuenta los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral del contratista. Tal como se indicó, no puede existir subordinación y dependencia; entonces, la relación laboral está proscrita y el contratista es quien, como "trabajador independiente" – como lo califican las normas de la seguridad social– debe cotizar por su cuenta y riesgo al Sistema de Seguridad Social Integral⁶.

⁴ Así lo señaló el Consejo de Estado en la sentencia de unificación en mención, al indicar que "cualquier contrato de prestación de servicios tiene por objeto genérico "desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad".

⁵ El artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo establece: "1. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. 2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario".

⁶ En efecto, el artículo 244 de la Ley 1955 de 2015 dispone, en lo pertinente: "Los trabajadores independientes con ingresos netos iguales o superiores a 1 salario mínimo legal mensual vigente que celebren contratos de prestación de servicios personales, cotizarán mes vencido al Sistema de



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

A pesar de este mandato deontológico, es posible que en la práctica se configure una relación laboral, pues el contrato de trabajo es de *realidad* y para perfeccionarlo rige el principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades. En el sentido anterior, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del segundo inciso del numeral 3° del artículo 32, indicando que “las expresiones acusadas del numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no vulneran los preceptos constitucionales, razón por la cual deberán ser declaradas exequibles, salvo que se acredite por parte del contratista la existencia de una relación laboral subordinada”⁷.

iv) Deben ser temporales. La mencionada Sentencia de Unificación Jurisprudencial del Consejo de Estado, frente a la duración del contrato de prestación de servicios señaló que solo puede celebrarse por un “término estrictamente indispensable”. En ese entendido, unificó el sentido y alcance del término estrictamente indispensable como “aquel que aparece expresamente estipulado en la minuta del contrato de prestación de servicios, que de acuerdo con los razonamientos contenidos en los estudios previos, representa el lapso durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento”. De igual manera, señaló que “no cabe su empleo para la cobertura indefinida de necesidades permanentes o recurrentes”. En sentido similar se manifestó la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 1997, expresando que:

“La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto

Seguridad Social Integral, sobre una base mínima del 40% del valor mensualizado del contrato, sin incluir el valor del Impuesto al Valor Agregado (IVA).

Los independientes por cuenta propia y los trabajadores independientes con contratos diferentes a prestación de servicios personales con ingresos netos iguales o superiores a un (1) salario mínimo legal mensual vigente efectuarán su cotización mes vencido, sobre una base mínima de cotización del 40% del valor mensualizado de los ingresos, sin incluir el valor del Impuesto al Valor Agregado (IVA). En estos casos será procedente la imputación de costos y deducciones siempre que se cumplan los criterios determinados en el artículo 107 del Estatuto Tributario y sin exceder los valores incluidos en la declaración de renta de la respectiva vigencia.

El Gobierno nacional reglamentará el mecanismo para realizar la mensualización de que trata el presente artículo.

[...]”.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997. MP: Hernando Herrera Vergara.



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

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”⁸.

v) Se celebran a través de la modalidad de contratación directa, independientemente de la cuantía y del tipo de servicio profesional, siempre que su objeto no sea la consultoría. Esto por cuanto, como lo indicó el Consejo de Estado en otra Sentencia de Unificación Jurisprudencial del año 2013, si bien en ambos existe un componente intelectual y profesional, el objeto del contrato de consultoría es especial y debe celebrarse, por regla general, mediante un concurso de méritos⁹. Esto también se deriva del artículo 2, numeral 4º, literal h) de la Ley 1150 de 2007, al señalar que procede la contratación directa para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas.

vi) Para su celebración no se requiere expedir un acto administrativo de justificación de la contratación directa¹⁰.

⁸ *Ibíd.*

⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de Unificación del 2 de diciembre de 2013. Exp. 41.719. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Además, el numeral 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de consultoría así: “Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato”.

¹⁰ Así lo dispone el artículo 2.2.1.2.1.4.1. del Decreto 1082 de 2015: “La Entidad Estatal debe señalar en un acto administrativo la justificación para contratar bajo la modalidad de contratación directa, el cual debe contener:

1. La causal que invoca para contratar directamente.
2. El objeto del contrato.
3. El presupuesto para la contratación y las condiciones que exigirá al contratista.
4. El lugar en el cual los interesados pueden consultar los estudios y documentos previos.



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

vii) El contrato admite la inclusión de cláusulas excepcionales. En los contratos de prestación de servicios se puede pactar la caducidad, la modificación, interpretación o terminación unilateral, como acuerdos o elementos accidentales, así que para ejercer estas exorbitancias deben incluirse expresamente, porque no se entienden pactadas como cláusula de la naturaleza. Así se infiere del artículo 14, numeral 2º, de la Ley 80 de 1993¹¹.

viii) No es obligatoria la liquidación de estos contratos, como lo establece el artículo 217 del Decreto 019 de 2012, que modificó el artículo 60 de la Ley 80 de 1993¹².

ix) Para su celebración el contratista no requiere estar inscrito en el Registro Único de Proponentes –en adelante RUP–, como lo señala el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007¹³.

Este acto administrativo no es necesario cuando el contrato a celebrar es de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, y para los contratos de que tratan los literales (a) y (b) del artículo 2.2.1.2.1.4.3 del presente decreto”.

¹¹ La norma expresa: “Art. 14. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

[...]

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

[...]”.

¹² La norma dispone: “La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión”.

¹³ Según dicho artículo: “Art. 6. Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes.

[...]”.



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

- x) No es obligatoria la exigencia de garantías¹⁴.
- xi) Como los demás contratos estatales, se trata de un contrato solemne que debe constar por escrito y debe ser publicado en el SECOP.
- xii) Como especies del género *prestación de servicios*, se incluyen los *contratos de prestación de servicios profesionales, los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión y los contratos de prestación de servicios artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales*¹⁵. La diferencia entre el contrato de prestación de servicios profesionales con las otras dos especies del género en el cual se ubican radica en su contenido intelectual intangible y, al mismo tiempo, en la formación profesional que se exige para desempeñar la labor. Así lo consideró el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación jurisprudencial del 2 de diciembre de 2013, al explicar que:

“Su objeto está determinado por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad, tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, con conocimientos especializados siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas consideradas legalmente como profesionales. Se caracteriza por

¹⁴ Así lo establece el Decreto 1082 de 2015: “Artículo 2.2.1.2.1.4.5. No obligatoriedad de garantías. En la contratación directa la exigencia de garantías establecidas en la Sección 3, que comprende los artículos 2.2.1.2.3.1.1 al 2.2.1.2.3.5.1. del presente decreto no es obligatoria y la justificación para exigirlos o no debe estar en los estudios y documentos previos”.

¹⁵ El Decreto 1082 de 2015 lo establece de la siguiente manera: “Artículo 2.2.1.2.1.4.9. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Las Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la Entidad Estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

La Entidad Estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos”.



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

demandar un conocimiento intelectual cualificado: el saber profesional"¹⁶.

Lo expuesto, según la jurisprudencia citada, se diferencia del objeto del contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión, en los siguientes aspectos:

"Su objeto contractual participa de las características encaminadas a desarrollar actividades identificables e intangibles. Hay lugar a su celebración en aquellos casos en donde las necesidades de la Administración no demanden la presencia de personal profesional.

Aunque también se caracteriza por el desempeño de actividad intelectual, ésta se enmarca dentro de un saber propiamente técnico; igualmente involucra actividades en donde prima el esfuerzo físico o mecánico, en donde no se requiere de personal profesional.

Dentro de su objeto contractual pueden tener lugar actividades operativas, logísticas o asistenciales, siempre que satisfaga los requisitos antes mencionados y sea acorde con las necesidades de la Administración y el principio de planeación"¹⁷.

En relación con el contrato de prestación de servicios artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, señala la mencionada decisión judicial lo siguiente:

"Tienen lugar dentro de esta categoría los contratos de prestación de servicios que tengan por objeto la ejecución de trabajos artísticos, esto es, trabajos que corresponden al conjunto de creaciones humanas que expresan una especial visión del mundo, tanto real como imaginaria, y que sólo pueda celebrarse con determinadas personas naturales, lo que implica que el contratista debe ser un artista, esto es, una persona reconocida como realizador o productor de arte o trabajos artísticos"¹⁸.

En este sentido, el contrato de prestación de servicios profesionales se caracteriza porque su objeto guarda relación con el desarrollo de actividades que demandan competencias y habilidades profesionales o especializadas de la

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de Unificación del 2 de diciembre de 2013. Exp. 41.719. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ *Ibíd.*



persona natural o jurídica a contratar, de manera que se trata de un *saber intelectual cualificado*. En cambio, los contratos de prestación de servicios de *apoyo a la gestión* y de *servicios artísticos* no involucran ese conocimiento profesional o especializados para su ejecución. En los contratos de apoyo a la gestión el contratista desempeña un esfuerzo o actividad de apoyo, acompañamiento, o soporte, donde “lo predominante es el actuar como ejecutor, con el propósito y finalidad de satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento de la misma, por personas no profesionales y que no implican el ejercicio de funciones públicas administrativas”. Igualmente, en el contrato de prestación de servicios artísticos lo prevalente es que la persona que lo ejecute se trate de un artista, es decir, “una persona reconocida como realizador o productor de arte, de obras de arte, ejecutor de trabajos artísticos”, para lo cual es indiferente el carácter de profesional.

2.2. Concepto de adición en los contratos estatales y sus límites en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Reiteración de línea

El Estatuto General de Contratación para la Administración Pública – EGCAP– no establece una diferencia entre los conceptos de prórroga, adición y renovación de los contratos estatales, por ello resulta necesario recurrir a otras disposiciones y aportes doctrinarios para distinguirlos. Como distinción inicial, se tiene que el concepto prórroga está particularmente ligado con la modificación –ampliación– del plazo de los contratos; las adiciones con el incremento del valor, debido a la inclusión de nuevas obligaciones, sea por la introducción de nuevas actividades o por la ejecución de una mayor cantidad de las pactadas inicialmente; y la renovación con el nacimiento de un nuevo contrato, con condiciones similares o idénticas al contrato inicial

Como es sabido, uno de los elementos más comunes en los contratos estatales es el *precio*, también conocido como valor. Aunque no todo contrato lo incluye –pues también existen negocios gratuitos– lo usual es que los contratos estatales se perfeccionen como onerosos y, la mayoría de las veces, como conmutativos. Adicionalmente, el precio suele ser el elemento más importante para el contratista, porque equivale a la remuneración que la entidad contratante le pagará por la ejecución del objeto contractual.



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

Desde la etapa de planeación, en la fase precontractual, las entidades estatales deben calcular el presupuesto oficial, mediante la realización del análisis del sector –que incluye el estudio del mercado– y definir la metodología con la cual estructurarán el precio del contrato. Dicho de otro modo, hace parte de los estudios previos la definición del esquema que la entidad usará para estipular el precio. Tal metodología generalmente depende del tipo de contrato, pues hay algunas modalidades más comunes en los de obra pública; otras más utilizadas en los de prestación de servicios y otras más indicadas para los de concesión, por mencionar algunos ejemplos¹⁹.

En ese contexto, tanto las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en adelante EGCAP, como las excluidas de este, es decir las que tienen un régimen especial, gozan de autonomía para configurar el precio y para establecer el sistema de pago más apropiado para satisfacer los fines de la contratación, respetando los límites previstos en el ordenamiento. Para las entidades que se rigen por el EGCAP, tal autonomía está reconocida en los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, la ejecución de los contratos estatales está sujeta a los cambios propios del paso del tiempo. Así, durante la etapa de planeación, las Entidades Estatales estiman y determinan las prestaciones que demanda la satisfacción de la necesidad de interés colectivo que pretende satisfacer. No obstante, durante la ejecución del contrato, las partes identifican alguna de las siguientes situaciones: i) la necesidad de mayores cantidades de bienes o actividades inicialmente previstos, a lo que se le conoce como “mayores cantidades de obra”, “obras adicionales” o adición de “ítems contractuales”; y ii) la necesidad de ampliar las prestaciones contractuales, mediante la ejecución de nuevos ítems o actividades, no incluidos en el contrato inicial, para lo que en la práctica las entidades ejecutan

¹⁹ “La manera como las ofertas presentan el precio varía demasiado, incluso por razón de la costumbre que se impone en determinados negocios. Por ejemplo, tratándose de la compraventa, del suministro o la prestación de servicios profesionales –entre otros contratos, que de hecho son la mayoría– el valor que se ofrece no se desglosa para revelar al destinatario su estructura de costos. El proponente se limita a establecer una cifra por la que está dispuesto a asumir ciertas obligaciones, pero el comprador desconoce cómo se compone internamente, es decir, no sabe –ni usualmente le interesa conocerlo– qué parte del valor corresponde a gastos de mano de obra, de transporte, de energía, cuál es la utilidad esperada, entre otros conceptos. En estos casos se limita a conocer con claridad absoluta cuánto le costará el bien o el servicio, porque es lo que pagará.

“Sin embargo, en otros negocios, como la obra pública, la concesión y la consultoría, el Estado está acostumbrado a que se desglosen intensamente los costos, exigiendo no sólo el precio total sino una distinción entre los costos directos y los costos indirectos. Los primeros son los gastos imprescindibles para ejecutar la obra, entre los que se encuentra: la adquisición de materiales, insumos y suministros, la inversión en equipos, el pago de la mano de obra de las cuadrillas de trabajadores obreros y otros gastos afines –representados en los ítems que componen el contrato–. Los costos indirectos aluden a los gastos que también son necesarios para la obra, pero que no hacen parte de los elementos mismos con los que se construye, es decir, se trata de los costos de administración de la obra, los imprevistos que se presentan durante su ejecución y la utilidad esperada” (MARÍN CORTÉS, Fabián. El precio. Serie: Las cláusulas del contrato estatal. Medellín: Librería Jurídica Sánchez y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–, 2012. pp. 63-64).



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

“obras extra” o “amplían el alcance” del contrato mediante la celebración de un “contrato adicional”.

Este último término tiene origen en el artículo 58 del Decreto ley 222 de 1983²⁰, el cual establecía el “contrato adicional” como el mecanismo a utilizar cuando existiere la “necesidad de modificar el plazo o el valor convenido y no se tratara de la revisión de precios” regulada por dicho estatuto. Sin embargo, dicha figura fue abandonada por la Ley 80 de 1993, estatuto que, fuera de lo dispuesto en relación con la potestad de modificación unilateral, solo aludió a la posibilidad de adicionar valor de los contratos estatales dentro de un límite dado por el cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial expresado, pero sin establecer una limitación expresa sobre otros elementos sobre los que recae la adición²¹.

No obstante, la expresión “contrato adicional” al igual que las otras nociones doctrinarias y jurisprudenciales arriba señaladas entre comillas son de uso común en la práctica contractual por las Entidades Estatales. Lo importante en relación con las mismas, tal como se ha resaltado por esta Agencia en oportunidades anteriores, es que frente a cualquier incremento del valor inicial del contrato, que implica una adición, por cualquiera de los dos supuestos señalados previamente, e independientemente del nombre que se le dé al acuerdo, aplica el límite previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.: “Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”. De manera que, aunque es posible

²⁰ Decreto ley 222 de 1983: “Artículo 58. De los contratos adicionales. Salvo lo dispuesto en el título IV, cuando haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenido y no se tratara de la revisión de precios prevista en este estatuto, se suscribirá un contrato adicional que no podrá exceder la cifra resultante de sumar la mitad de la cuantía originalmente pactada más el valor de los reajustes que se hubieren efectuado a la fecha de acordarse la suscripción del contrato adicional.

“Las adiciones relacionadas con el valor quedarán perfeccionadas una vez suscrito el contrato y efectuado el registro presupuestal. Las relaciones con el plazo sólo requerirán firma del jefe de la entidad contratante y prórroga de las garantías.

“Serán requisitos para que pueda iniciarse la ejecución del contrato, la adición y prórroga de las garantías y el pago de los impuestos correspondientes.

“Los contratos de interventoría, administración delegada, y consultoría previstos en este estatuto, podrán adicionarse sin el límite fijado en el presente artículo.

“Las adiciones deberán publicarse en el Diario oficial.

“En ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviere vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales, ni pactarse prórrogas automáticas.

“Parágrafo. Los contratos de empréstito distintos a los créditos de proveedores, no se someterán a lo dispuesto en este artículo”.

²¹ La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha explicado que: “[...] son diferentes el contrato adicional y la adición de contratos. Aquel es un nuevo contrato, mientras esta es una modificación de un contrato en ejecución. La Ley 80 de 1993 abandonó el concepto de contrato adicional e introdujo el de “adición de los contratos”, sin especificar los elementos sobre los cuales puede hacerse la adición, mantuvo sí un límite: no más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado este en salarios mínimos legales mensuales [...]”. Concepto 1128 del 26 de agosto de 1998, C.P. César Hoyos Salazar.



celebrar todos los tipos de acuerdos indicados, siempre se debe observar esta última disposición²².

Dicha norma además de consagrar una prohibición trae implícita una autorización, consistente en la posibilidad de adicionar los contratos estatales, siempre que no se supere el tope establecido. La regla señalada en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 aplica a todos los contratos estatales regidos por el EGCAP, independientemente de la modalidad de selección, de la tipología contractual del negocio jurídico que se considere necesario adicionar o del sistema de precios pactados.

En ese orden, teniendo en cuenta que en la consulta se está haciendo referencia a la estabilidad ocupacional reforzada de mujeres embarazadas vinculadas mediante un contrato de prestación de servicios, procederemos a analizar dicha figura según el criterio diseñado por la Corte Constitucional.

2.3. Estabilidad ocupacional reforzada de las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia frente a los contratos de prestación de servicios. Reiteración de línea

El fuero de maternidad es una figura que otorga una protección reforzada a la futura madre y a la que acaba de serlo, es decir, a la mujer que se encuentre en estado de embarazo y en periodo de lactancia, con el fin de que el proceso de gestación no interfiera en la estabilidad laboral que, como trabajadora, le asiste. El propósito es que las aspiraciones familiares y profesionales de la mujer no se excluyan y puedan armonizarse, al punto de desarrollar su proyecto de vida y su personalidad en condiciones de dignidad y libertad, pues históricamente el estado de gravidez ha constituido un motivo de exclusión de la mujer en el trabajo, en el que es preciso “impedir la discriminación constituida por el despido, la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión del embarazo o la lactancia”²³.

Con el fin de aclarar el objeto bajo consulta, se explicarán las dos (2) posiciones que ha definido al Corte Constitucional para proteger el fuero de maternidad a una mujer que está vinculada a través de un contrato de prestación

²² Lo anterior, sin perjuicio de lo prescrito por la Ley 1474 de 2011, que en su artículo 85, en relación con los contratos de interventoría, excepciona la aplicación de la restricción analizada, de manera que podrán adicionarse sin importar su monto: “Artículo 85. Continuidad de la interventoría. Los contratos de interventoría podrán prorrogarse por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato objeto de vigilancia. En tal caso el valor podrá ajustarse en atención a las obligaciones del objeto de interventoría, sin que resulte aplicable lo dispuesto en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993”.

²³ Corte Constitucional, sentencia T-743 de 2017, Exp. T-6.366.648 Magistrada Ponente Cristina Pardo Schlesinger.



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

de servicios. Lo anterior, para determinar cuál es la posición del Alto Tribunal Constitucional en la defensa del derecho a la estabilidad laboral reforzada.

La Corte Constitucional, en la Sentencia SU-070 de 2013, con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, fijó la primera posición frente el tema, indicando que la protección al fuero de maternidad excluye a las trabajadoras que laboran de manera independiente, y sólo procede su protección si el juez de tutela, al analizar las condiciones propias del contrato de prestación de servicios, comprueba que las partes están vinculadas a través de un contrato de trabajo²⁴. De esta forma, la protección a la estabilidad laboral reforzada de mujeres vinculadas a través de un contrato de prestación de servicios sólo procede frente aquellos casos donde se verifique la concurrencia de los tres (3) elementos del contrato de trabajo.

De acuerdo con la sentencia T-564 de 2017, a pesar de no probarse la configuración del contrato realidad se debe proteger a la mujer en estado embarazo, vinculada a través de un contrato de prestación de servicios, porque a pesar de que la trabajadora informó al empleador de su estado de gestación, éste terminó anticipadamente su contrato, configurándose una terminación por motivos discriminatorios. Por su parte, la sentencia T-102 de 2016, si bien reconoce la existencia del contrato realidad, reitera que el empleador no demostró ningún motivo objetivo que justificara la terminación del contrato, ya sea porque la actividad que venía realizando ya no era necesaria, o porque no probó que las causas que originaron la contratación desaparecieron, entre otros.

En el mismo sentido, en el salvamento de voto a la sentencia T-743 de 2017, se reiteró que la protección a la mujer en estado de embarazo, vinculada por un

²⁴ La sentencia explica lo siguiente: “En el supuesto de vinculación de la mujer gestante o lactante mediante contrato de prestación de servicios, el juez de tutela deberá analizar las circunstancias fácticas que rodean cada caso, para determinar si bajo dicha figura contractual no se está ocultando la existencia de una auténtica relación laboral.

[...]

“Bajo esta lógica, deberá verificarse la estructuración material de los elementos fundamentales de un contrato de trabajo, ‘independientemente de la vinculación o denominación que el empleador adopte para el tipo de contrato que suscriba con el trabajador’. Así, la jurisprudencia de la Corte ha reconocido que los elementos que configuran la existencia de un contrato de trabajo son (i) el salario, (ii) la continua subordinación o dependencia y (iii) la prestación personal del servicio. Por lo tanto, si el juez de tutela concluye la concurrencia de estos tres elementos en una vinculación mediante contrato de prestación de servicios de una trabajadora gestante o lactante, podrá concluirse que se está en presencia de un verdadero contrato de trabajo”.



contrato de prestación de servicios, no sólo se realiza cuando se prueba la configuración de contrato realidad, sino, además, cuando se demuestre que la decisión de la terminación es discriminatoria y no atiende a un motivo objetivo:

"Pues bien, el objeto de la aclaración que presento es la necesidad de subrayar la línea jurisprudencial vigente en materia estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada en el marco de un contrato de prestación de servicios. A diferencia de las consideraciones de la sentencia, en las cuales se concluye que si no se comprueban los elementos del contrato laboral en la relación contractual no es posible alegar la violación del derecho a la estabilidad laboral reforzada, considero que existen sentencias recientes de las diferentes Salas de Revisión que han establecido que en el marco de relaciones de prestación de servicios, el juez de tutela, a pesar de no encontrar probados los elementos del contrato realidad, sí puede garantizar la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, siempre y cuando se demuestre que la decisión de la desvinculación es discriminatoria y no atiende a un motivo objetivo.

Son un ejemplo de esta tesis jurisprudencial las sentencias T-102 de 2016, T-350 de 2016 y T-564 de 2017, que sostienen que en el marco de relaciones de contratos de prestación de servicios independientemente de la prueba sobre los elementos del contrato realidad, si se demuestra la necesidad de la función o continuidad del objeto del contrato, se presume que la desvinculación fue en razón del estado de embarazo, y en consecuencia, procede con todos sus efectos el numeral 2º del artículo 239 del Código Sustantivo de Trabajo". (Énfasis fuera del texto).

Finalmente, la Corte Constitucional profirió la sentencia de unificación SU-075 de 2018, en la cual recoge, entre otras, las sentencias T-030 de 2018 y T-350 del 2016. En esta providencia, el Alto Tribunal establece unos criterios con el fin de impedir la discriminación que se puede presentar a una mujer en estado de embarazo o lactancia, específicamente, respecto a la terminación o la no renovación del contrato. Dando paso a establecer que el denominado "fuero de maternidad", encuentra también su sustento en la cláusula general de igualdad de la Constitución "que proscribe la discriminación por razones de sexo, así como en el ya mencionado artículo 43 Superior, que dispone la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres"²⁵. La sentencia citada determina el tratamiento que deberían darles las entidades a sus trabajadoras o contratistas

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU-075 de 2018. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado



cuando se encuentren en estado de embarazo o lactancia, estableciendo su procedencia en los siguientes términos:

“La protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo procede cuando se demuestre, sin ninguna otra exigencia adicional, lo siguiente:

- (a) La existencia de una relación laboral o de prestación de servicios y;
- (b) Que la mujer se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.

No obstante, el alcance de la protección se debe determinar a partir de dos factores:

- (a) El conocimiento del embarazo por parte del empleador; y
- (b) La alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada”.

Como se evidencia en el texto referido, el criterio de la Corte establece que solo se requiere acreditar la relación laboral o la existencia de un contrato de prestación de servicios y el estado de embarazo o lactancia para acceder a la protección denominada estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada y en periodo de lactancia. Para el caso concreto de los contratos de prestación de servicios, la sentencia en mención determina:

“[...] en el supuesto en que la trabajadora gestante o lactante haya estado vinculada mediante un contrato de prestación de servicios y logre demostrar la existencia de un contrato realidad, se deberán aplicar las reglas propuestas para los contratos a término fijo, toda vez que, “dentro las características del contrato de prestación de servicios, según lo ha entendido esta Corporación, se encuentran que se trata de un contrato temporal, cuya duración es por un tiempo limitado, que es además el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido [...]”.

Conforme a lo anterior, la Corte Constitucional ha expuesto dos (2) posiciones frente a los cuales opera la protección del denominado fuero de maternidad de mujeres vinculadas por medio de un contrato de prestación de servicios: i) cuando el juez prueba la configuración de un contrato realidad en el contrato de prestación de servicios, porque concurren los siguientes elementos: a) el salario, b) la continua subordinación o dependencia y c) la prestación personal



del servicio; y además, ii) cuando a pesar de no probarse la configuración de un contrato realidad la terminación del contrato de prestación de servicios se fundamenta en criterios discriminatorios, y no en motivos objetivos.

Asimismo, se resalta que el Alto Tribunal Constitucional, en la sentencia T-743 de 2017, reiteró que la protección a la mujer en estado de embarazo y en periodo de lactancia está sustentada en cuatro presupuestos de origen constitucional: i) el deber de protección especial a la mujer gestante, ii) la contención de prácticas discriminatorias en el escenario laboral contra la mujer con ocasión del estado de embarazo, iii) la protección a la vida y a la mujer como su gestora y iv) la relevancia de la familia en el ordenamiento social colombiano.

Adicionalmente, la Corte Constitucional profirió la sentencia T-329 de 2022, con ponencia de la magistrada Natalia Ángel Cabo, en la cual reiteró el precedente sobre la protección de la mujer embarazada y en período de lactancia en contratos de prestación de servicios establecido en la Sentencia S-070 de 2013, al indicar lo siguiente:

“[...] En la Sentencia SU-070 de 2013, la Corte reconoció la protección de la mujer embarazada en otras alternativas laborales. En relación con el contrato de prestación de servicios indicó que el juez de tutela debe evaluar si existe un inminente riesgo de afectación al mínimo vital o a otros derechos fundamentales de la accionante. En caso afirmativo, el juez de tutela está obligado a evaluar las circunstancias fácticas particulares para determinar si tras esa figura contractual está oculta una relación laboral o si efectivamente se trata de un contrato de prestación de servicios. En los casos en los que se encuentre que el contrato de prestación de servicios oculta una relación laboral, se deben aplicar las reglas establecidas para el contrato laboral a término fijo”.

En dicha providencia la Corte consideró que, en los casos de en los casos de vinculación mediante contrato de prestación de servicios, aun cuando en el trámite de tutela no se logren acreditar los elementos del contrato realidad, hay lugar a la protección derivada de del fuero de maternidad. Lo anterior, en palabras de la Corte encuentra sustento en las siguientes razones: “(i) la protección de la mujer gestante o en periodo de lactancia se deriva de, entre otros, los artículos 43, 53 y 13 de la Constitución Nacional; (ii) la Sentencia SU-070 de 2013 reiteró la protección a la mujer embarazada en todas las alternativas laborales o de trabajo en las que se incluye el contrato de prestación de servicios; (iii) la Sentencia SU-075 de 2018 reiteró que las condiciones para la protección de la mujer embarazada son la existencia de una relación laboral o de prestación de servicios y que la mujer



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación de servicios; y (iv) las salas de revisión de la Corte Constitucional reconocen la protección derivada del fuero de maternidad en los contratos de prestación de servicios²⁶.

En línea con lo anterior, resulta relevante relacionar las reglas establecidas en la jurisprudencia constitucional para la protección de las mujeres vinculadas mediante contrato de prestación de servicios a quienes no se les renueva dicho contrato mientras se encuentran en estado de embarazo o lactancia:

Tipo de relación material	Alcance de la protección
Se configura un contrato realidad	El juez de tutela deberá aplicar las reglas establecidas para el contrato laboral a término fijo, debido a que este contrato, por sus características de temporalidad, es el que mejor se asemeja al contrato de prestación de servicios ²⁷ .
No se configura un contrato realidad	<p>Si (i) el contratante conoce el estado de embarazo de la contratista, (ii) subsiste la causa del contrato y (iii) no cuenta con permiso del inspector del trabajo para terminar el contrato, el juez deberá ordenar:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. La renovación de la relación contractual, la cuál se dará hasta por el término del periodo de lactancia. b. El pago de los honorarios dejados de percibir desde la fecha de no renovación del contrato, hasta la renovación del mismo; c. El pago por concepto de la indemnización por despido discriminatorio²⁸; y d. El pago de la licencia de maternidad. Este pago no se realizará si en el caso se acredita que la madre disfrutó de la licencia de maternidad²⁹.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-329 del 19 de septiembre de 2022. Expediente T-8.517.984. Magistrada Ponente: Natalia Ángel Cabo

²⁷ Sentencia SU-070 de 2013. Fund. 6. Reiterado en las sentencias SU-040 de 2018 y SU-075 de 2018.

²⁸ Esta indemnización se ha reconocido en contratos de prestación de servicios, entre otras, en las sentencias T-564 de 2017, T-350 de 2016, 316 de 2016, T-102 de 2016 y T-346 de 2013.



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

	<p>e. En el evento en el que el término del periodo de lactancia ya haya terminado, procederá el reconocimiento de los honorarios dejados de percibir hasta la terminación de periodo de lactancia³⁰.</p> <p>En todo caso, el juez deberá estudiar la procedencia de cada una de estas medidas de protección para lo cual tendrá en cuenta las particularidades del caso³¹.</p>
--	---

Tabla: Reglas para la protección de la mujer embarazada en contratos de prestación de servicios. – Tomada de la Sentencia T-329 de 2022.

En conclusión, les corresponde a las entidades estatales, en virtud de su autonomía, y de acuerdo con los lineamientos de la Corte Constitucional, determinar la mejor forma para garantizar la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia vinculadas mediante contratos de prestación de servicios.

3. Respuestas

“1. ¿para garantizar la calidad reforzada de la licencia de maternidad, la entidad puede superar la adición de más del 50% del valor del contrato hasta que se cumpla la licencia de maternidad?

2. Caso contrario ¿para garantizar la calidad reforzada de la licencia de maternidad, la entidad debe dejar terminar el plazo del contrato y realizar un contrato nuevo?” [sic]
[sic]

Conforme lo expuesto a lo largo de este concepto, la Corte Constitucional ha expuesto dos (2) posiciones para proteger el fuero de maternidad de las mujeres vinculadas mediante un contrato de prestación de servicios y que se encuentren en estado de embarazo y/o en periodo de lactancia: i) cuando el juez prueba la

²⁹ En las sentencias T-238 de 2015 y T-350 de 2016 la Corte determinó que no procede el pago de la licencia de maternidad cuando en el caso se observe que la licencia de maternidad ya fue disfrutada.

³⁰ Esta media fue aplicada en la Sentencia T-030 de 2018 respecto del caso estudiado bajo el expediente T-6.425.691.

³¹ En algunas oportunidades las salas de revisión han reconocido el pago de las prestaciones en materia de seguridad social en salud. Sentencia T-102 de 2016.



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

configuración de un contrato realidad en el contrato de prestación de servicios, porque concurren los siguientes elementos: a) el salario, b) la continua subordinación o dependencia y c) la prestación personal del servicio; y además, ii) cuando a pesar de no probarse la configuración de un contrato realidad, la terminación del contrato de prestación de servicios se fundamente en criterios discriminatorios y no, en motivos objetivos.

En este sentido, la Corte Constitucional reconoce la protección al derecho a la estabilidad laboral reforzada a las mujeres que celebren contratos de prestación de servicios. Así pues, si se configura alguna de las dos posiciones desarrolladas por el Alto Tribunal Constitucional para la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada, la entidad estatal deberá dilucidar la forma más adecuada para garantizar dicho derecho a la contratista y su seguridad social, pues lo que se pretende es impedir la discriminación materializada por la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión del embarazo o la lactancia.

En este sentido, les corresponde a las entidades estatales, en virtud de su autonomía, y de acuerdo con los lineamientos de la Corte Constitucional, las normas consagradas en El Estatuto General de Contratación para la Administración Pública – EGCAP , los principios legales y demás normas que regulen la materia, determinar la mejor forma para garantizar la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia vinculadas mediante contratos de prestación de servicios.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Nasly Yeana Mosquera Rivas
Analista T2 – 06 de la Subdirección de Gestión Contractual



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

Revisó
Adriana Katerine López Rodríguez
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Gabriel Mendoza
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó:
Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP - CCE



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO