**CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Generalidades**

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”.

**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 lo anterior, 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 Sentencia de Unificación Jurisprudencial de 09 de septiembre de 2021, proferida por el Consejo de Estado[[1]](#footnote-2), frente a la duración del contrato de prestación de servicios señaló que, solo puede celebrarse por un “término estrictamente indispensable”. En ese entendido, la citada sentencia 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”.

**ESTABILIDAD OCUPACIONAL 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 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 condicionrd 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”

**ESTABILIDAD OCUPACIONAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA – Unificación jurisprudencial**

[…] 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 estableció unos criterios con el fin de impedir la discriminación que puede presentarse frente a una mujer en estado de embarazo o lactancia, específicamente, respecto a la terminación o la no renovación del contrato. Dicha providencia dio 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”.*

**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 del denominado fuero de maternidad de mujeres vinculadas por medio de un contrato de prestación de servicios: i) cuando el juez prueba la configurción 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.

**ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA – Periodo de Lactancia – Descanso remunerado – Ley 2306 de 2023**

[…] recientemente el Congreso de la Republica expidió la Ley 2306 de 2023 *“Por medio de la cual se promueve la protección de la maternidad y la primera infancia, se crean incentivos y normas para la construcción de áreas que permitan la lactancia materna en el espacio público y se dictan otras disposiciones”*.

Según se deprende del texto transcrito, la norma concede un descanso remunerado para las trabajadoras durante el periodo de lactancia de la siguiente forma: i) hasta los seis (6) meses de edad, los empleadores deben conceder dos (2) descansos de treinta (30) minutos cada uno durante la jornada laboral y; ii) de los seis (6) en adelante y hasta los dos (2) años de edad, se debe conceder a la trabajadora un descanso de treinta (30) minutos durante la jornada laboral, sin que estos descansos impliquen una disminución en el salario devengado.

En relación con la prohibición de despido consagrada en el artículo 239 del Código Sustantivo de Trabajo por motivo del embarazo o la lactancia, a la luz de la modificación introducida por la Ley 2306 de 2023, resulta importante hacer una precisión respecto a cómo opera la presunción de despido discriminatorio durante el embarazo y como opera durante el periodo de lactancia. De acuerdo con lo establecido en el artículo 239 *ibidem* se presume que un despido es discriminatorio cuando sucede entre el embarazo y la licencia de maternidad – es decir, durante las dieciocho (18) semanas posteriores al parto – no durante el periodo de la lactancia. Durante la lactancia, si bien la trabajadora goza del fuero de maternidad, la presunción cambia y esta debe probar que el despido ocurrió con motivo de la lactancia

.

**ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA – Periodo de Lactancia – Descanso remunerado – Ley 2306 de 2023 – Contratos de prestación de servicios – Aplicación**

[…] las modificaciones introducidas por el artículo 6 de la Ley 2306 de 2023 son aplicables a las mujeres vinculadas por contrato laboral, en la medida que, por un lado, como se ha venido señalando, la referida disposición modificó el artículo 238 del Código Sustantivo de Trabajo, el cual regula relaciones laborales. Por otro lado, se deduce de la lectura literal del artículo objeto de estudio, el cual hace referencia a los sujetos propios de la relación laboral - “empleador”, “trabajadora”. Asimismo, regula unos “descansos remunerados”, que son un derecho propio de una relación laboral.

[…]

Habiendo efectuado la precisión anterior, puede afirmarse que lo previsto en la Ley 2306 de 2023, específicamente en el artículo 6, no se aplica a las relaciones contractuales de las Entidades Estatales que *no* generan una relación laboral. En otras palabras, el derecho consagrado en esta Ley tiene como destinatarios a los sujetos que ostentan la calidad de trabajadores, es decir, aquellos que han celebrado con estas un contrato de trabajo o del que emerge una relación laboral.

Bogotá D.C., 8 de julio de 2024.



Señora

**Natalia Gil Loaiza**

Presidenta Concejo Municipal

**Concejo de Chía**

juridico1@concejomunicipalchia.gov.co

Chía, Cundinamarca

**Concepto C – 076 de 2024**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Generalidades / CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Autonomía del contratista / CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Temporalidad / ESTABILIDAD OCUPACIONAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA – Concepto / ESTABILIDAD OCUPACIONAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA – Unificación jurisprudencial / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA – Procedencia / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA – Periodo de Lactancia – Descanso remunerado – Ley 2306 de 2023 / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA – Periodo de Lactancia – Descanso remunerado – Ley 2306 de 2023 – Contratos de prestación de servicios – Aplicación |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20240418004027  |

Estimada señora Gil Loaiza:

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 17 de abril de 2024.

1. **Problemas planteados**

En relación con la Ley 2306 de 2023, mediante la cual se modificó el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo. usted realiza la siguiente consulta:

“Para esa corporación es importante conocer si con la vigencia de la ley mencionada anteriormente, está en la obligación de garantizar a dicha contratista la estabilidad laboral reforzada por encontrarse en licencia de maternidad hasta los años de su hijo menor, de ser afirmativo, como contratante como pruebo que la materna contratista se encuentre lactando y de dicha manera deba ser cobijada con la estabilidad laboral reforzada.” [sic]

1. **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 pública[[2]](#footnote-3). 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 asesores, la solución de estos temas le corresponde a la entidad que adelanta el Proceso de Contratación y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

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 la peticionaria– 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) estabilidad ocupacional reforzada de las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia frente a los contratos de prestación de servicios y; iii).modificaciones introducidas por la Ley 2306 de 2023 frente a la estabilidad laboral reforzada de mujeres en periodo de lactancia: Especial análisis frente a las contratistas del Estado.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha analizado los contratos de prestación de servicios, así como los requisitos para su celebración, entre otros, en los conceptos con radicado: 4201913000006452 del 07 de octubre de 2019, 4201912000006434 del 30 de octubre de 2019, 4201913000006444 del 01 de noviembre de 2019, 4201913000006331 del 07 de noviembre de 2019, 4201912000006692 del 12 de noviembre de 2019, 4201912000007378 del 11 de diciembre de 2019, 4201912000007781 del 26 de diciembre de 2019, C-047 del 19 de febrero de 2020, C-105 del 12 de marzo de 2020, C-208 del 24 de marzo de 2020, C-005 del 11 de mayo de 2020, C-006 del 11 de mayo de 2020, C-018 del 11 de mayo de 2020, C-138 del 11 de mayo de 2020, C-053 del 12 de mayo de 2020, C-175 del 12 de mayo de 2020, C-320 del 12 de mayo de 2020, C-255 del 12 de mayo de 2020, C-282 del 12 de mayo de 2020, C-238 del 18 de mayo de 2020, C-260 del 18 de mayo de 2020, C-288 del 21 de mayo de 2020, C-293 del 12 de mayo de 2020, C-313 del 21 de mayo de 2020, C-345 del 21 de mayo de 2020, C-359 del 04 de junio de 2020, C-379 del 30 de junio de 2020, C-414 del 30 de junio de 2020, C-661 del 17 de noviembre de 2020 C-685 del 18 de diciembre de 2020, C- 004 del 12 de febrero de 2021, C-106 del 7 de abril de 2021, C-181 del 07 de abril de 2022, C-214 del 22 de abril de 2022 y C-491 de 01 de agosto de 2022, C-008 del 20 de febrero de 2023 y C-009 del 20 de febrero de 2023.

Asimismo, 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, C-213 de 26 de junio de 2023 y C-463 de 2023, entre otros[[3]](#footnote-4). 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 4°, literal h) de la Ley 1150 de 2007.

“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 estos enunciados normativos, entre otros, de carácter legal y reglamentario, que complementan su regulación, y de los pronunciamientos judiciales más destacados sobre el tema, 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 diario[[4]](#footnote-5).

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”. Esto puede suceder en varios eventos, como, por ejemplo, que efectivamente, no exista el personal de planta para encargarse de dichas labores; que exista, pero que está sobrecargado de trabajo, requiriéndose, por tanto, un apoyo externo; o que haya personal de planta, pero no tenga la experticia o conocimiento especializado en la materia, y que, por esta razón, sea necesario contratar los servicios de una persona natural que posea conocimiento y experiencia en el tema.

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 laboral[[5]](#footnote-6).

Por lo anterior, 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[[6]](#footnote-7).

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 3º del artículo 32, indicando que “las expresiones acusadas del numeral 3º 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]](#footnote-8).

iv) Deben ser temporales. La Sentencia de Unificación Jurisprudencial de 09 de septiembre de 2021, proferida por el Consejo de Estado[[8]](#footnote-9), frente a la duración del contrato de prestación de servicios señaló que, solo puede celebrarse por un “término estrictamente indispensable”. En ese entendido, la citada sentencia 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 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”[[9]](#footnote-10).

v) Los contratos de prestación de servicios constituyen un *género* que incluye, como *especies*, 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[[10]](#footnote-11). 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[[11]](#footnote-12).

vi) 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 Sentencia de Unificación Jurisprudencial de 09 de septiembre de 2021, proferida por el Consejo de Estado[[12]](#footnote-13), 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 méritos[[13]](#footnote-14). 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. Pero, tampoco puede suscribirse un contrato de prestación de servicios profesionales para que el contratista ejecute labores que se enmarcan dentro de los otros contratos tipificados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como, por ejemplo, para que el contratista de prestación de servicios construya una obra.

vii) Para su celebración no se requiere expedir un acto administrativo de justificación de la contratación directa[[14]](#footnote-15).

viii) 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 1993[[15]](#footnote-16).

ix) 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 1993[[16]](#footnote-17).

x) 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 2007[[17]](#footnote-18).

xi) No es obligtoria la exigencia de garantías[[18]](#footnote-19).

xii) Como los demás contratos estatales, se trata de un contrato solemne que debe constar por escrito y debe ser publicado en el SECOP.

Analizadas las caracteristicas del contrato de prestación de servicios, se procede al estudio de la procedencia de la estabilidad ocupacional reforzada de las mujeres en estado de emabarazo y periodo de lactancia en este tipo de relaciones juridicas.

**2.2. 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 condicionrd 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” [[19]](#footnote-20).

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 de servicios. Lo anterior, para determinar cuál es la posición del Alto Tribunal Constitucional en la defensa del derecho a la estabilidad ocupacional 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 trabajo[[20]](#footnote-21). De esta forma, según el criterio fijado por la Corte en la Sentencia SU-070 de 2023, 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.

Ahora bien, el Alto Tribunal Constitucional, en las sentencias T-102 de 2016[[21]](#footnote-22) y T-564 de 2017[[22]](#footnote-23) estableció otra posición, en los eventos donde no se prueba la configuración del contrato realidad en el contrato de prestación de servicios, señalando que este no es un motivo suficiente para desproteger los derechos de la estabilidad ocupacional reforzada de la mujer embarazada, si se comprueba que la terminación del contrato es discriminatoria y no atiende a un motivo objetivo.

 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 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 estableció unos criterios con el fin de impedir la discriminación que puede presentarse frente a una mujer en estado de embarazo o lactancia, específicamente, respecto a la terminación o la no renovación del contrato. Dicha providencia dio 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”[[23]](#footnote-24).*

La sentencia citada determina el tratamiento que deberían darles las entidades a sus trabajadoras o contratistas 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 ocupacional reforzada de mujer embarazada y en los tres (3) meses siguientes al parto. 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 configurción 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 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 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 servicios”[[24]](#footnote-25).

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 [[25]](#footnote-26). |
| **No se configura un contrato realidad** | 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:1. La renovación de la relación contractual, la cual se dará hasta por el término del periodo de lactancia.
2. El pago de los honorarios dejados de percibir desde la fecha de no renovación del contrato, hasta la renovación del mismo;
3. El pago por concepto de la indemnización por despido discriminatorio[[26]](#footnote-27); y
4. 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 maternidad[[27]](#footnote-28).
5. 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 lactancia[[28]](#footnote-29).

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 caso[[29]](#footnote-30). |

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

 En este sentido, 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 ocupacional reforzada de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia vinculadas mediante contratos de prestación de servicios.

**2.3. Modificaciones introducidas por la Ley 2306 de 2023 frente a la estabilidad laboral reforzada de mujeres en periodo de lactancia: Especial análisis frente a las contratistas del Estado**

En relación con el objeto de la consulta resulta importante señalar que, recientemente el Congreso de la Republica expidió la Ley 2306 de 2023 *“Por medio de la cual se promueve la protección de la maternidad y la primera infancia, se crean incentivos y normas para la construcción de áreas que permitan la lactancia materna en el espacio público y se dictan otras disposiciones”*. El artículo 6 de la mencionada ley modificó el artículo [238](https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=33104#238) del Código Sustantivo del Trabajo quedando este así:

“ARTÍCULO 238. DESCANSO REMUNERADO DURANTE LA LACTANCIA.

1.El empleador está en la obligación de conceder a la trabajadora dos (2) descansos, de treinta (30) minutos cada uno, dentro de la jornada para amamantar a su hijo, sin descuento alguno en el salario por dicho concepto, durante los primeros seis (6) meses de edad, y una vez cumplido este periodo, un (1) descanso de treinta (30) minutos en los mismos términos hasta los dos (2) años de edad de/ menor: siempre y cuando se mantenga y manifieste una adecuada lactancia materno continua.

2. El empleador está en la obligación de conceder más descansos que los establecidos en el inciso anterior si lo trabajadora presenta certificado médico en el cual se expongan las razones que justifiquen ese mayor número de descansos.

3. Para dar cumplimiento a la obligación consagrada en este artículo, los empleadores deben establecer en un local contiguo a aquel en donde la mujer trabaja, una sala de lactancia o un lugar apropiado para guardar al niño.

4. Los empleadores pueden contratar con las instituciones de protección infantil el inciso anterior”.

 Según se deprende del texto transcrito, la norma concede un descanso remunerado para las trabajadoras durante el periodo de lactancia de la siguiente forma: i) hasta los seis (6) meses de edad, los empleadores deben conceder dos (2) descansos de treinta (30) minutos cada uno durante la jornada laboral y; ii) de los seis (6) en adelante y hasta los dos (2) años de edad, se debe conceder a la trabajadora un descanso de treinta (30) minutos durante la jornada laboral, sin que estos descansos impliquen una disminución en el salario devengado.

 En relación con la prohibición de despido consagrada en el artículo 239 del Código Sustantivo de Trabajo por motivo del embarazo o la lactancia, a la luz de la modificación introducida por la Ley 2306 de 2023, resulta importante hacer una precisión respecto a cómo opera la presunción de despido discriminatorio durante el embarazo y como opera durante el periodo de lactancia. De acuerdo con lo establecido en el artículo 239 *ibidem* se presume que un despido es discriminatorio cuando sucede entre el embarazo y la licencia de maternidad – es decir, durante las dieciocho (18) semanas posteriores al parto – no durante el periodo de la lactancia. Durante la lactancia, si bien la trabajadora goza del fuero de maternidad, la presunción cambia y esta debe probar que el despido ocurrió con motivo de la lactancia.

 De conformidad con las citadas normas, se entiende que existiría la presunción de despido por estado de embarazo, durante el embarazo y el goce de la licencia de maternidad que equivale a las (18) semanas posteriores al parto y en el término de la lactancia en donde si bien existe una protección, no le es aplicable dicha presunción, motivo por el cual la trabajadora deberá demostrar ante la autoridad competente que dicho despido fue dado a causa de su embarazo o lactancia.

Ahora bien, respecto a la extensión del periodo de protección del fuero de maternidad en virtud de la expedición del artículo 6 de la Ley 2306 de 2023, mediante el cual se modificó el artículo 238 del Código Sustantivo de Trabajo, que estableció un descanso remunerado por dos (2) años en ciertas circunstancias, el Ministerio del Trabajo, mediante concepto No. 2023120300000068155 de 2023 expuso que: “la puesta en marcha de la Ley [2603](https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=144617) de 2023 no implica una extensión automática del fuero de maternidad. En efecto, las trabajadoras gozarán del descanso remunerado de lactancia durante los dos (2) primeros años de vida del menor “…siempre y cuando se mantenga y manifieste una adecuada lactancia materno continua, la que deberá acreditar la Madre Trabajadora con los respectivos certificados médicos.”

En este contexto, frente al interrogante planteado en su consulta tendiente a establecer si ¿el derecho regulado en la en el artículo 6 de la Ley 2306 de 2023 también debe garantizarse a las contratistas del Estado en la modalidad prestación de servicio?, la respuesta Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– es negativa. Esto comoquiera que, las modificaciones introducidas por el artículo 6 de la Ley 2306 de 2023 son aplicables a las mujeres vinculadas por contrato laboral, en la medida que, por un lado, como se ha venido señalando, la referida disposición modificó el artículo 238 del Código Sustantivo de Trabajo, el cual regula relaciones laborales. Por otro lado, se deduce de la lectura literal del artículo objeto de estudio, el cual hace referencia a los sujetos propios de la relación laboral - “empleador”, “trabajadora”. Asimismo, regula unos “descansos remunerados”, que son un derecho propio de una relación laboral.

El contrato de prestación de servicios no pertenece al ámbito jurídico laboral y, en consecuencia, no se rige por el Código Sustantivo del Trabajo, razón por la cual, entre el contratante y el contratista no existe un vínculo laboral sino una relación de orden civil, comercial o de contratación estatal. Así las cosas, en el contrato de prestación de servicios no se generan las prerrogativas propias del contrato de trabajo como es el caso de los descansos remunerados en el periodo de lactancia y la extensión del fuero de maternidad que da en virtud de dicha prerrogativa.

Habiendo efectuado la precisión anterior, puede afirmarse que lo previsto en la Ley 2306 de 2023, específicamente en el artículo 6, no se aplica a las relaciones contractuales de las Entidades Estatales que *no* generan una relación laboral. En otras palabras, el derecho consagrado en esta Ley tiene como destinatarios a los sujetos que ostentan la calidad de trabajadores, es decir, aquellos que han celebrado con estas un contrato de trabajo o del que emerge una relación laboral.

En este punto, es necesario precisar que, a la fecha no existe un precedente judicial o los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas, por lo que para la Agencia no es posible realizar la interpretación de la Ley [2306](https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=144617) de 2023 que  modifica el artículo [238](https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=33104#238) del Código Sustantivo del Trabajo para el caso específico de los contratos de prestación de servicios. Por lo expuesto, el derecho a los descansos remunerados en el periodo de lactancia y – la posible extensión del fuero de maternidad –, regulado en la Ley 2306 de 2023, no rige a favor de las contratistas del Estado que no ingresan en la categoría de *trabajadores*.

**3. Respuestas**

“Para esa corporación es importante conocer si con la vigencia de la ley mencionada anteriormente, está en la obligación de garantizar a dicha contratista la estabilidad laboral reforzada por encontrarse en licencia de maternidad hasta los años de su hijo menor, de ser afirmativo, como contratante como pruebo que la materna contratista se encuentre lactando y de dicha manera deba ser cobijada con la estabilidad laboral reforzada.” [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 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 ocupacional 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 relación con la consulta, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente el derecho a los descansos remunerados en el periodo de lactancia y – la posible extensión del fuero de maternidad –, regulado en la Ley 2306 de 2023, no rige a favor de las contratistas del Estado que no ingresan en la categoría de *trabajadores*, en virtud de los argumentos que a continuación se exponen.

Conforme a lo explicado, las modificaciones introducidas por el artículo 6 de la Ley 2306 de 2023 les aplica a las mujeres vinculadas por contrato laboral, en la medida que, por un lado, como se ha venido señalando, la referida disposición modificó el artículo 238 del Código Sustantivo de Trabajo, el cual regula relaciones laborales. Por otro lado, se deduce de la lectura literal del artículo objeto de estudio, el cual hace referencia a los sujetos propios de la relación laboral - “empleador”, “trabajadora”. Asimismo, regula unos “descansos remunerados”, que son un derecho propio de una relación laboral.

El contrato de prestación de servicios no pertenece al ámbito jurídico laboral y, en consecuencia, no se rige por el Código Sustantivo del Trabajo, razón por la cual, entre el contratante y el contratista no existe un vínculo laboral sino una relación de orden civil, comercial o de contratación estatal. Así las cosas, en el contrato de prestación de servicios no se generan las prerrogativas propias del contrato de trabajo como es el caso de los descansos remunerados en el periodo de lactancia y la extensión del fuero de maternidad que da en virtud de dicha prerrogativa.

Habiendo efectuado la precisión anterior, puede afirmarse que lo previsto en la Ley 2306 de 2023, específicamente en el artículo 6, no se aplica a las relaciones contractuales de las Entidades Estatales que *no* generan una relación laboral. En otras palabras, el derecho consagrado en esta Ley tiene como destinatarios a los sujetos que ostentan la calidad de trabajadores, es decir, aquellos que han celebrado con estas un contrato de trabajo o del que emerge una relación laboral.

En este punto, es necesario precisar que, a la fecha no existe un precedente judicial o los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas, por lo que para la Agencia no es posible realizar la interpretación de la Ley [2306](https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=144617) de 2023 que  modifica el artículo [238](https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=33104#238) del Código Sustantivo del Trabajo para el caso específico de los 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 y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Diana Lucia Saavedra Castañeda Contratista Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Cárdenas CabezaContratista Subdirección de Gestión ContractualAlejandro Sarmiento CantilloGestor T1 -15 Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: |  Carolina Quintero GacharnáSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. [↑](#footnote-ref-2)
2. 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 5º 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 8º 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”. [↑](#footnote-ref-3)
3. 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. [↑](#footnote-ref-4)
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”. [↑](#footnote-ref-5)
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”. [↑](#footnote-ref-6)
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 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.

[…]”. [↑](#footnote-ref-7)
7. Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997. MP: Hernando Herrera Vergara. [↑](#footnote-ref-8)
8. [↑](#footnote-ref-9)
9. Ibíd. [↑](#footnote-ref-10)
10. El Decreto 1082 de 2015 lo establece así: “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”. [↑](#footnote-ref-11)
11. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 2 de diciembre de 2013. Exp. 41719. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-12)
12. [↑](#footnote-ref-13)
13. 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”. [↑](#footnote-ref-14)
14. 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.

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”. [↑](#footnote-ref-15)
15. 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.

[…]”. [↑](#footnote-ref-16)
16. 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”. [↑](#footnote-ref-17)
17. 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.

[…]”. [↑](#footnote-ref-18)
18. 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 exigirlas o no debe estar en los estudios y documentos previos”. [↑](#footnote-ref-19)
19. Corte Constitucional, sentencia T-743 de 2017, Exp. T-6.366.648 Magistrada Ponente Cristina Pardo Schlesinger. [↑](#footnote-ref-20)
20. 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”. [↑](#footnote-ref-21)
21. La Corte Constitucional en la sentencia T-102 del 1 de marzo de 2016 (M.P: María Victoria Calle Correa) protegió el derecho a la estabilidad laboral reforzada a dos mujeres que se encontraban en fuero de maternidad por demostrarse la existencia de un contrato realidad. En el expediente T-5.208.798 la Sala asumió la existencia de un contrato laboral de cara a la subordinación, pues estaba demostrado que la accionante, entre otras, cumplía un horario establecido por el contratante: ´Obsérvese que el empleador no demostró, por ningún medio, la existencia de una causal objetiva relevante que justificara la terminación del contrato, por ejemplo, que la actividad que venía realizando la trabajadora ya no fuera necesaria para la asociación sindical, o de una justa causa de terminación de la relación laboral. Por el contrario, la labor asignada como asistente administrativa hace parte de las tareas cotidianas del sindicato’”. [↑](#footnote-ref-22)
22. Corte Constitucional, sentencia T-564 del 6 de septiembre de 2017, M.P: Cristina Pardo Schlesinger: “La Sala advierte, que ante las contradicciones respecto a los hechos en las cuales incurren las partes involucradas en el asunto de la referencia, en el presente caso no existen suficientes elementos de juicio para la demostración de la relación de trabajo afirmada por la accionante en el escrito de impugnación. La precariedad de las pruebas, los indicios sobre un contrato realidad encubierto y la validez de los documentos aportados al proceso, son asuntos que necesariamente deben ser estudiados por el juez ordinario laboral”.

]…]

“Así las cosas, encuentra la Sala que se cumplen los criterios determinados por la Corporación para proceder al amparo de los derechos fundamentales de la contratista: (i) existió una relación de prestación de servicios entre las partes; (ii) la accionante se encontraba en estado de embarazo y dicha situación fue informada a la accionada en el mes de noviembre de 2016, y (iii) a pocos días de conocerse el estado de gestación de la peticionaria, la relación contractual que había sido continua durante ocho (8) meses aproximadamente, se terminó por decisión de la parte contratante y sin que mediara autorización del inspector del trabajo, requisito necesario en el presente caso concreto, aun cuando se trate de un contrato de prestación de servicios, pues el amparo constitucional de la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas también es aplicable a este tipo de vinculación contractual, acudiendo a la asimilación de estas alternativas a una relación laboral sin condiciones específicas de terminación”. [↑](#footnote-ref-23)
23. Corte Constitucional. Sentencia SU-075 de 2018. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado [↑](#footnote-ref-24)
24. Corte Constitucional. Sentencia T-329 del 19 de septiembre de 2022. Expediente T-8.517.984. Magistrada Ponente: Natalia Ángel Cabo [↑](#footnote-ref-25)
25. Sentencia SU-070 de 2013. Fund. 6. Reiterado en las sentencias SU-040 de 2018 y SU-075 de 2018. [↑](#footnote-ref-26)
26. 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. [↑](#footnote-ref-27)
27. 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. [↑](#footnote-ref-28)
28. Esta media fue aplicada en la Sentencia T-030 de 2018 respecto del caso estudiado bajo el expediente T-6.425.691. [↑](#footnote-ref-29)
29. 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. [↑](#footnote-ref-30)