



Función Pública

Concepto 130691 de 2014 Departamento Administrativo de la Función Pública

20146000130691

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20146000130691

Fecha: 16/09/2014 05:41:36 p.m.

Bogotá, D.C.

REF.: VARIOS. Hay limitación en el número de contratos de prestación de servicios que pueda firmar una persona con el estado? Qué responsabilidad tiene la entidad contratante en caso del embarazo del contratista? El contratista debe cumplir horario?. Rad. 2014206011764-2. Agosto 1 de 2014,.

En atención a la consulta elevada en el documento de la referencia, me permito informarle que en materia de contratación bajo la expedición del Decreto [4170](#) de 2011 con el cual se creó la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia compra eficiente-, la asesoría en materia de contratación, debe solicitarse a esta entidad.

No obstante bajo los límites que corresponden a este Departamento Administrativo de la Función Pública, me permito informarle que frente a las actividades que se pueden contratar con particulares, el artículo [32](#) de la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dispone:

“ARTÍCULO 32. “DE LOS CONTRATOS ESTATALES (...)

3o. Contrato de Prestación de Servicios.

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

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

Los contratos de prestación de prestación de servicios son una modalidad a través de la cual las entidades estatales pueden desarrollar

actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y sólo pueden celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, guardando concordancia con lo establecido en el artículo 123 de la Constitución Política en cuanto autoriza que los particulares temporalmente desempeñen funciones públicas.

El contrato de prestación de servicios es una de las formas excepcionales y temporales a través de la cual los particulares pueden desempeñar funciones públicas, y su fin es satisfacer necesidades especiales de la Administración que no pueden estar previstas en la planta de personal. Los elementos del contrato de prestación de servicios y el contrato laboral son diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto por los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

Así lo ha señalado la Ley y la Corte Constitucional mediante sentencia [C-614](#) de 2009 del 2 de septiembre de 2009, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la cual expresó:

“(…).En múltiples oportunidades, la Corte Constitucional ha resaltado las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral. Así, por ejemplo, en la sentencia que analizó la constitucionalidad del concepto legal de contrato de prestación de servicios, la Corte recordó sus características para efectos de distinguirlo del contrato laboral, así:

...El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”.

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas...

.....c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo (...).”

Teniendo en cuenta lo anterior, se precisa que no sería viable que los contratistas realicen actividades que constituyan la misión de la entidad. Es importante recordar que, a diferencia de las relaciones laborales, el contratista tiene un objeto contractual que está plenamente definido, sus

actuaciones son autónomas e independientes desde el punto de vista técnico y científico y la vigencia del contrato es temporal.

Sobre el cumplimiento de horario se pronunció el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª., Subsección A, del 31 de enero de 2008, C. P. Jaime Moreno García, REF: EXP. No. 07001-23-31-000-2003-00212-01, al conocer de una demanda de nulidad y restablecimiento de derecho con el fin de obtener el reconocimiento económico de las prestaciones sociales derivadas de una relación de servicio en la que se trabajó en forma subordinada, dependiente y percibiendo una remuneración mensual, en los siguientes términos:

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

Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, y en ese evento surge el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, (art. 53C.P.)...

..." (Exp. 0245/03, Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje SENA)

Así mismo, se ha sostenido que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación. En efecto, de conformidad con la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039, M,-P, Nicolás Pájaro Peñaranda:

"... si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmarla aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales." (Se resalta).

En desarrollo del anterior postulado expuesto por la Sala Plena, la Sección Segunda ha dicho:

"Aunque a primera vista se puede pensar que el cumplimiento de un horario es de suyo elemento configurativo de la subordinación transformando una relación que ab initio se consideró como contractual en laboral, lo cierto es que en determinados casos el cumplimiento de un horario es sencillamente la manifestación de una concertación contractual entre las partes, administración y particular, para desarrollar el objeto del contrato en forma coordinada con los usos y condiciones generalmente aceptadas y necesarias para llevar a cabo el cumplimiento de la labor.

-
El sub lite se encuadra dentro de tal circunstancia, pues entre el libelista y la entidad accionada hubo una relación de coordinación, que no permite configurar la existencia de una subordinación, y por tanto, no hay lugar a deducir que en realidad se hubiera encubierto una relación laboral, aun cuando los otros dos (2) elementos, prestación personal del servicio y remuneración si se hallan suficientemente probados en el expediente.

...”(Sentencia de la Subsección "B", M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, del 19 de febrero de 2004, Exp. No. 0099-03

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

“(...)”

Entonces, constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible la subordinación y dependencia, y el hecho de que desplegó funciones públicas, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor; siempre y cuando, de las circunstancias en que se desarrollaron tales actividades, no se deduzca que eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

(...)

Así, resulta evidente que lo que se presentó fue una labor coordinada entre contratista y entidad, y no como tal un vínculo de subordinación, puesto que no se logró desvirtuar la simple facultad de supervisión que la contratante tenía sobre la contratista, y que puede darse perfectamente dentro de una orden de prestación de servicios.”

De acuerdo con lo expuesto, el cumplimiento de un horario de trabajo no está establecido como un elemento sustancial del contrato de prestación de servicios, el cual está llamado a desarrollarse en forma independiente y con el uso de los medios del contratista, el cual no obstante ello, en algunas ocasiones en razón a la naturaleza de las funciones a desarrollar se hace necesario que el contratista cumpla un horario con el fin de ejecutar el objeto contractual en forma coordinada con las labores propias del contratista que guardan relación con las del contrato y no por ello la relación se convierte en subordinada.

En este sentido, ha sido la jurisprudencia y no una norma específica la que reconoce la posibilidad de la existencia de un horario laboral dentro de un contrato de prestación de servicios.

De otro lado, respecto al objeto contractual el mismo debe ser claro de tal manera que sea posible inferir del mismo las labores a desarrollar para obtener un resultado final y en todo caso es importante que el contrato contemple las obligaciones y derechos de cada una de las partes con el fin de determinar con base en ellas la responsabilidad frente al incumplimiento total o parcial del contrato.

El Decreto 806 de 1998, “por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional”, establece:

“ARTÍCULO 63. Licencias de maternidad. El derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada haya cotizado como mínimo por un período igual al período de gestación”. (Subraya fuera de texto).

El Decreto 47 de 2000, “por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones”, señala:

“ARTÍCULO 3°. Períodos mínimos de cotización. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes períodos mínimos de cotización:

(...)

2. *Licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión.*

Lo previsto en este numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación laboral y se cotice un período inferior al de la gestación en curso o no se cumplan con las condiciones previstas dentro del régimen de control a la evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud."

La Constitución Política en el artículo 13, ordena al Estado promover las condiciones para adoptar las medidas para proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

Adicionalmente, la Constitución en su artículo 43 dispone que la mujer durante el embarazo y después del parto, durante el periodo de lactancia, gozará de especial asistencia y protección del Estado.

En desarrollo de estos mandatos, surge el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo.

Sobre el tema la Corte Constitucional, en sentencia T-130 de febrero 6 de 2001, Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz, señaló:

"La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que la mujer embarazada tiene derecho a gozar de una especial protección en su trabajo, pues la Constitución y los tratados internacionales imponen al Estado y a la sociedad la obligación de respetar el derecho de la mujer, en embarazo o en período de lactancia, a gozar de una "estabilidad laboral reforzada". El Legislador ha considerado ilegal todo despido cuyo motivo sea el embarazo o la lactancia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo."

Igualmente la Corte Constitucional en sentencia T-531 de 2007, señaló:

"3.2. Obligación del estado de adoptar acciones afirmativas para contrarrestar la discriminación por el estado de gravidez. Presunción del despido por el embarazo. Especial protección constitucional

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos ¹⁰ dispone que los Estados Partes tienen el deber de garantizar la protección efectiva contra cualquier clase de discriminación por motivos, entre otros, de sexo y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer ¹¹ determina que los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias con el fin de evitar "(...) bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo (...)" " además de "prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajo que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella".

El Convenio 183 de la OIT ¹², sobre la protección a la maternidad, "impone a los Estados Parte lograr la igualdad real de la mujer trabajadora atendiendo su estado de discriminación, por el hecho de la maternidad"¹³, de modo que "todo miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación del empleo, con inclusión del acceso al [mismo]" ¹⁴

En concordancia con lo anterior, la Constitución Política en su artículo 43 establece que la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación, a la vez a que adopta medidas especiales de protección para la mujer en estado de embarazo y después del parto.

Prevé el artículo constitucional:

"ART.43.- La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desamparada.

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia".

Dispone el Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 235, que "la maternidad gozará de protección del Estado" y el artículo 239 i) prohíbe despedir a la mujer que se encuentre en estado de gravidez y ii) presume que todo despido realizado durante el embarazo o la lactancia se presume discriminatorio, salvo que para el efecto medie el permiso a la autoridad del trabajo.

Al respecto esta Corte señala:

"Carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario competente. Esto significa que para que el despido sea eficaz, el patrono debe obtener la previa autorización del funcionario del trabajo, para entonces poder entregar la correspondiente carta de terminación del contrato. Y en caso de que no lo haga, no sólo debe pagar la correspondiente indemnización sino que además, el despido es ineficaz"¹⁵

"[S]i una trabajadora es despedida por su empleador y este no cuenta con la autorización administrativa para proceder al retiro, tiene derecho a: ser reintegrada y al pago de una indemnización conformada por los siguientes factores. (i) el equivalente a los salarios de 60 días, (H) 12 semanas de salario como descanso remunerado, y (iii) Las indemnizaciones por retiro sin justa causa y prestaciones a' que hubiere lugar según la modalidad del contrato"¹⁶

Sostiene esta Corte que "resulta ilegítima cualquier acción tendiente a estigmatizar, desmejorar y discriminar a la mujer por el hecho de la maternidad, pues de ser así, se contravienen sus derechos al libre desarrollo a la personalidad y a la familia misma como núcleo esencial de la sociedad"¹⁷ (Resaltados fuera de texto).

En un caso similar al que nos ocupa, la Corte Constitucional al tutelar el derecho a la estabilidad de una contratista del Instituto de Seguros Sociales, mediante sentencia T-1243 de 2000 señaló:

"La controversia planteada versa sobre la no renovación del contrato de prestación de servicios como secretaria de la Unidad Funcional Clínica Primero de Mayo del Seguro Social, a la demandante, quien se encontraba en estado de embarazo al momento de la terminación de su contrato.

La jurisprudencia constitucional^[1] ha señalado que la regla general es la improcedencia de la acción de tutela para obtener el reintegro al cargo por ineficacia del despido, como quiera que el mecanismo procesal adecuado es la demanda ante la jurisdicción ordinaria laboral, en caso de empleados privados o trabajadores oficiales y, la acción contenciosa ante la jurisdicción contencioso administrativa para los empleados públicos.

En casos como el que ahora se decide el juez constitucional deberá verificar el cumplimiento de algunos de los siguientes elementos que permitan la viabilidad de la protección para la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada^[2]:

Que el despido o la desvinculación se ocasionó durante el embarazo o dentro del período de lactancia; que la desvinculación se produjo sin los requisitos legales pertinentes para cada caso; que el empleador conocía o debía conocer el estado de embarazo de la empleada o trabajadora; que el despido amenaza el mínimo vital de la actora o que la arbitrariedad resulta evidente y el daño que aparece es devastador..."

De conformidad con lo anterior, esta Dirección considera que en el eventual retiro de la trabajadora embarazada, independientemente del tipo de vinculación (contrato de trabajo, contrato de prestación de servicios), lo importante es que la entidad verifique que la causa de su desvinculación no sea el hecho de encontrarse en embarazo, gozando su licencia de maternidad o en periodo de lactancia, por cuanto no puede darse un trato discriminando a la mujer en razón a su estado.

Finalmente, es importante precisar que la decisión de prorrogar o dar por terminado el contrato de prestación de servicios, corresponde a una medida de carácter administrativo y contractual que es propio de la respectiva entidad pública, de forma que este Departamento dentro del marco de sus funciones carece de competencia para inmiscuirse en ella.

Por lo demás, no debe perderse de vista que el control de legalidad de la actividad de la administración está atribuido por el Código Contencioso Administrativo a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, según las voces del artículo 66 de la Ley 1437 de 2011.

Si persisten las dudas respecto al contrato de prestación de servicio se sugiere atentamente dirigirse a la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia compra Eficiente, Carrera 10 # 24-49 / Carrera 12 # 24-48 Bogotá, D.C.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Director Jurídico (E)

Mercedes Avellaneda V. JFCA

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 10:04:10