



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO VEINTIOCHO ADMINISTRATIVO  
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
-SECCIÓN SEGUNDA-

Bogotá D.C., veintisiete (27) de junio de dos mil veintitrés (2023)

**Expediente:** 11001-33-35-028-2022-00337-00  
**Demandante:** Diana Marcela Amaya Suárez<sup>1</sup>  
**Demandado:** Bogotá Distrito Capital-Instituto Distrital de Turismo<sup>2</sup>  
**Controversia:** Contrato realidad - Reconocimiento de prestaciones sociales y demás emolumentos laborales

Procede el Despacho a proferir sentencia en el proceso de la referencia, incoado por el demandante **Diana Marcela Amaya Suárez**, identificado con cédula de ciudadanía número 52.838.478, por intermedio de apoderado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en contra del **Bogotá Distrito Capital-Instituto Distrital de Turismo**.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones<sup>3</sup>

La parte demandante, solicita:

**“A. QUE SE DECLARE:**

1 . ) *Qué Se Declare, La NULIDAD del acto administrativo contenido en respuesta 2022EE982 de fecha diez (10) de junio de Dos mil veintidós (2022) del INSTITUTO DISTRITAL DE TURISMO, el cual NIEGA la solicitud de PAGO DE ACREENCIAS Y PRESTACIONES LABORALES a solicitud de PAGO DE ACREENCIAS Y PRESTACIONES LABORALES a mi mandante DIANA MARCELA AMAYA SUAREZ.*

2 . ) *Que se Declare, La NULIDAD del acto administrativo contenido en respuesta del recurso de reposición y en subsidio de apelación 2022EE1158 de fecha trece (13) de julio de Dos mil veintidós (2022) del INSTITUTO DISTRITAL DE TURISMO el cual confirma el NEGAR la solicitud de PAGO DE ACREENCIAS Y PRESTACIONES LABORALES a mi mandante DIANA MARCELA AMAYA SUAREZ.*

3 . ) *Que entre la ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA en calidad de representante legal la señora alcaldesa CLAUDIA LOPEZ, - INSTITUTO DISTRITAL DE TURISMO, quien actúa en calidad de directora la señora KAROL FAJARDO MARÍÑO, o quien haga sus veces en calidad de empleador y la señora DIANA MARCELA AMAYA SUAREZ, en calidad de trabajadora, existió contrato realidad de trabajo.*

4.) *Que el presunto contrato individual de trabajo tuvo como fechas las siguientes:*

<sup>1</sup> [yh-rincon@hotmail.com](mailto:yh-rincon@hotmail.com)

<sup>2</sup> [notificacionjudicial@idt.gov.co](mailto:notificacionjudicial@idt.gov.co) [damarislagozd@gmail.com](mailto:damarislagozd@gmail.com)

<sup>3</sup> ARCHIVO DIGITAL No. 1 páginas

- **PRIMER CONTRATO 088:** del veintitrés (23) de enero de dos mil dieciocho (2018) al treinta (31) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).
- **SEGUNDO CONTRATO 010:** del primero (01) de febrero de dos mil diecinueve (2019) al primero (01) de enero de dos mil veinte (2020).
- **TERCER CONTRATO 029:** del veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020) al diecinueve (19) de agosto de dos mil veinte (2020).
- **CUARTO CONTRATO 197:** del veinte (20) de agosto de dos mil veinte (2020) al diecinueve (19) de febrero de dos mil veintiuno (2021).
- **QUINTO CONTRATO 096:** del dos (02) de marzo de dos mil veintiuno (2021) al dos (02) de febrero de dos mil veintidós (2022).

- 5.) Que se declare que mi poderdante se encontraba amparada por la estabilidad laboral reforzada, por encontrarse en estado de maternidad.
- 6.) Que se declare, que mi mandante durante el estado de gestación por su estado de salud fue catalogada de alto riesgo.
- 7.) Que se declare que la trabajadora tenía derecho al descanso remunerado (licencia) con ocasión de su maternidad
- 8.) Que se declare que el empleador debe pagar la indemnización señalada en el artículo 243 del C.S.T., por no pagar el descanso remunerado (licencia) con ocasión de su maternidad.
- 9.) Que se declare que el contrato de trabajo terminó por causa ilegal imputable al empleador, en la modalidad de despido indirecto.
- 10.) Que se declare que entre la ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA - , en calidad de representante legal la señora alcaldesa CLAUDIA LOPEZ; INSTITUTO DISTRITAL DE TURISMO, quien actúa en calidad de directora la señora KAROL FAJARDO MARINO, o quien haga sus veces, son solidariamente responsable.

Como consecuencia de las declaraciones anteriores:

**B) A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, SE CONDENE:**

B.1.) Al reconocimiento y pago de la indemnización contractual, por despido sin justa causa, por la suma de QUINCE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$15'000.000.00 m/cte)

B.2.) Al reconocimiento y pago de la indemnización por despido en estado de embarazo, sin la autorización del Ministerio del Trabajo, por la suma de ONCE MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$11.400.000.00, m/cte)

B.3) Al reconocimiento y pago del descanso remunerado (**licencia**) con ocasión a la **maternidad**, contemplado en el art 239 del C.S.T. numeral 4, por la suma de VEINTITRES MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA MIL PESOS M/CTE (\$ 23.900.000.00, m/cte)

B.4) Al reconocimiento y pago de la **indemnización señalada en el artículo 243 del C.S.T.** por cuanto el empleador su obligación de otorgar el descanso remunerado (licencia) con ocasión a 19 maternidad, es decir la suma de CUARENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL PESOS M/CTE (\$47'880.000.00 m/cte)

B.5) Al reconocimiento y pago de los conceptos ultra y extra petita que se logren demostrar dentro del presente proceso.

B.6) Al reconocimiento y pago de costas y agencias en derecho. ”

## 2. Hechos

Señala la parte demandante que entre el 23 de enero de 2018 y el 2 de febrero de 2022, prestó sus servicios al Bogotá Distrito Capital-Instituto Distrital de Turismo, celebrando para el efecto sendos contratos de prestación de servicios, con el objeto de prestar “...apoyo a la asesora de control interno en la ejecución del plan anual de auditorías y en la ejecución de los roles que son asignados a la asesora de control interno del instituto distrital de turismo ...”<sup>4</sup>.

Se indica que la accionante prestó sus servicios de manera subordinada y constante en la entidad demandada. Además, que cumplía horario de 8:30am a las 4:30pm y la necesidad del servicio era tal, que la accionante en enero de 2019 tuvo que asistir sin haber firmado contrato y durante la pandemia era convocada a reuniones virtuales que implicaban una participación activa.

Refiere que quedó en embarazo en el mes de junio de 2020, reportó su estado a la entidad demandada y el 25 de enero de 2021, sufrió un dolor umbilical que la obligó a acudir a Urgencias, siendo sometida a un procedimiento quirúrgico por padecer una hernia umbilical encarcelada, por lo que le dieron incapacidad hasta el 8 de febrero de 2021 y una vez fue comunicada la incapacidad, se dispuso la suspensión del contrato y solo tuvo dos meses de licencia de maternidad, pues se argumentaba que mientras no concurriera a la entidad se suspendería el contrato.

Indica que la accionante fue obligada a renunciar durante la licencia de maternidad, pese al fuero que la amparaba.

Añade que durante el tiempo de vinculación canceló el 100% de aportes a la seguridad social y ARP.

## 3. Normas violadas y concepto de violación

En la demanda se citan como infringidas con la expedición de los actos administrativos objeto de control judicial, las siguientes disposiciones jurídicas:

Constitución Política: Artículo 53.

Legales: artículos 10, 19, 23, 236 y 238 a 243 del Código Sustantivo del Trabajo, además la Ley 27 de 1974, Ley 1468 de 2011 y Ley 1822 de 2017.

Advierte que existe una prohibición de despedir a mujeres que se encuentran en licencia de maternidad y lactando conforme con el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo reformado por la Ley 1468 de 2011 y demás jurisprudencia de la Corte Constitucional que hace referencia a la estabilidad laboral reforzada de la persona en estado de embarazo o en período de licencia de maternidad.

## 4. Trámite del proceso

La demanda fue admitida mediante auto del 15 de septiembre de 2022<sup>5</sup> y se ordenó notificar al extremo pasivo, lo cual se hizo de manera oportuna.

---

<sup>4</sup> Archivo digital No. 2 páginas 1 a 3.

<sup>5</sup> Archivo digital No. 9

## 5. Contestación de la demanda

La entidad demanda actuando por medio de apoderada judicial, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, manifestando que no existió una relación laboral entre las partes, sino una relación que se desprende del contrato de prestación de servicios.

Manifiesta que en este caso, además se presenta la prescripción en los términos del artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

Con base en lo anterior, planteó como excepciones de mérito las que denominó: *“sobre la supuesta infracción de las normas en las que debía fundarse”*, *“inexistencia de obligaciones que se pretende endilgar”* y *“prescripción”*.

## 6. Audiencia inicial, recaudo probatorio y alegatos de conclusión

El 16 de marzo de 2023<sup>6</sup> se llevó a cabo audiencia inicial, en la cual, entre otras cosas, se fijó el litigio y se decretaron las pruebas solicitadas.

Por medio del auto del 30 de marzo de 2023<sup>7</sup>, se declaró incorporadas las pruebas documentales allegadas y fijó como fecha para realizar la audiencia de pruebas, la que se abrió el 20 de abril de 2023, y se canceló para luego celebrarla el 4 de mayo de 2023, en la que se practicaron los testimonios, se declaró precluida la etapa probatoria y se concedió a las partes y al Ministerio Público los términos legales para presentar sus alegaciones finales y el concepto respectivamente.

### 6.1. Alegatos de la parte demandada

La parte demandada reiteró la argumentación expuesta en la demanda, consistente en que sólo existió una relación contractual entre las partes y que la entidad nada le adeuda suma de dinero alguna, por lo cual no podía reconocer prestaciones que son propias del trato laboral.

Por lo que insistió en las pretensiones consistentes en que se nieguen las prestaciones reclamadas.

Dentro del término legal la parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Problema jurídico

En este proceso se debe determinar si es procedente la nulidad de los Oficios Nos. 2022EE982 del 16 de junio de 2022 y 2022EE1158 del 13 de julio de 2022, y si en consecuencia la demandante tiene derecho al reconocimiento de la relación laboral con Instituto Distrital de Turismo por el término en que ha estado vinculada mediante contratos de prestación de servicios, al pago de las prestaciones sociales y diferencias salariales, a la devolución de la cuota parte que le corresponde asumir a la entidad demandada sobre los aportes a seguridad social y de lo pagado por concepto de pólizas.

---

<sup>6</sup> Archivo digital No. 14.

<sup>7</sup> Archivo digital No. 21.

Cabe señalar que el problema jurídico transcrito fue definido durante la audiencia inicial del 16 de marzo de 2023, sin embargo, es claro para el Despacho y las partes que dentro de las pretensiones de la demanda, se pidió la protección al fuero materno, con el consecuente reconocimiento económico prestacional de la licencia de maternidad, la indemnización de que trata el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo y el reconocimiento del descanso debido de conformidad con el artículo 243 ibidem.

Así entonces en aplicación del principio de congruencia establecido en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, esta sentencia abarcará el pronunciamiento expreso sobre las aludidas pretensiones.

## **2. Marco legal y jurisprudencial del contrato realidad**

Sea lo primero señalar que en lo que atañe al empleo público, el artículo 125 de la Constitución, estableció que: *“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley.”* (Negrilla y subrayado fuera de texto).

En ese sentido, por regla general, los empleos públicos dentro de los órganos y entidades del Estado son de carrera, siendo por lo tanto una excepción las demás formas de vinculación enunciadas por la norma en cita.

En desarrollo de los postulados constitucionales, el legislador no desconoció que en especiales ocasiones una entidad pública debe asumir la realización de actividades distintas a la función misional que contribuyen al cumplimiento de los objetivos de ésta, por lo que las personas de derecho privado (naturales o jurídicas) pueden suscribir contrato de prestación de servicios de que trata el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que señala:

*“Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...)*

### **3º. Contrato de Prestación de Servicios.**

*Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán 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.”*

No obstante lo anterior, debe señalarse que el contrato de prestación de servicios tuvo sus inicios previamente a la expedición de la Ley 80 de 1993, como pasará a verse en el recuento normativo que se expondrá a continuación.

Como primer antecedente legal tenemos el artículo 2064 y siguientes del Código Civil, que tratan del arrendamiento de servicios inmateriales, compartiendo, por tanto, aspectos comunes con el actual contrato de prestación de servicios. Así mismo, en el sector público

se encuentran como antecedentes normativos, que el artículo 5° de la Ley 3° de 1930, hacía referencia a la contratación de servicios muy especializados, reiterado posteriormente por el artículo 2° del Decreto 2400 de 1968 actualmente vigente y los artículos 138 del Decreto 150 de 1976 y 163 del Decreto 222 de 1983.

De la norma relacionada debe indicarse, de manera particular, que el artículo 163 del Decreto 222 de 1983, autorizaba la celebración de este tipo de contratos para el desempeño de funciones administrativas, es decir, aquellas propias de la entidad, pero requería autorización del Jefe de cada organismo, en armonía con el Decreto 1680 de 1991, no obstante, con la Ley 80 de 1993, citada en precedencia, se indicó que esos contratos podrían celebrarse con personas naturales siempre y cuando la planta de personal no resultara suficiente para realizar las actividades <asociadas a la administración o funcionamiento de la entidad.

Precisamente el aparte normativo en el que se indica que: “... **en ningún caso estos contratos generan relación laboral, ni pago de prestaciones sociales...**”, fue revisado por la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 de 1997 y declarado exequible, pero condicionado a que para desvirtuar la presunción de la relación contractual que la norma en comento supone, se demuestre la existencia de una relación laboral, cuando así se alegue. Al respecto, la sentencia indica:

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

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

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

***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. (...).*

*Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.*

***En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.***<sup>8</sup> (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Entonces, el elemento diferenciador del contrato de prestación de servicios y el vínculo laboral, es la inexistencia para el primero, de la subordinación, lo que significa que para el desarrollo de una actividad que exige del conocimiento o formación específica en determinada materia, debe existir autonomía e independencia en la forma en la que se aplica el conocimiento, esto es, se establecen las reglas generales para llevar a cabo el objeto contractual, pero la forma en que se ejecuta no puede tener injerencia alguna la parte contratante.

Posteriormente, el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 que regula lo pertinente al empleo indica que las funciones propias y habituales de la entidad no se pueden llevar a cabo mediante contratos de prestación de servicios, en cuanto expresa:

***“Artículo 2º. Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural, Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.***

*Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.*

*Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos; obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.*

***Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.***<sup>9</sup> (Negrilla y subrayado fuera de texto).

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-614 de 2009, define la forma en que se debe diferenciar la actividad encomendada a un contratista, con la función misional

<sup>8</sup> Corte Constitucional Sentencia C-154 de 1997. Referencia: Expediente D-1430. Norma acusada: Numeral 3o. -parcial del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 "por la cual se dicta el Estatuto de Contratación Administrativa". Actores: Norberto Ríos Navarro, Tulio Elí Chinchilla Herrera, Alberto León Gómez Zuluaga, Carlos Alberto Ballesteros Barón y Germán Enrique Reyes Forero. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara. Santafé de Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997).

<sup>9</sup> Decreto 2400 de 1968 Art. 2º, reformado por el Decreto 3400 de 1968 Art. 1º.

de la entidad e incluyó el elemento de la función permanente como característico de la relación laboral, mismo que lo distancia del contrato de prestación de servicios, para finalmente, desarrollar los criterios que permiten identificar cuándo se está frente a una relación laboral o una de carácter netamente contractual, al disponer:

*“La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios, a saber:*

**i) Criterio funcional:** la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución) deben ejecutarse, por regla general, mediante el empleo público. En otras palabras, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral. En este sentido, la sentencia del 21 de agosto de 2003<sup>10</sup>, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, expresó: (...).

**ii) Criterio de igualdad:** Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia citada del 6 de septiembre de 2008<sup>11</sup>).

**iii) Criterio temporal o de la habitualidad:** Si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia ya citada del 3 de julio de 2003<sup>12</sup>). Dicho en otros términos, si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y de esa manera, se encuentra que no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 17 de abril de 2008<sup>13</sup>).

**iv) Criterio de la excepcionalidad:** si la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudirse a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de febrero de 2002<sup>14</sup> a que se ha hecho referencia). Por el contrario, si la gestión contratada equivale al “giro normal de los negocios” de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia consideró ajustado al ordenamiento jurídico lo expresado por el ad quem en el asunto sometido a su consideración así:

“... existiendo objetivamente la relación de trabajo, esta se presume amparada por el contrato de trabajo, máxime cuando se trata de empresas comerciales o industriales con ánimo de lucro en las mismas condiciones de los particulares, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 4º del D.2127 de 1.945, como quiera que en la actualidad el Sistema de Seguridad Social Integral no está exclusivamente a cargo del estado ni del Instituto de Seguros Sociales, sino que también está siendo prestado por particulares o mejor por empresas privadas. En consecuencia **la entidad pública que ejecuta actividades de gestión, cuando contrata personas para cumplir con actividades propias del giro u objeto social comercial, debe estar a lo dispuesto en las normas pertinentes sobre la vinculación de los**

<sup>10</sup> Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, expediente 0370-2003.

<sup>11</sup> Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 2152-06.

<sup>12</sup> Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, expediente 4798-02.

<sup>13</sup> Consejero Ponente Jaime Moreno García, expediente 2776-05.

<sup>14</sup> Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, expediente 3530-2001.

**trabajadores, mediante contratos de trabajo, como quiera que la excepción para ejecutar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento, puede la administración pública vincular personas con conocimientos especializados, cuando la planta es insuficiente mediante la aplicación de las normas previstas en la ley 80 de 1.993, esto es con contratos de prestación de servicios, pues de acuerdo con el artículo 6° del Decreto 3130 las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, están sometidas a las reglas del derecho privado, lo que significa que no puede aplicarse en forma general como hizo el Ad-quem, la excepción establecida por el legislador para casos muy especiales y concretos ...**<sup>15</sup> (subrayas fuera del texto original)

**v) Criterio de la continuidad: si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral. La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 21 de agosto de 2003**<sup>16</sup>, indicó: (...).

**En síntesis, una de las condiciones que permite diferenciar un contrato laboral de un contrato de prestación de servicios es el ejercicio de la labor contratada, pues sólo si no hace parte de las funciones propias de la entidad, o haciendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados, pueden celebrarse contratos de prestación de servicios. De lo contrario, la administración debe recurrir a la ampliación de la planta de personal para celebrar contratos laborales.**<sup>17</sup> (Negrilla y subrayado fuera de texto).

## **2.1. Principio constitucional de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales**

Aclarado como se encuentra el objeto del contrato de prestación de servicios y ante la declaratoria de exequibilidad condicionada del artículo 163 del Decreto 222 de 1983, dispuesta en la sentencia C-154 de 1997 de la Corte Constitucional sobre esta modalidad contractual, se colige que el artículo 53 de la Constitución Política, procura salvaguardar los derechos laborales de carácter irrenunciables de los trabajadores, que para el caso *sub examine*, cuando una entidad pública, *so pretexto* de la falta de personal suficiente para la realización de actividades de carácter permanente, acude al contrato de prestación de servicios, desconociendo las características especiales que el legislador dispuso para este tipo de contrato.

Como se ha venido anticipando entonces, el contrato de prestación de servicios de que trata el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, ha sido objeto de múltiples pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado - Sección Segunda, esta última actuando como órgano de cierre de la jurisdicción Contenciosa Administrativa al resolver conflictos en los que se discute si lo realmente ejecutado por los extremos de un acuerdo de voluntades, corresponde a un contrato de prestación de servicios asistenciales o realmente corresponde a una relación laboral propiamente dicha, al margen de los formalismos tenidos en cuenta al inicio de la relación.

Para dilucidar si se está frente a una relación laboral o un contrato de prestación de servicios, la sentencia proferida por el Consejo de Estado Sección Segunda del 4 de julio

<sup>15</sup> Sentencia del 21 de abril de 2004, Magistrado Ponente Eduardo López Villegas, expediente 22426.

<sup>16</sup> Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, radicación 0370-2003.

<sup>17</sup> Corte Constitucional Sentencia C-614 de 2009. Referencia: expediente D-7615. Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2° (parcial) del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1° (parcial) del Decreto Ley 3074 de 1968. Actor: María Fernanda Orozco Tous. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D. C., dos (2) de septiembre de dos mil nueve (2009). Sobre el tema se pueden consultar las sentencias C-171 de 2012 y la SU-040 de 2018.

de 2013, dentro del expediente No. 08001-23-31-000-**2006-00142**-01(2675-12), con ponencia de la Dra. **Bertha Lucía Ramírez de Páez**; reiteró la tesis según la cual, para diferenciarlas se debe tener en cuenta los elementos que constituyen una relación laboral de manera enunciativa que son: i) la subordinación, ii) la prestación personal del servicio y iii) la remuneración por el trabajo cumplido, mismos que pueden ser demostrados con cualquier medio de convicción.

Descendiendo al estudio de los elementos de la relación laboral, en lo que atañe a la subordinación el Consejo de Estado en sentencia del 27 de agosto de 2015, expediente No. 81001-2333-003-**2013-00057**-01 (3361-14), indica lo siguiente:

*“En ese orden, la Sala ha señalado que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, **tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral**; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. (...)*

***Ahora bien, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma**, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, **además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia**, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.*

***Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia**, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.*

*Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, **por este sólo hecho de estar vinculado no se le puede otorgar la calidad de empleado público**, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado esta Corporación.”<sup>18</sup> (Negrilla y subrayado fuera de texto).*

## 2.2. Fuero de maternidad

La constitución de 1991, estableció en el artículo 43 la protección especial de la mujer gestante y lactante, así como la eventual asistencia en materia de salud y alimentación.

Por su parte, el artículo 13 ibidem, regula lo pertinente al derecho a la igualdad ante la Ley y establece la obligación del Estado para que la igualdad sea real y efectiva, lo que dio lugar al desarrollo de acciones afirmativas en procura de satisfacer derechos de

<sup>18</sup> Consejo de Estado-Sección Segunda sentencia del 27 de agosto de 2015, expediente No. 81001-2333-003-2013-00057-01 (3361-14).

personas en situación de debilidad económica, física o mental y establecer prioridades en cuanto a beneficios se trata.

El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo contempla el derecho a la licencia de maternidad en los siguientes términos:

*“(…) Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido.*

*1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.*

*2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor.*

*3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:*

*a) El estado de embarazo de la trabajadora;*

*b) La indicación del día probable del parto, y*

*c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto. Los beneficios incluidos en este artículo, y el artículo 239 de la presente ley, no excluyen a los trabajadores del sector público.*

*4. Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica, se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento.*

Sobre la prohibición de desvincular a las empleadas gestantes, el artículo 239 ibídem, establece:

*“ARTÍCULO 239. PROHIBICIÓN DE DESPIDO. Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa.*

*2. Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto.*

*3. Las trabajadoras que trata el numeral uno (1) de este artículo, que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tendrán derecho al pago adicional de una indemnización igual a sesenta (60) días de trabajo, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su contrato de trabajo.*

*4. En el caso de la mujer trabajadora que por alguna razón excepcional no disfrute de la semana preparto obligatoria, y/o de algunas de las diecisiete (17) semanas de descanso, tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de licencia. En caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término.”. (Negrita y subrayado fuera de texto "Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa".*

3. Caso concreto

A fin de resolver la controversia planteada en el *sub judice*, a continuación, se analizará si con las pruebas documentales y testimoniales recaudadas, se encuentra acreditada la existencia de los tres elementos propios de la relación laboral, es decir, la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación.

3.1. Prestación personal del servicio

Se acredita que la demandante **Diana Marcela Amaya Suárez**, prestó sus servicios en Instituto Distrital de Turismo, en donde cumplió funciones como personal de apoyo de la Oficina de Control Interno de la entidad, en su calidad de Ingeniera Industrial.

Para tal efecto, prestó sus servicios a través de Contratos de prestación de servicios suscritos con la entidad demandada, que de acuerdo con las pruebas documentales aportadas, son los siguientes<sup>19</sup>:

| No. | CONTRATO  | OBJETO                                                                                                              | FECHA DE INICIO | FECHA DE TERMINACIÓN | DÍAS HÁBILES DE INTERRUPCIÓN | EXP DIG                                                                                              |
|-----|-----------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------|----------------------|------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1   | 088/2018  | Funciones de apoyo del área de control interno de la entidad desde el área del conocimiento que posee la demandante | 23/01/2018      | 31/12/2018           | -                            | Certificación Páginas 119 a 124 archivo Digital No. 5                                                |
| 2   | 010/2019  | Funciones de apoyo del área de control interno de la entidad desde el área del conocimiento que posee la demandante | 01-02-2019      | 08-02-2020           | 21 DÍAS HÁBILES              | Certificación Páginas 119 a 124 archivo Digital No. 5                                                |
| 3   | 029/2020  | Funciones de apoyo del área de control interno de la entidad desde el área del conocimiento que posee la demandante | 20-02-2020      | 19-08-2020           | 9 DÍAS HÁBILES               | Certificación Páginas 119 a 124 archivo Digital No. 5                                                |
| 4   | 0197/2020 | Funciones de apoyo del área de control interno de la entidad desde el área del conocimiento que posee la demandante | 20-08-2020      | 19-02-2021           | -                            | Certificación Páginas 119 a 124 archivo Digital No. 5                                                |
| 5   | 096/2021  | Funciones de apoyo del área de control interno de la entidad desde el área del conocimiento que posee la demandante | 02-03-2021      | 5-11-2021            | 6 DÍAS HÁBILES               | Certificación Páginas 119 a 124 archivo Digital No. 5 y Oficio No. 2022EE982 DEL 10 DE JUNIO DE 2022 |

El desempeño de todas las actividades enlistadas en los periodos determinados en el cuadro precedente, exigían una prestación directa y personal, como se desprende de las documentales aportadas, pues se contrata a la accionante por el perfil profesional que tiene de Ingeniera Industrial.

Pues revisado uno a uno los contratos no se determinó una fecha específica en la que se requería a la accionante para que concurriera a la entidad a desempeñar las obligaciones encomendadas, lo que significa que en cualquier momento de la ejecución de cada contrato era necesaria su disposición para prestar el apoyo a la dependencia a la que se le asignó.

<sup>19</sup> Carpeta No. 16.1 del expediente digital.

En el curso de la instancia se recaudaron dos testimonios de las ciudadanas María de los Ángeles Luque Suan y Cleidy Alejandra Gutiérrez Cubillos, que sobre la prestación personal del servicio por parte de la demandante, informaron:

La testigo María de los Ángeles Luque Suan, compañera y amiga de la Universidad en la que estudio en la demandante; "...*PREGUNTADO POR EL DESPACHO: ¿Precísele al Despacho si Usted presta o prestó sus servicios al Instituto Distrital de Turismo? ¿y en qué época? CONTESTÓ: No señora PREGUNTADO POR EL DESPACHO: ¿indíqueme al Despacho si usted conoce a la demandante Diana Marcela Amaya Suárez y en caso afirmativo desde hace cuánto y por qué razón la conoce? CONTESTÓ: La conozco porque estudie con ella en la Universidad, la conocí desde el dos mil... 2010 aproximadamente cuando terminamos la Universidad. PREGUNTADO POR EL DESPACHO: ¿tiene usted conocimiento de la controversia que se está dirimiendo en este proceso? CONTESTÓ: Si señora, PREGUNTADO POR EL DESPACHO: ¿Desde ese conocimiento que tiene por favor infórmele al Despacho que le consta sobre la situación de la vinculación de la señora Diana Marcela con el Instituto Distrital de Turismo? CONTESTÓ: Diana trabajó con ellos en algunas ocasiones el horario se excedía porque cuando teníamos algún acuerdo entre nosotras de encontrarnos me cancelaba a última hora, en otras ocasiones nos alcanzamos a encontrar, yo la fui a recoger en la Oficina de ella cuando salía del trabajo, pero pues seguía conectada por teléfono por whatsapp, en redes sociales ella subía fotos de actividades que ella tenía con la empresa, en el exterior y también en áreas de oficina, también vi la foto del carnet cuando le salió el trabajo, pues me mostró cuando fue contratada, uh no, algo más? PREGUNTADO POR EL DESPACHO: ¿usted sabe o le consta que tipo de actividades hacía la señora Diana Marcela en la entidad? CONTESTÓ: Eh, como tareas administrativas, sé que tenía tareas de auditoría, de temas como seguimientos y si mal no estoy temas como con la contraloría los recuerdo porque le pedí ayuda para unos temas que yo tenía en mi trabajo particularmente. PREGUNTADO POR EL DESPACHO: Usted hizo referencia a un horario, a parte de la situación que nos comenta, ¿le consta la situación por otro hecho o en qué manifiesta Usted que ella tenía un horario? CONTESTÓ: Pues si porque normalmente cuando hablamos y quedábamos de encontrarnos, pues normalmente lo hacíamos para que fuera después de nuestros horarios laborales y quedamos de encontrarnos a las 6 de la tarde, seis y media y como le comente anteriormente, a veces, en ocasiones fui a recogerla y la esperaba mientras ella salía del trabajo(...) PREGUNTADO POR EL DESPACHO: ¿usted sabe o le consta, que haya presenciado que la señora Diana Marcela tuviera un tipo de Superior que le daba instrucciones en la manera que debía hacer sus actividades? CONTESTÓ: Si si señora, ella pues tenía un jefe inmediato y era el que le indicaba que tenía que hacer y como lo tenía que hacer, pues debía entregar algunas veces en los informes que tenía que hacer de los seguimientos que hacía. PREGUNTADO POR EL DESPACHO: ¿y específicamente porque razón le consta este hecho? CONTESTÓ: Porque Diana me indicó que algunas veces le tocaba hacer algunas auditorias y algunos seguimientos y cuando encontraba resultados que no eran tan positivos en algunas ocasiones le sugerían o le indicaban que debía ponerlos como realizados así no fuera verdad. PREGUNTADO POR EL DESPACHO: ¿usted sabe o le consta o tuvo conocimiento con qué tipo de elementos tuvo que desarrollar sus actividades la señora Diana Marcela y quien se los proporcionaba? CONTESTÓ: Ósea computadores, la Oficina, bueno en la Oficina tenía su computador, tenía todo el tema de papelería, tenía su puesto de trabajo, uniforme no recuerdo creo que una chaqueta o un chaleco utilizaba eso lo vi en redes sociales, eh tenía carnet y no sé qué más tenía PREGUNTADO POR EL DESPACHO: ¿Usted tuvo conocimiento si la demandante tuvo interrupción en la prestación del servicio con la entidad? CONTESTÓ: Eh si señora yo supe que ella por el tipo de contrato, no le daban como incapacidades temas de esos, entonces tenía que, ósea le cancelaban el contrato y volvían a contratarla y en una oportunidad se que cuando se acabó el contrato ella igual seguía trabajando sin tener contrato e igual seguía yendo a la oficina. PREGUNTADO POR EL DESPACHO: ¿Usted sabe o le consta cual es la razón por qué la demandante no siguió prestando sus servicios en la entidad demandada? CONTESTÓ: Si ella renunció cuando se acabó la pandemia y se inició como el retorno a las actividades físicas de todo el mundo, la entidad le indicó que debía asistir todos los días a la oficina y ella había acabado de tener el bebé y no se había tomado la licencia completa de maternidad. (...) PREGUNTADO POR LA PARTE DEMANDANTE: Usted indicaba que tipo de órdenes le daba la Jefe Superior, podía indicar si tiene*

conocimiento por qué medio le daban ese tipo de órdenes? o ¿cómo le ordenaban esas acciones a ejecutar? CONTESTÓ: Pues yo se que ella tenía esos correos empresariales, pero cuando estaba conmigo nos encontrábamos, a veces por whatsapp le solicitaban tareas o ejecutar actividades. (...) PREGUNTADO APODERADA DE LA PARTE DEMANDANTE: ¿indíquele al Despacho cada cuanto ustedes se encontraban, usted recogía a la señora Diana? CONTESTÓ: Yo creo que nos podemos ver al mes dos o tres veces. (...) PREGUNTADO POR LA APODERADA DE LA ENTIDAD DEMANDADA: ¿nos puede indicar como sabía ese horario, es decir, se lo comento ella o usted sabía, en ese caso que ella se lo hubiera comentado, ella le indicó como se lo asignaron, como se lo comunicaron, quién se lo comunicó, cuándo se lo comunicó? CONTESTÓ: Bueno el horario, eh no se a que horas entraba, supongo que ocho u ocho y media de la mañana, y si se que salía alrededor de las cinco o cinco y media porque posterior a esa hora era que nosotros acordábamos nuestros encuentros, se que el tipo de contrato de ella, creo que no tenía que ir todos los días a la Oficina, pero igual ella asistía a la Oficina, no se quien se lo indicaba, no conozco la persona exacta, supongo debió haber sido el jefe de ese momento. PREGUNTADO POR LA APODERADA DE LA ENTIDAD DEMANDADA: Usted nos decía que Diana Marcela le comentó que tenía un jefe inmediato, usted acaba de decir que no sabe quien era este Jefe inmediato, pero podría precisarnos ¿cuáles son los comentarios que hacía ella?, ¿Qué le comentaba acerca de ese jefe inmediato? ¿eran varios jefes, era uno solo? ¿era una mujer? ¿era un hombre? CONTESTÓ: Bueno de lo que yo recuerdo creo que el Jefe era mujer y comentarios como tal de la persona no se hacían sino temas laborales como tareas que le tocaba hacer o revisiones que le hacían, como hacía auditorios pues tenía contactos con otras personas de la entidad. (...) PREGUNTADO POR LA APODERADA DE LA ENTIDAD DEMANDADA: ¿Existían órdenes, sugerencias, instrucciones de ese supuesto jefe a Diana Marcela? CONTESTÓ: Si yo sé que a ella le daban no se con qué frecuencia ciertas tareas que debía hacer que debía cumplir y adicionalmente se que por ejemplo en las auditorias que debía hacer había un paso a paso que ella debía cumplir para generar esas auditorias y al final entregar un informe. (...)”<sup>20</sup>

Por su parte la testigo Cleidy Alejandra Gutiérrez Cubillos, vecina y amiga de la demandante, quien manifestó lo siguiente: “...PREGUNTADO POR EL DESPACHO: ¿Por favor indíquele a este Despacho si usted en algún momento prestó sus servicios en el Instituto Distrital de Turismo? CONTESTÓ: No señora PREGUNTADO POR EL DESPACHO: ¿usted sabe las razones por las cuales fue convocada a este proceso, conoce las razones de la controversia? CONTESTÓ: Si señora, PREGUNTADO POR EL DESPACHO: ¿Por favor indíquele al Despacho lo que le conste, sobre la vinculación de la señora Diana Marcela Amaya Suárez con el Instituto Distrital de Turismo? CONTESTÓ: Me consta que ella trabajaba en dicha entidad, que tenía horarios fuera del estimado de ella y no más. PREGUNTADO POR EL DESPACHO: ¿podría precisarle al Despacho cual es su vínculo con la demandante, desde hace cuánto la conoce y por qué razón? CONTESTÓ: la conozco aproximadamente entre ocho o más años, vivimos en el mismo barrio. PREGUNTADO POR EL DESPACHO: ¿que tipo de vinculación tenía la señora DIANA MARCELA AMAYA con el INSTITUTO DISTRITAL DE TURISMO? CONTESTÓ: exactamente no señora, se que trabajaba para entidad, pero como tal el contrato, no. PREGUNTADO POR EL DESPACHO: ¿usted tiene conocimiento de que tipo de actividades desarrollaba ella allá? CONTESTÓ: Se que tenía actividades como desarrollo de contrataciones realización de actas, diferentes funciones. PREGUNTADO POR EL DESPACHO: ¿usted tiene conocimiento o le consta, si la señora DIANA MARCELA tenía que cumplir algún horario en la entidad? CONTESTÓ: Si señora, pues nos encontrábamos cuando yo me disponía a llevar a mi hija en las mañanas al colegio, me encontraba con Diana cuando ella iba para la Oficina, aproximadamente a las 7am, pues asumía yo que Diana entraba a las 8 u 8 y media pues en la tarde, a veces nos comunicábamos a las 4, 5 o 6 de la tarde y Diana se encontraba hasta más horas, pues trabajando, entonces se la hora de entrada pero no tenía como tal la hora de salida. PREGUNTADO POR EL DESPACHO: ¿con qué frecuencia tenía usted comunicación con la demandante? CONTESTÓ: Casi todos los días. PREGUNTADO POR EL DESPACHO: ¿si usted sabe o tiene conocimiento si la señora Diana tenía algún tipo de Superior que le indicará como debía realizar las actividades en la entidad.? CONTESTÓ: Eh una jefe. PREGUNTADO POR EL DESPACHO: ¿podría darnos los detalles que le consten sobre esto por favor CONTESTÓ: Me consta por ejemplo cuando me

<sup>20</sup> Archív o digital No. 24, Audiencia celebrada el 4 de mayo de 2023, minutos 8 a 23 de la grabación.

encontraba con Diana, pues en presencia de Diana de pronto ella le enviaba algún tipo de chat que tenía que enviarle un acta, conectarse a una reunión, eh por este motivo sé que era una jefe. PREGUNTADO POR EL DESPACHO: ¿Usted sabe o le consta si era obligatorio que la demandante asistiera diariamente a la entidad o si ella podía tener independencia de su tiempo y realizar sus actividades desde alguna otra parte? CONTESTÓ: Tengo entendido hasta donde sé que tenía que asistir presencialmente. PREGUNTADO POR EL DESPACHO: ¿usted sabe o le consta si en el tiempo que la demandante estuvo vinculada al Instituto Distrital de Turismo, la demandante prestaba sus servicios a alguna otra entidad? CONTESTÓ: Eh en el conjunto donde vive Diana, en ese conjunto vive mi tía, ella en ese momento había asumido la administración de ese conjunto, entonces también estaba ahí. (...) PREGUNTADO POR LA APODERADA DE LA PARTE DEMANDANTE: ¿indíquele a este Despacho si Diana tuvo que reportar ese procedimiento que le hicieron de la hernia? CONTESTÓ: Tengo entendido que sí PREGUNTADO POR LA APODERADA DE LA PARTE DEMANDADA: ¿indíquele al Despacho si usted tiene conocimiento de que fecha hasta que fecha la señora Diana trabajó para el conjunto que Usted indica? CONTESTÓ: aproximadamente en el 2018 y 2019. La fecha exacta no la sé. PREGUNTADO POR LA PARTE DEMANDADA: ¿Indíquele al Despacho en que horario cumplía la señora Diana esas funciones en el conjunto residencial? CONTESTÓ: Pues la verdad a veces había reuniones del Conjunto y Diana no podía llegar por cosas del trabajo a la hora que se había estipulado la reunión, entonces a veces nos encontrábamos a las 8, 9 o 9:30 y ella estaba en la administración porque no había tenido tiempo antes de asumir ese cargo, entonces si la función de ella era después de su trabajo pero hasta altas horas de la noche. (...) PREGUNTADO POR LA APODERADA DE LA PARTE DEMANDANTE: ¿Indíquele al Despacho si tiene conocimiento el por qué la señora Diana no continuó en la administración de ese edificio? CONTESTÓ: Tengo entendido que por el estado de salud de ella y de su bebé ya el tiempo no le permitía realizar las dos labores PREGUNTADO POR LA APODERADA DE LA PARTE DEMANDADA: ¿indíquele al Despacho, si las veces que usted estuvo en la agrupación, la señora Diana portaba uniforme, carnet o algo parecido? CONTESTÓ: ella portaba una chaqueta azul con el logo de Bogotá y el carnet del trabajo de la empresa, lo que te digo, nombre logo y el nombre del Instituto Distrital de Turismo. (...)”<sup>21</sup>

Las dos testigos convocadas, no han prestado sus servicios en la entidad demandada y lo que les consta acerca de los servicios prestados por la accionante, proviene de lo que ella les ha manifestado o compartido y la percepción que tienen al verla cumplir un horario, aunque no pudieron precisar horas exactas, si le constaba la hora de salida hacia el trabajo y la hora de salida de la Oficina en algunas ocasiones.

Sobre la eficacia probatoria de las declaraciones rendidas por los testigos de referencia o de ‘oídas’, el Consejo de Estado, ha precisado lo siguiente;

*“...Por otra parte, y con respecto a los mal llamados testigos de “oídas” la jurisprudencia<sup>22</sup> ha establecido que es un testimonio indirecto de un acontecimiento que se quiere probar, pero que muchas veces es insuficiente para convencer al juzgador.*

*Así mismo, el Consejo de Estado<sup>23</sup> se ha pronunciado respecto de éste tema de la siguiente manera:*

*“(....) En cuanto los análisis que acerca del testimonio de oídas y de su eficacia probatoria ha realizado la doctrina, es posible destacar la posición asumida por importantes autores nacionales como los profesores Devis Echandía (...) y Parra Quijano<sup>24</sup>, quienes, en buena*

<sup>21</sup> Archivo digital No. 24, Audiencia celebrada el 4 de mayo de 2023, minutos 30 a 43 de la grabación.

<sup>22</sup> Corte Constitucional. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. Fecha: 20 de octubre de 2005. Ref. Exp. T-1152288

<sup>23</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Fecha: 7º de octubre de 2009. Radicado: 20001-23-31-000-1998-04127-01 (17629)

<sup>24</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. “Manual de Derecho Probatorio”. Décima Primera Edición. Ediciones Librería del Profesional Bogotá, 2000. A páginas 272 a 274 precisa: “Mediante el testigo de oídas, el juez no logra la representación de los hechos y aliéndose directamente del testigo que los presenció, sino de otros que oyeron a aquél referirlos. Si nos vamos de un símil para significar la representación que se logra de los hechos a través del testimonio, podríamos decir que el juez los conoce mirándose en una especie de espejo (testimonio), pero si no se trata del testigo presencial, el juez va a verlos a través de un espejo que refleja a otro, el que sí contiene representados los acontecimientos. De tal manera que en esta

*medida y siguiendo las orientaciones de la jurisprudencia, coinciden en admitir la validez y la credibilidad que transmiten los testimonios de oídas, no sin efectuar las prevenciones obvias y naturales que exige la valoración rigurosa de esta clase particular de pruebas.*

*Siendo así las cosas, la Sala estima propicia la ocasión para precisar –en línea con la postura jurisprudencial que se mantuvo en los ya referidos fallos que expidió en los años de 2001<sup>25</sup>, 2003<sup>26</sup> y 2004<sup>27</sup>, así como en la dirección que refleja la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia–, **que el testimonio de oídas constituye un medio de prueba cuya valoración no puede desecharse o desestimarse, sin más, por el sólo hecho de que la versión que rinda el declarante haya llegado a su conocimiento por la transmisión que de la misma le hubiere realizado otra persona y no por la percepción directa de los hechos respectivos.***

**Ahora bien, como ocurre con cualquier otro medio de prueba admitido por la ley, la valoración del testimonio de oídas deberá realizarla el juez de manera conjunta con los demás elementos probatorios que hubieren sido oportuna y regularmente acopiados en el proceso, con el agregado de que en estos casos debe tenerse especial cuidado para efectos de someter la versión del declarante a un tamiz particularmente riguroso con el fin de evitar que los hechos a los cuales se les otorgue credibilidad resulten finalmente distorsionados por el proceso de comunicación a que se encuentra sometida una declaración de tal naturaleza, puesto que es evidente que el relato de los hechos que realizará el testigo de oídas no dirá relación con aquellos que él hubiere percibido de manera directa sino que se referirá a hechos respecto de los cuales tuvo conocimiento de manera indirecta, por la referencia o transmisión que sobre los mismos le hubiere efectuado otra persona.**

---

modalidad de declaración, por ser una prueba de otra, aparecen dos posibilidades de error; el (posible) de la primera percepción, y el (posible) de quien está oyendo lo que otro percibió, lo que hace patente el principio que dice que la prueba cuanto más se aleja de su fuente original, más disminuye su fuerza y eficacia.

#### 1. GRADOS DEL TESTIGO DE OÍDAS

a. De primer grado: Es el caso de aquella persona que al relatar unos hechos sostiene que los oyó narrar a otra (numeral 3º del artículo 228 del C. de P.C.): "... Si la declaración versa sobre expresiones que el testigo hubiere oído, o contiene conceptos propios, el juez le ordenará que explique las circunstancias que permitan apreciar su verdadero sentido y alcance". Ejemplo: el testigo afirma haber oído, a Juan, decir: "vía Pedro hoy, a las diez de la mañana, en la Plaza de Bolívar, lucía un vestido rojo con vivos azules" (art. 294 del C. de P.P. y 531 ordinal 2º del C. de J.P.M.).

b. De grado sucesivo: Se trata de aquella persona que dice haber oído a otra relatar unos hechos que ésta, a su vez, los había oído a otra y así sucesivamente. Ejemplo: el deponente afirma haber oído decir a Juan: "Jorge comentó que vio ayer a Pedro, a las diez de la mañana, en la Plaza de Bolívar, que lucía un vestido rojo con vivos azules".

#### 2. EFICACIA PROBATORIA

La pregunta que debe formularse es: ¿el testimonio de oídas puede llegar a ser un medio de persuasión atendible?

La respuesta a este interrogante es positiva. Pero la afirmación está condicionada a los siguientes presupuestos:

1.- No es para reemplazar al testigo presencial de los hechos. Si éste existe y puede ser citado hay que hacerlo. Pues como se dice, quizá con un poco de exageración, pero con algún sentido: "En la generalidad de los casos la prueba de referencia, es poco recomendable, pues supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos y el dar valor a dichos de personas que no han comparecido en el proceso..."

2.- Cuando los testigos son todos de oídas, que afirman haber oído decir, o que les dijeron, sin ningún apoyo en otra prueba, sin nada serio que justifique frente a ellos el relato, no se les puede dar credibilidad. Cosa distinta es por ejemplo que una persona moribunda cuente frente a una o varias personas quién la hirió. Entendidas esas circunstancias y la pequeña historia del asunto, es posible darles credibilidad. Pero cuando sin ninguna razón, por ejemplo: en una calle una persona se encuentra causalmente con otra y empieza a contarle unos hechos. El que recibió el relato a su vez le cuenta a otro lo que el anterior le dijo, esto son testimonios sin valor probatorio. Este sería un caso de prueba no recomendable y entre los muchos motivos para no creerle está la circunstancia en que se afirma fue hecho el relato.

3.- A los testigos de oídas o de referencia se les da valor o no como testigos. Pero hay que repudiar la tendencia de darle valor de indicio, cuando no son muy creíbles, como si las pruebas "degeneradas", "no pruebas", puedan generar indicios. Se ha dicho: "En el sentido de su valor probatorio es muy reducido" y en ningún caso pueden constituir la única prueba, actuando más bien como indicios corroborantes junto a otro tipo de pruebas de carácter directo o indiciario. Criterio éste que no compartimos de ninguna manera porque si los testimonios de oídas aparecen apuntalados con otras pruebas atendibles y dentro del universo de un caso determinado, se les puede dar valor. Tampoco se pueden tener como indicios o no atendibles por lo dicho.

4.- En nuestro criterio, dictar una medida de aseguramiento, una resolución de acusación o una sentencia, con base en testimonios de referencia, viola en forma franca el derecho de contradicción y el debido proceso, salvo que exista apuntalamiento de lo vertido por los testigos de oídas por otros medios probatorios. O que las circunstancias en que se dice ocurrió el relato sean lo suficientemente atendibles, según el buen juicio del ser humano".

<sup>25</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 16 de 2001. Expediente No. 12.703. M. Ponente. Dra. María Elena Giraldo Gómez.

<sup>26</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias de septiembre 4 de 2003. Expediente No. 11.615 (R- 5880). Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

<sup>27</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 11 de 2004. Expediente No. 14.135 (R-9259). Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

*Precisamente para evitar que los hechos lleguen alterados al conocimiento del juez, como resultado de la transmisión que ha de ocurrir acerca de la versión de su acaecimiento cuando el conocimiento sobre los mismos se obtiene a través de testimonios indirectos o de referencia, el juzgador ha de ser particularmente cuidadoso en verificar, entre otros aspectos de importancia, i).- las calidades y condiciones del testigo de oídas; ii).- las circunstancias en las cuales el propio testigo de oídas hubiere tenido conocimiento, indirecto o por referencia, de los hechos a los cuales se refiere su versión; iii).- la identificación plena y precisa de la(s) persona(s) que, en calidad de fuente, hubiere(n) transmitido al testigo de oídas la ocurrencia de los hechos sobre los cuales versa su declaración, para evitar así que un verdadero testimonio pueda confundirse con un rumor, en cuanto proviniere de fuentes anónimas o indeterminadas; iv).- la determinación acerca de la clase de testimonio de oídas de que se trata, puesto que estará llamado a brindar mayor confiabilidad el testimonio de oídas de primer grado que aquel que corresponda al grado sucesivo por ser el resultado de haber escuchado a otro relatar unos hechos de los cuales dicho tercero tuvo conocimiento por el relato que, a su turno, recibió de otra persona y así sucesivamente.*

**En ese sentido resultará particularmente importante que el juez relacione y, si fuere posible, coteje la declaración del testigo de oídas con el resto del conjunto probatorio para efectos de verificar la coincidencia y la consistencia de tal declaración con los aspectos fácticos que reflejen o evidencien los demás medios de prueba legalmente recaudados. (...)**”.

*En este orden de ideas, la Sala observa que el testimonio de oídas constituye un medio de prueba cuya valoración no puede desestimarse, por el sólo hecho de que la versión que rinda el declarante haya llegado por el relato de otra persona más no por haber presenciado los hechos, además que deberá ser valorada por el juez correspondiente de manera conjunta con los demás elementos probatorios que se hayan aportado de manera oportuna al proceso.”<sup>28</sup>*

Aplicada la jurisprudencia en cita al caso concreto, destaca el Despacho que las testigos convocadas, no tienen un conocimiento puntual del tipo de funciones y actividades que adelantaba la demandante al interior de la entidad demandada, les consta sí, a la primera de las declarante que la accionante salía del trabajo superadas las 6pm y a la segunda declarante, que la accionante se dirigía a su trabajo en la entidad convocada a las 7 am, aunque ninguna de las dos precisa la hora de ingreso a la oficina y la frecuencia de prestación de los servicios en horarios de fines de semana.

Entonces es claro para el Despacho que las testigos, sabían de la relación que tenía la accionante con la entidad demandada, porque le veían el carnet y la chaqueta con logos del Distrito Capital que portaba, mas no pueden precisar cómo era el desarrollo de las actividades día a día durante la ejecución de cada contrato.

Luego tales declaraciones sumadas a los contratos suscritos por la accionante, que obran como prueba en el proceso, permiten acreditar que indudablemente existió una prestación personal de servicios por parte de la demandante a la entidad demandada y que posiblemente, cumplía un horario de lunes a viernes, sin tener certeza de la hora de entrada y salida, pero si se tiene certeza de la liquidación de cada contrato que se ejecutó durante los plazos pactados sin novedad alguna,

---

<sup>28</sup> Consejo de Estado-Sección Segunda sentencia del 14 de junio de 2018, con ponencia de la Consejera Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez dentro del expediente No. 250002342000201403801 01. **Las siete citas precedentes provienen del texto jurisprudencial citado.**

### 3.2. Remuneración

Es indudable que la accionante recibía una remuneración por los servicios prestados, tanto así que en los contratos aparece determinado el valor total del contrato y se advierte del expediente administrativo aportado por la entidad demandada. Por ejemplo el contrato No. 088 de 2018<sup>29</sup>, indica al respecto lo siguiente:

**“CLAUSULA SEGUNDA - VALOR:**

*El de este contrato pata Indos los efectos asciende a la suma de VEINTIUN MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS PESOS (S21,474,400,00) M/cte impuestos y gravámenes incluidos.*

**CLAUSULA TERCERA - FORMA DE PAGO:**

*Una vez esté perfeccionado contrato de prestación de servicios y carpidlos los requisitos de ejecución del mismo. el Instituto Distrital de Turismo cancelará al CONTRA'VISTA, el valor establecido en el contrato en mensualidades vencidas por ja suma de Dos millones seiscientos ochenta y cuatro mil Trescientos pesos M/cte, o por la suma proporcional al periodo ejecución señalado en (S certificado de cumplimiento a satisfacción suscrito por el/la supervisor/a. Para cada uno de los pagos se requiero presentación del certificado de cumplimiento a satisfacción, suscrito por el/la supervisor/a del contrato, acompañado del informe de ejecución del contrato presentado por el/la contratista y los recibos de pago de aporres do salud, pensiones y riesgos laborales. de acuerdo con IO señalado en el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007 y dornas normas que reglamenta la materia.*

*PARÁGRAFO PRIMERO: l,os descuentos se efectuarán dentro do los quince (15) siguientes a la radicación (1c los documentos para pago en la subdirección de Gestión y Control Disciplinario o la dependencia haga sus veces.*

*PARÁGRAFO SEGUNDO: El pago estará sajelo a la disponibilidad de. los recursos del Programa Anual de Caja y a los recursos disponibles de la tesorería Distrital*

*PARÁGRAFO TERCERO: La implementación del sistema automático de pagos S.A.P., el INSIT'IJT() la consignación de los dineros correspondientes en Ya cuenta bancaria, cuyos datos le fueron suministrados por el/la CONTRA'TIS•I'A en certificación bancaria O en que contenga los datos respectivos\_*

*PARÁGRAFO CUARTO: El porcentaje por concepto do impuestos de valor Agregado (IVA) si Ilegal e a causarse se calculará de conformidad con las disposiciones que rijan la materia”*

Por lo que evidentemente se pactó un precio general del contrato y un pago mensual a medida que la demandante desarrollaba las labores en la entidad y rendía informes de los mismos.

Con la prueba documental aportada, se desprende que mes a mes la supervisora de cada contrato de nombre Viviana Rocío Durán Castro, evaluaba una a una las obligaciones contractuales asignadas a la accionante y establecía si se atendieron o no, precisando calificaciones del servicio prestados entre “deficiente”, “a mejorar” “satisfactorio”<sup>30</sup>, informe que servía para que se le desembolsaran los honorarios a la parte demandante.

### 3.3. Subordinación

Respecto a la forma de acreditar este requisito, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

<sup>29</sup> Archivo digital denominado “cto 88-2018 parte I”, en la carpeta 16.1 páginas 54 a 57.

<sup>30</sup> Por ejemplo carpeta digital No. 19 archivo denominado “cto 88.2018 parte III” páginas 81 a 89.

*“...En ese orden, es sabido que la subordinación es el elemento esencial de toda relación laboral y, además, es el factor que lo diferencia del contrato de prestación de servicios, por lo tanto para verificar su existencia se deberá analizar el soporte probatorio que fue recaudado en el proceso para finalmente determinar si la relación que se suscitó entre las partes cumple con los requisitos para que se configure el contrato realidad a que hace referencia el artículo 53 de la Constitución Política...”<sup>31</sup>*

La relevancia de la prueba de la subordinación, marca la diferencia entre demostrar o no la existencia de una relación laboral. En este caso, se demostró una contratación continua y una necesidad de la entidad demandada por los servicios de una profesional en el área de la Ingeniería Industrial para que apoyara los procesos que adelantaba la Oficina de Control Interno, pero no se estableció en debida forma, la existencia de un Superior Jerárquico-Jefe, la imposición de órdenes, llamados de atención, necesidad de pedir permisos, instrucciones continuas para la ejecución de labores propias del trabajo contratado, cumplimiento estricto de horario, entre otros elementos que permiten demostrar la existencia de este importante elemento.

Se limitó la prueba a procurar el aporte de los soportes documentales que dan cuenta de la contratación aquí denunciada, pero estos no comportan elementos que ofrezcan certeza sobre la existencia relación subordinada y a su vez, la inexistencia de una coordinación continua en la ejecución de labores, de la restricción en la autonomía e independencia de las funciones contratadas.

Como se indicó en precedencia al interior de este proceso, se recaudaron los testimonios de las señoras María de los Ángeles Luque Suan y Cleidy Alejandra Gutiérrez Cubillos, declaraciones cuya relevancia se transcribió en precedencia y en lo que toca a la manera como la accionante desarrollaba el objeto contratado, no pudieron hacer precisiones más allá de eventos que les fueron narrados por la misma accionante. Las declarantes manifestaron que la accionante trabajaba hasta altas horas de la noche, pero la frecuencia entre la que se contactaban las declarantes con la accionante y las referidas jornadas de trabajo extendidas, no permiten deducir que el trabajo adelantado por la accionante la obligaba a ocuparse en horarios distintos a una jornada habitual de trabajo comprendida de 7am a 5pm lunes a viernes o dentro de ese rango.

Así mismo, los testigos no pueden precisar el tipo de órdenes o instrucciones recibía la accionante en la cotidianidad del desarrollo de cada objeto contractual, quién le daba esas órdenes o instrucciones, que vinculación con la entidad tenía la persona que fungía como Superior de la demandante y otros aspectos que son propios de la subordinación.

Por otro lado, puede decirse que se pueden detallar las obligaciones específicas del contrato inicial y el contrato final, mismas que no permiten concluir la existencia de una relación subordinada y son las siguientes:

|                                                                   |                                                                   |
|-------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------|
| Contrato de Prestación de Servicios No. 088 de 2018 <sup>32</sup> | Contrato de Prestación de Servicios No. 096 de 2021 <sup>33</sup> |
|-------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------|

<sup>31</sup> Consejo de Estado-Sección Segunda, Sentencia del 25 de mayo de 2020, con ponencia del Consejero Dr. Cesar Palomino Cortes dentro del expediente No. 5001-23-31-000-2011-00400-01 (2220-18).  
<sup>32</sup> Carpeta dentro del expediente digital No. 19.1, carpeta denominada Cto 88-2018, archivo digital No. 2 páginas 70 a 71.  
<sup>33</sup> Carpeta dentro del expediente digital No. 19.1, carpeta denominada Cto 96-2021, archivo digital No. 1 página 12.

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>1. Apoyar desde su área de conocimiento a la Asesoría de Control en la programación, planificación, ejecución y seguimiento a los ejercicios de auditoría interna de acuerdo con lo indicado en los procedimientos internos y las normas de auditoría generalmente aceptadas.</p> <p>2, Apoyar desde su área de conocimiento en el diseño y ejecución de actividades para el fortalecimiento de la cultura del control y la mejora continua de la entidad.</p> <p>3. Apoyar el seguimiento y la evaluación desde el punto vista de conocimiento y de gestión en la realización, estructuración y presentación de los reportes e informes a rendir al IDT y a entidades externas, en cumplimiento de la normatividad aplicable.</p> <p>4. Apoyar a los responsables de las dependencias durante la atención a las visitas de los entes de control, según la asignación dada por el Supervisor del contrato.</p> <p>5, Participar en las diferentes reuniones de trabajo que le sean asignados por el Supervisor del contrato.</p> <p>6. Apoyar das actividades de seguimiento, revisión y evaluación de la eficacia y la efectividad de las acciones definidas en los planes de mejoramiento institucional y por procesos.</p> <p>7. Apoyar en la consolidación general de los planes de mejoramiento.</p> <p>8. Las demás obligaciones inherentes a la naturaleza propia del contralo.</p> | <p>1. Apoyar en la elaboración y presentación de los informes de auditoría interna y auditorias de calidad SIG-MIPG, en cumplimiento del cronograma establecido en el Plan Anual de Auditorias de control interno y lo designado por el supervisor del contrato, los cuales deberán reposar como soportes en la carpeta compartida de Control Interno y como anexos del informe de supervisión cuando así lo requiera el mismo</p> <p>2. Apoyar en el seguimiento, evaluación y monitoreo a los diferentes temas de interés establecidos en el Plan Anual de Auditorias como informes de ley, relacionados con el monitoreo y reporte de los indicadores de gestión a cargo de control interno, Sistema de vigilancia y control fiscal -Sivicof, Formulario único reporte avances de la gestión - RJRAG, Evaluación al fortalecimiento de la transparencia y prevención de la corrupción en el IDT entre otros, para lo cual se deberá presentar un informe y/o matriz en Excel que contenga el análisis de las situaciones observadas y el resultado del seguimiento, de acuerdo con los lineamientos dados por el supervisor del contrato, los cuales deberán reposar en la carpeta compartida de Control Interno y mismo soportes del informe de supervisión cuando así lo requiera el mismo</p> <p>3. Apoyar en la realización y acompañamiento a las dependencias del IDT, durante la atención a las visitas de entes de control, según la asignación dada por el supervisor del contrato, del cual se deberá generar un acta de visite la cual deberá reposar en la carpeta compartida de control interno/entes de control y como soportes del informe de supervisión cuando así lo requiera el mismo</p> <p>4. Apoyar y asistir a la Asesora de Control Interno de las diferentes reuniones, socializaciones y mesas de trabajo que le sean asignadas, así como participar en la realización de las actividades para el fortalecimiento de la cultura del control y la mejora continua en la entidad</p> <p>5. Apoyar en la evaluación de la eficacia y efectividad de las acciones de mejora contenidas en los planes de mejoramiento por procesos e institucional del IDT, así como, consolidar la información reportada por los procesos sobre el estado de las acciones de mejora a cargo de las áreas, para lo cual se deberá presentar matriz en Excel con el resultado del seguimiento, la cual deberá reposar en la carpeta compartida de control interno/ planes de mejoramiento y como soportes del informe de supervisión cuando así lo requiera el mismo</p> <p>6. Apoyar en la realización de los reportes mensuales a las diferentes áreas sobre el estado de las acciones de mejora del IDT, así como, reportar a las áreas el resultado de la evaluación de la eficacia y efectividad de las acciones de mejora y mantener actualizada en la Intranet y pagina WEB de la entidad las matrices generales e información relacionada con planes de mejoramiento, para lo cual se deberá presentar un reporte de información emitida por electrónico de acuerdo con los lineamientos dados por el supervisor del contrato, los cuales deberán reposar en la carpeta compartida de Control Interno y como soportes del informe de supervisión cuando así lo requiera el mismo</p> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

|  |                                                                                                                             |
|--|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|  | 7. 1. Las demás que sean necesarias para el cumplimiento de las obligaciones y que guarden relación con el objeto del mismo |
|--|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Como se desprende de la relación de funciones de uno y otro contrato, se advierte que el primera fue más genérica en el tipo de funciones de apoyo que debía desarrollar la accionante en la entidad demandada y el último viene siendo más precisó en punto del seguimiento al Plan Anual de Auditorías, el apoyo de las dependencias durante las visitas de los entes de control, el registro de las mediciones obtenidas, el seguimiento a los planes de mejoramiento, el apoyo en la elaboración de reportes, todo relacionado con el área para la cual fue destinada, que es la dependencia de control interno.

Podría decirse que la forma en la que se encuentran dispuestas las obligaciones sugiere una necesidad del servicio constante para la entidad, pues si bien esas obligaciones no hacen parte de la misionalidad, es decir, no están destinadas a la atención del turismo en la capital, si son de obligatoria observación por virtud de lo dispuesto en la Ley 87 de 1993, los artículos 27 y 28 de la Ley 489 de 1998, el artículo 133 de la Ley 1753 de 2015 y el Decreto 1499 de 2017, normativa que hace referencia a la función de las Oficinas de Control Interno en las entidades del orden central y al uso de los sistemas de gestión de calidad, que implican que constantemente las entidades adopten procesos de medición en los cuales evalúen sus procedimientos establecidos para cumplir con la misión institucional y adopten los correctivos del caso ante hallazgos negativos que puedan afectar la prestación del servicio a los usuarios.

De acuerdo a la formación profesional que acredita la demandante como Ingeniera Industrial y el diplomado en sistemas de gestión de calidad ISO-9001 versión 2008 del SENA, cuya certificación se encuentra en la documentación del contrato No. 88-2018<sup>34</sup>, pone en evidencia la necesidad de la entidad de contar con una persona con el perfil de la accionante para desempeñar las labores de apoyo, en materia de auditorías y demás informes externos que deba brindar la entidad a los entes de control.

Con lo anterior, se encuentra acreditada la necesidad de la función, pero no la existencia de personal de planta que adelante esas funciones y que el desarrollo de las mismas no pudiera adelantarse con la autonomía del caso, sino que constantemente un Jefe o Superior, estuviera dando órdenes, parámetros, directrices, etc., para la entrega de los informes y el desempeño de las obligaciones contractuales.

Entonces, las pruebas obrantes en el expediente sólo dan cuenta que existió una relación contractual entre las partes que se extendió por cerca de cuatro años, con la celebración de cinco contratos de prestación de servicios, sin que se demuestre que la entidad demandada ocultó una relación laboral, porque la necesidad del servicio conllevaba la vinculación de personal de planta así fuera de manera temporal como lo regula la Ley 909 de 2004.

Así entonces, el Despacho considera que la demandante incumplió con la carga probatoria consistente en demostrar la subordinación en la prestación de los servicios contratados por el Instituto Distrital de Turismo. En efecto, las testigos además de realizar afirmaciones sobre información suministrada por la misma demandante, no tenían

<sup>34</sup> Carpeta dentro del expediente digital No. 19.1, carpeta denominada Cto 88-2018, archivo digital No. 1 páginas 26.

certeza sobre la labor al interior de la entidad demandada y por lo mismo, no podían calificar una relación como similar a la desarrollada por otros servidores públicos de la planta y las pruebas documentales sólo dan cuenta de la satisfacción de las obligaciones contractuales a cargo, la cotización a seguridad social, la realización de informes por parte de la supervisora de cada contrato para el pago de los honorarios y el pago de los mismos.

Sobre la carga probatoria en este tipo de asuntos, el Consejo de Estado ha precisado:

*“33. Por su parte, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo<sup>35</sup>, señala los elementos esenciales del contrato de trabajo, de la siguiente manera:*

**«ARTÍCULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES.** <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

*1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:*

*a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;*

*b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y*

*c. Un salario como retribución del servicio.*

*2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.».* (Subrayado fuera del texto original)

*34. Aquí se debe precisar, que en materia probatoria, la presunción que se establece en la citada norma opera de forma distinta cuando se trata en materia laboral ordinaria, ya que se está dejando la carga de la prueba en manos del empleador, caso distinto ocurre, cuando se involucran relaciones entre los servidores públicos o particulares frente al Estado, los cuales deberán asumir esa carga siempre que intenten develar una relación laboral a través de un contrato de prestación de servicios.*

*35. En efecto, quien demande, tiene que desvirtuar inicialmente la presunción del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y consecuentemente la del acto administrativo mediante el cual se nombró. Es así, que es inminente que se prueben los elementos de la relación laboral, esto es, la actividad personal del trabajador, la subordinación continuada y dependencia del trabajador y la remuneración como retribución del trabajo prestado, para que se pueda configurar un contrato de trabajo.”<sup>36</sup>*

Es claro entonces, que la carga de la prueba en estos casos corresponde a la parte demandante, quien debe demostrar la existencia de los tres elementos propios de un contrato de trabajo, como lo son la prestación personal, la remuneración y la subordinación y dependencia, encontrándose en este caso falta de prueba sobre este último aspecto.

<sup>35</sup> Modificado por el artículo 1° de la Ley 50 de 1990.

<sup>36</sup> Consejo de Estado-Sección Segunda, Sentencia del 30 de septiembre de 2021 con ponencia de la Consejera Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez dentro del expediente No. 66001-23-33-000-2018-00273-01 (2980-2020).

En suma, hizo falta un esfuerzo probatorio de la parte demandante, que permitiera identificar con claridad la existencia de los elementos de la vinculación laboral.

### 3.4. Desconocimiento del fuero de maternidad en el presente caso

Pese a que en el presente caso se ha establecido que no se logró demostrar la existencia de un vínculo laboral entre la demandante y la entidad, el Despacho no puede perder de vista que las pretensiones también están encaminadas a obtener la indemnización generada por la desvinculación de la demandante de la entidad a pesar de encontrarse en estado de embarazo, sin que se hayan garantizado los derechos mínimos derivados de tal condición. En consecuencia, el Despacho analizará esta pretensión de cara a la especial protección que el ordenamiento jurídico contempla en materia laboral para las mujeres gestantes.

Respecto de las acciones afirmativas aplicables a las Mujeres la Corte Constitucional ha precisado lo siguiente:

83. Así y todo, aun admitiendo que la Constitución permite las denominadas medidas de discriminación inversa, la Corte ha puesto énfasis en que la validez de estas depende de la “real operancia de circunstancias discriminatorias”<sup>37</sup>. Bajo esa perspectiva, no es suficiente “la sola condición femenina para predicar la constitucionalidad de supuestas medidas positivas en favor de las mujeres; además de ello deben concurrir efectivas conductas o prácticas discriminatorias”<sup>38</sup>. Adicionalmente, ha de tomarse nota acerca de que “no toda medida de discriminación inversa es constitucional y en cada caso habrá de analizarse si la diferencia en el trato, que en virtud de ella se establece, es razonable y proporcionada”. Finalmente, las acciones afirmativas deben ser temporales, pues una vez alcanzada la “igualdad real y efectiva” pierden su razón de ser.

84. Ahora bien, en relación con lo expuesto hasta este punto debe traerse a colación la importancia que la jurisprudencia constitucional reiterada ha conferido a los siguientes aspectos<sup>39</sup>:

i) Con independencia de su sexo, a las personas les “asiste la vocación y la capacidad para desarrollar cualquier actividad”.

ii) Hacer depender del sexo de las personas el acceso o permanencia en el empleo o la distinción a priori de las tareas que pueden o no desempeñar, “implica incurrir en una inadmisibile diferencia de trato, contraria a la prohibición constitucional de discriminar”.

ii) Tratándose de los así llamados “trabajos arduos, ligados con la fuerza física o la capacidad de resistencia”, a las mujeres se les suele impedir su desempeño. No obstante, “un examen detenido de la cuestión lleva a concluir que no es válido apoyar una exclusión semejante en una especie de presunción de ineptitud fincada en diferencias sexuales, y que el análisis basado en presuntos rasgos característicos de todo el colectivo laboral femenino debe ceder en favor de una apreciación concreta e individual de la idoneidad de cada trabajador, con independencia de su sexo”.

iv) De cualquier manera, la calificación de actividades no categorizadas, en principio, como discriminatorias “debe atender a la evolución de las condiciones culturales y sociales que, paulatinamente, contribuyen a desdibujar barreras erigidas sobre prejuicios que, con el pasar del tiempo, devienen arcaicos y desuetos; así, las limitaciones del trabajo nocturno de las mujeres o la incorporación de éstas a las fuerzas armadas son ejemplos destacados de actividades que, habiendo sido vedadas a los miembros de uno de los sexos,

<sup>37</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 2000. MP. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>38</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-410 de 1994. MP. Carlos Gaviria Díaz. Cfr. también Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 2000. MP. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>39</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-026 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

*en forma progresiva y gracias la evolución aludida, vienen a ubicarse dentro de la categoría de actividades realizables por ambos sexos, en diversos países”.*

85. En suma, las y los Constituyentes de 1991 dejaron sentado que acudir a categorías sustentadas en generalizaciones o estereotipos para establecer tratos diferenciados hace presumir el carácter discriminatorio de las normas o actuaciones que se fundamentan en tales criterios desconocedores del derecho fundamental a la igualdad<sup>40</sup>. La tarea consiste, pues, en garantizar que las mujeres únicamente serán valoradas en términos de sus competencias y caracteres reales y no de la forma que determinan las generalizaciones acerca del papel que les ha sido socialmente atribuido y se encuentran obligadas a cumplir en sus familias, en las comunidades a las que pertenecen y en las actividades o trabajos que desarrollan<sup>41</sup>. Con ese propósito, son admisibles acciones afirmativas que se aplicarán de acuerdo con los lineamientos que ha fijado la jurisprudencia constitucional<sup>42</sup> e internacional<sup>43</sup>.

86. En el último ámbito referido son varios los instrumentos aprobados por Colombia dirigidos a proteger los derechos de las mujeres: la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967); la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW– (1981)<sup>44</sup>; la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia en contra de la Mujer (1993) y; la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995). En el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), las Convenciones Americana sobre Derechos Humanos<sup>45</sup> e Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará” (1995)<sup>46</sup>.<sup>47</sup>

Entonces existen diversos casos que se catalogan como discriminación por género y ello implica que deba acudir a una acción afirmativa para proteger a la persona que acude a la jurisdicción, particularmente cuando se trata de una mujer debe analizarse que actuación se requiere para garantizar la materialización del derecho fundamental

<sup>40</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-080 de 2020. MP. José Fernando Reyes Cuartas. Allí dejó sentado la Corte que “las discusiones contemporáneas se han esforzado en demostrar cómo es posible encontrar una serie de estereotipos que asignan roles preferentemente domésticos a la mujer, lo que a su vez ha servido para explicar la generación de variados tipos de violencia y discriminación al interior de la organización familiar. Ello precisamente ha sido reconocido por el derecho internacional al destacar, entre otras cosas que los fundamentos de protección de los Estados, parten de reconocer las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres”. En relación con los rasgos específicos de la violencia de género contra la mujer la mencionada sentencia enumera: “a) El sexo de quien sufre la violencia y de quien la ejerce: la ejercen los hombres sobre las mujeres. b) La causa de esta violencia: se basa en la desigualdad histórica y universal, que ha situado en una posición de subordinación a las mujeres respecto a los hombres. c) La generalidad de los ámbitos en que se ejerce: todos los ámbitos de la vida, ya que la desigualdad se cristaliza en la pareja, familia, trabajo, economía, cultura política, religión, etc.”.

<sup>41</sup> Cfr. Sentencia SU-080 de 2020: “[e]ste tipo de violencia se sustenta en las concepciones culturales que han determinado y aceptado la asignación de papeles delimitados en el desarrollo de la vida de hombres y mujeres, lo que ha llevado a la creación y permanencia de los denominados estereotipos de género que pueden tener tanto enfoques hacia lo femenino, como hacia lo masculino. Según la Organización de Naciones Unidas ‘un estereotipo de género es una opinión o un prejuicio generalizado acerca de atributos o características que hombres y mujeres poseen o deberían poseer o de las funciones sociales que ambos desempeñan o deberían desempeñar’”.

<sup>42</sup> En relación con los estereotipos de género en el ámbito laboral consultar Corte Constitucional. Sentencia T-293 de 2017 en la que se manifestó: “la división sexual del trabajo, con base en estereotipos de lo femenino y lo masculino, ha sido uno de los principales obstáculos para que las mujeres accedan y permanezcan en el mercado de trabajo, puesto que limita su capacidad de competir en condiciones igualitarias a las de los hombres”. Sobre las acciones afirmativas ver, entre otras, Corte Constitucional. Sentencias C-667 de 2006. MP. Jaime Araújo Rentería, C-117 de 2018. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado y C-519 de 2019. MP. Alberto Rojas Ríos.

<sup>43</sup> Cfr. Corte IDH, Caso González y otras (Campo algodón Vs. México). Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. En la mencionada sentencia la Corte de San José se pronunció sobre los estereotipos de género y sostuvo: “el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado (supra párr. 398), es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”.

<sup>44</sup> Ratificada por Colombia mediante la Ley 51 de 1981.

<sup>45</sup> Ratificada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972.

<sup>46</sup> Ratificada por Colombia mediante la Ley 248 de 1995.

<sup>47</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 2021 con ponencia de la Magistrada Dra. Cristina Pardo Schlesinger. **Las diez citas precedentes provienen del texto jurisprudencial citado.**

a la igualdad y ello ocurre cuando debe acudir al fuero de maternidad para proteger el trabajo o por lo menos para obtener la indemnización que derecho corresponde por haber desconocido la condición de madre. Sobre el fuero de maternidad la Corte Constitucional ha precisado lo siguiente:

***“21. De este modo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia explicó que “en el segundo trimestre posterior al parto, y por efecto del uso de los períodos de descanso por lactancia, permanece vigente la protección a la trabajadora lactante, pero la distribución de la carga de la prueba para acreditar el móvil del despido se rige por la fórmula ecuménica del artículo 177 del CPC (...), hoy prevista por el artículo 167 del CGP”<sup>48</sup>. En esta medida, se aplica la regla general según la cual incumbe al demandante probar aquello que alega.***

***Por tanto, aunque la presunción según la cual la terminación del contrato se debió a la condición de gestante culmina transcurrido el cuarto mes posterior al parto, la protección a la trabajadora lactante se mantiene. Así, durante las semanas siguientes a dicho período, mientras la trabajadora goce de su licencia de maternidad (que asciende a 18 semanas en total) y en el término de la lactancia, se conserva la garantía de estabilidad laboral reforzada en los términos del artículo 241 del CST, pese a que no es aplicable la presunción de despido por causa del embarazo.***

***22. En consecuencia, el fuero de maternidad desarrolla el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres gestantes y lactantes y se compone de varias medidas de protección que, aunque diferenciadas, son complementarias y corresponden al propósito de garantizar que no se excluya a las mujeres del mercado laboral en razón del proceso de gestación.***

***2.3. La Sentencia SU-070 de 2013. El precedente vinculante en materia de protección laboral reforzada a las mujeres embarazadas.***

***23. Debido a la existencia de una considerable dispersión de posturas jurisprudenciales en relación con el alcance de la protección del embarazo y la maternidad derivada de la estabilidad laboral reforzada, esta Corporación profirió la Sentencia SU-070 de 2013<sup>49</sup>, a través de la cual unificó los criterios que sostuvieron las distintas Salas de Revisión de la Corte y sistematizó las pautas normativas aplicables al asunto. En este sentido, la Sala Plena estableció dos reglas principales en relación con esta materia:***

***(i) 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<sup>50</sup>:***

***(a) La existencia de una relación laboral o de prestación 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.***

***(ii) 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<sup>51</sup>.***

***24. En otras palabras, se configura el derecho a la estabilidad laboral reforzada siempre que se demuestre el estado de embarazo de la trabajadora desvinculada durante la***

<sup>48</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 10 de mayo de 2017. M.P. Jorge Luis Quiroz Alemán. SL7363-2017. Rad. 45297; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 10 de mayo de 2017. M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas. SL4280-2017. Rad. 49165.

<sup>49</sup> Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

<sup>50</sup> Sentencia T-350 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa; Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada; Sentencia T-1000 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>51</sup> Sentencia T-102 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa; Sentencia T-238 de 2015. M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez; Sentencia T-148 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo; Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

**vigencia del contrato laboral, pero el grado de protección judicial derivada del fuero de maternidad y lactancia dependerá de si el empleador conocía del estado de gestación de la trabajadora y de la modalidad del contrato laboral en el cual se hallaba vinculada, pues se trata de proteger el derecho a la igualdad de la mujer gestante y garantizar la no discriminación por esa causa.”<sup>52</sup>**

Como se desprende de las consideraciones en cita, el fuero de maternidad se encuentra ligado con el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada y ello conduce a que una mujer en período de gestación y lactancia no pueda ser despedida de su empleo y de haber ocurrido ese hecho, se paguen las indemnizaciones correspondientes o incluso se le reintegre al cargo que desempeñaba o uno que le ofrezca mejores condiciones de trabajo. Este fuero comporta la presunción según la cual el despido tiene su génesis en la condición de madre gestante, mientras que en el período de lactancia, ya no opera la presunción, sino que la madre lactante debe probar que el despido ocurrió por discriminación de su condición.

En reciente jurisprudencia la Corte Constitucional, ha precisado que este fuero opera sin interesar el vínculo que tenga la madre y este pronunciamiento resulta relevante para lo relativo a los contratos de prestación de servicios, pues se indicó lo siguiente:

*“21. En atención a las circunstancias descritas, esta Sala considera 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. Esto, por 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<sup>53</sup>.*

*22. Con fundamento en lo expuesto, a continuación, se relacionan las reglas establecidas en la jurisprudencia para la protección de las mujeres contratadas 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 <sup>54</sup> .                                                                                |
| 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:<br><br>a. La renovación de la relación contractual, la cuál se dará hasta por el término del periodo de lactancia. |

<sup>52</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-075 de 2018, con ponencia de la Magistrada Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado. **Los cuatro citas precedentes provienen del texto jurisprudencial citado.**  
<sup>53</sup> La jurisprudencia en vigor hace referencia al “precedente constitucional fijado reiteradamente por la Corte, que en diversas decisiones trata problemas jurídicos análogos con presupuestos fácticos idénticos, frente a los cuales adopta de manera uniforme la misma regla de decisión”. Corte Constitucional, A-153 de 2015.  
<sup>54</sup> Sentencia SU-070 de 2013. Fund. 6. Reiterado en las sentencias SU-040 de 2018 y SU-075 de 2018.

|  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
|--|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|  | <p>b. El pago de los honorarios dejados de percibir desde la fecha de no renovación del contrato, hasta la renovación del mismo;</p> <p>c. El pago por concepto de la indemnización por despido discriminatorio<sup>55</sup>; y</p> <p>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 maternidad<sup>56</sup>.</p> <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 lactancia<sup>57</sup>.</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 caso<sup>58</sup>.</p> |
|--|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Tabla 1: Reglas para la protección de la mujer embarazada en contratos de prestación de servicios ”<sup>59</sup>

Como se desprende de la jurisprudencia en cita, es procedente dispensar protección constitucional a las contratistas que concurren a la jurisdicción constitucional, cuando la terminación o suspensión de sus contratos de prestación de servicios se presenta con ocasión al fuero materno.

Por otra parte, en sede de conocimiento ya esta Jurisdicción ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos asociados a los contratos de prestación de servicios y las madres gestantes y/o lactantes, pues el Consejo de Estado, acogiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional antes citada, ha indicado que “(...)De acuerdo con esta posición jurisprudencial, que será acogida por esta Sala de Decisión, independientemente del vínculo contractual, es decir, a que se demuestre o no la existencia de una relación laboral subyacente o encubierta, la mujer vinculada por contrato de prestación de servicios que se encuentre en estado de embarazo tiene derecho al reconocimiento de la licencia de maternidad y a la estabilidad reforzada 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. (...)”<sup>60</sup>.

De conformidad con la providencia citada y en materia de derecho de género, se acoge la jurisprudencia constitucional en materia de aplicación de normas del derecho laboral ordinario, para compensar a la mujer que ha sido discriminada por su condición de madre al punto que el contrato de prestación de servicios que ejecutaba se suspendió o no se celebró otro. Al respecto el Consejo de Estado precisó:

“De acuerdo con el criterio constitucional recientemente adoptado por la Corte Constitucional en sentencia T-329 de 2022 y que en esta oportunidad acoge esta Sala de Decisión, según el cual para acceder al reconocimiento de la licencia de maternidad y la indemnización del 239 del C.S.T. no es necesario que la mujer vinculada por contrato de prestación de servicios demuestre la existencia de una relación laboral subyacente, a fin de resolver el presente problema jurídico se verificará a continuación si en el sub examine (i) el contratante conocía el estado de embarazo de la contratista, (ii) subsistía la causa del contrato y (iii) no contaba con permiso del inspector del trabajo para terminar el vínculo contractual.

<sup>55</sup> 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.

<sup>56</sup> 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 observa que la licencia de maternidad ya fue disfrutada.

<sup>57</sup> Esta media fue aplicada en la Sentencia T-030 de 2018 respecto del caso estudiado bajo el expediente T-6.425.691.

<sup>58</sup> 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.

<sup>59</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-329 de 2022, con ponencia de la Magistrada Dra. Natalia Ángel Cabo. **Las seis (6) citas precedentes corresponden al texto jurisprudencial citado.**

<sup>60</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 26 de enero de 2023 con ponencia del Consejero Dr. Gabriel Valbuena Hernández, dentro del expediente No. 250002342000201501265 01 (4620-2017).

(...)

Adicionalmente, teniendo en cuenta que de las pruebas aportadas al expediente se observa que la señora Janneth Johanna Buriticá Rodríguez no disfrutó de su licencia de maternidad, pues está demostrado que siguió ejecutando el objeto del contrato como fue reconocido por la entidad demandada en el acto administrativo demandado al indicar que presentó «informes de actividades [...] con corte a 25 de noviembre, 25 de diciembre y 31 de diciembre de 2013», esto es, dentro del término de la licencia de maternidad que legalmente iniciaba el día del parto - hecho que ocurrió el 25 de noviembre de 2013 - la Sala de Decisión ordenará su reconocimiento y pago a la demandante hasta el periodo de lactancia, es decir, seis meses después del parto conforme el artículo 238 del C.S.T., la cual se liquidará con sustento en los honorarios pactados.

La orden anterior, estará condicionada, en todo caso, a que no se le hubiere pagado la licencia a la demandante. Por otra parte, en lo relacionado con la indemnización por despido discriminatorio prevista en el numeral 3 del artículo 239 del C.S.T.<sup>61</sup>, la Sala de Subsección considera en que hay lugar a esta, en términos de la Corte Constitucional<sup>62</sup>, porque:

«[...] de acuerdo con el precedente establecido, 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, la indemnización procedente corresponde al pago de 60 días de trabajo en los términos del numeral 3 del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo. Esta protección resulta aplicable en el caso de los contratos de prestación de servicios en la medida en que su fundamento constitucional no radica en el tipo de vínculo o alternativa laboral mediante la cual se encuentre contratada la accionante. Así lo estableció esta Corporación en las sentencias C- 470 de 1997 y C-005 de 2017, en las cuales señaló que el objetivo de esa sanción es salvaguardar a la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito laboral. Además, la Corte precisó en estas decisiones que el fundamento de esa protección se deriva, entre otros, del derecho a la igualdad y la especial protección de la mujer gestante establecida en el artículo 43 constitucional. En consecuencia, la Sala reiterará la medida de protección definida en el precedente en mención y ordenará el pago de la indemnización prevista en el artículo 239.3 del Código Sustantivo del Trabajo».

Por consiguiente, se condenará a la entidad demandada al pago de la indemnización de que trata el numeral 3 del artículo 239 del C.S.T., es decir, al pago de 60 días de trabajo para lo cual se deberán tener en cuenta los honorarios pactados.<sup>63</sup>

El amparo de pretensiones asociadas al fuero materno con relación a los contratos de prestación de servicios y dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, ha sido reconocido por el resto de la jurisdicción, por ejemplo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en reciente sentencia precisó:

“Este asunto merece un especial pronunciamiento, ya que, es un derecho elemental para una mujer no solo el tener a su hijo, sino tenerlo en condiciones dignas, con la tranquilidad de que sus ingresos no se vean menoscabados por su falta de actividad laboral; y es que el solo hecho, de tener un hijo ya genera un cambio en la forma de ver la vida, aumentan las ansiedades por todo lo que esté pasando alrededor, preocupan las condiciones ambientales, las condiciones de seguridad, el cuidado propio del bebé, quien

<sup>61</sup> «Artículo 239. Prohibición de despido. 1. Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa. 2. Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del periodo de embarazo y/o dentro de las dieciocho (18) semanas posteriores al parto. 3. Las trabajadoras de que trata el numeral uno (1) de este artículo, que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tendrán derecho al pago adicional de una indemnización igual a sesenta (60) días de trabajo, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su contrato de trabajo. [...]»

<sup>62</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-329 de 2022.

<sup>63</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 26 de enero de 2023 con ponencia del Consejero Dr. Gabriel Valbuena Hernández, dentro del expediente No. 250002342000201501265 01 (4620-2017). **Las dos citas precedentes provienen del texto jurisprudencial citado.**

se va quedar con él en las ausencias de los padres y por supuesto que inquietan, los nuevos consumos que cambian la rutina de vida y que conllevan a mayores gastos en un hogar.

Si a lo anterior se suma el hecho de que la madre ve disminuido su ingreso puesto que mientras laboraba devengaba por ejemplo un salario de \$ 4.000.000 pero ahora, solo recibirá el 40% de esos ingresos, esto es, \$ 1.600.000, debe concluirse, que asciende el grado de preocupación y de desigualdad frente a la mujer amparada por una relación laboral.

Si bien es cierto, que en nuestro país no podría pagarse menos del mínimo por licencia de maternidad en un contrato de prestación de servicios, también lo es, que esto no corresponde al nivel de vida que traía la mujer previo a su parto, lo que en si generaría una disminución de sus ingresos, justo en el momento que más necesita percibir dinero, en vista de todos los gastos que acarrea tener un bebé, es por esta razón, que muchas mujeres regidas por un contrato de prestación de servicios, terminan renunciado a su licencia y trabajando concomitantemente, para de esta forma no ver disminuidos sus ingresos. Situación que difiere de la mujer regida por una relación laboral, la cual si puede quedarse tranquila en casa (por lo menos en el aspecto financiero) atendido el cuidado de su bebé y el suyo propio después de pasar por un embarazo y parto.

Y esto partiendo de un embarazo y alumbramiento acontecido en términos normales, en el que tanto la madre como el recién nacido gozan de salud y bienestar, resulta ahora, incalculable imaginar esta misma situación frente a una madre y menor que tienen problemas de salud y de desarrollo, en los cuales ni siquiera el dinero genera tranquilidad, pero por lo menos, si aminoraría esas dificultades.

Por lo expuesto, es imperioso que desde nuestra labor de operadores judiciales, hagamos un llamado al legislador, para que dote de mayor protección a la mujer en estado de embarazo, es allí, donde está el indiscutible origen de los seres humanos y donde debe iniciar la primera protección de un Estado y sus instituciones, no debe existir diferenciación de trato y protección a mujeres con condiciones uniformes solo por tener diferentes tipos de vinculaciones, NO en este escenario, en el que está de por medio el surgimiento de la vida del ser humano.  
(...)

En ese orden, la licencia de maternidad tiene como finalidad el descanso y recuperación de la madre y la atención del recién nacido, es un auxilio que los protege durante un período razonable antes y después del parto, la cual comprende un conjunto de prestaciones que buscan asegurar condiciones de dignidad y calidad en el grupo familiar, asimismo, incluye el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre antes del alumbramiento, a fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del recién nacido.

Descendiendo al caso concreto nuevamente, debe indicarse que del plenario no existen elementos materiales que den cuenta del pago de los derechos prestacionales o el despliegue efectuado por la entidad pública demandada, en procura de la protección especial que merecía la señora Amarillo Giraldo, durante su situación de maternidad.

Por lo expuesto, y en garantía de la perspectiva de género, se rechaza cualquier actuación en la que se menoscaben los derechos a la igualdad de la mujer o donde se le discriminen por su condición de gestante, así las cosas, se ordenará a la entidad demandada el pago del 100% del salario mensual de un **docente de planta** durante la licencia de maternidad de la demandante, esto, condicionado a: i) descontar el 40% cancelado por la EPS por ese concepto; ii) que no se hubiera efectuado el pago de la licencia de maternidad o de pagos producto de la ejecución concomitante de contratos de prestación de servicios. Además, se conminará a la entidad accionada a que capacite a sus colaboradores sobre los derechos que le asiste a las mujeres en condición de maternidad, a fin que la conducta objeto de examen no se vuelva a repetir.”<sup>64</sup>

<sup>64</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Segunda-Subsección “B”, sentencia del 19 de mayo de 2023, con ponencia del Magistrado Dr. Luis Gilberto Ortigón Ortigón dentro del expediente No. 11001333501820180049200.

Cabe señalar que en el caso analizado por el Tribunal, sí se demostró la existencia de la relación laboral subyacente a los contratos de prestación de servicios allí expuestos y como medida de protección a la madre, se condenó a la entidad demandada a reconocer la licencia de maternidad o por lo menos la diferencia entre la que hubiera reconocido la EPS y la que debía reconocer la entidad pública empleadora en condiciones normales. Además, siguiendo la línea del Consejo de Estado, se exhortó a la entidad demandada para que no incurriera en más conductas discriminatorias de la mujer y se capacitara a los funcionarios para prevenir en el futuro la comisión de hechos como los estudiados por la Corporación mencionada.

### 3.4.1. Sobre el desconocimiento del fuero de maternidad en el presente caso

Descendiendo al caso concreto, se advierte que la accionante aportó con la demanda una historia clínica proveniente de la Clínica Colsanitas S.A.-Clínica Pediátrica del 26 de enero de 2021, en donde se advierte que la que manifestó dolor abdominal bajo y se informa que cursaba embarazo con 32 semanas de gestación para ese entonces<sup>65</sup>.

Se tiene demostrado que la accionante mediante comunicación del 16 de marzo de 2021, solicitó la suspensión temporal del contrato de prestación de servicios No. 096 de 2021, indicando:

*“Respectada Doctora Viviana, elevo de forma respetuosa ante usted la presente solicitud con el fin de pedir la suspensión del contrato 096 de 2021 por el lapso de tiempo comprendido entre el 16 de marzo y el 17 de mayo del presente año en razón al estado de embarazo en que me encuentroy el tiempo de licencia de maternidad a la cual tengo derecho como lo consagra la Ley 1822 del 4 de enero de 2017.*

*El presente derecho inalienable tiene total alcance a mi relación contractual de prestación de servicios con el IDT por lo que solicito encarecidamente dicha suspensión.”*<sup>66</sup>

Se registra un documento suscrito el 16 de marzo de 2021, entre la Directora de la Entidad Dra. Karol Fajardo Mariño y la aquí accionante, atinente a la suspensión del contrato No. 096 de 2021, en el que se consignó:

*“(…)*

*2. Que de acuerdo con la solicitud de modificación, adición y prórroga JC-F29-V9 del 16 de marzo de 2021, suscrito por la Asesora de Control Interno del Instituto Distrital de Turismo, quien obra en su calidad de supervisora del contrato de Prestación de Servicios Profesionales No. 096 de 2021, en la cual indica que se requiere "Suspender el presente contrato entre el 16 de marzo al 17 de mayo de 2021"*

*3. Que la anterior solicitud se encuentra justificada, de acuerdo con lo señalado por el supervisor del contrato, así:*

*"Se requiere la suspensión temporal del contrato 096-2021, con ocasión al estado actual de salud que presenta la contratista por procedimiento quirúrgico programado para parto. La cual se surtirá entre el 16 de marzo al 17 de mayo de 2021 En atención a los establecido en la cláusula DÉCIMA SEGUNDA. - SUSPENSIÓN TEMPORAL DEL CONTRATO: El plazo de ejecución del contrato podrá suspenderse en los siguientes eventos: Por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito".*

<sup>65</sup> Archivo digital No. 5 páginas 37 a 60.

<sup>66</sup> Ibidem página 71.

*4. Que la presente suspensión es procedente teniendo en cuenta los siguientes fundamentos jurídicos desarrollados por la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, los cuales se encaminan a la protección reforzada de la mujer gestante o lactante, así:*

*La Sala Plena, en esa sentencia SU-070 de 2013, indico que la estabilidad reforzada en contratos de prestación de servicios, se debe predicar de acuerdo a los siguientes preceptos:*

- (i) La modalidad de contratación no hace nugatoria la protección.*
- (ii) El fuero de protección debe extenderse a toda mujer en gestación o lactancia y consecuentemente al bebé, sin excluir los contratos de prestación de servicios.*

*Como consecuencia de lo anterior la Corte Constitucional, precisó que la estabilidad laboral reforzada se predica para todos los contratos sin importar su naturaleza ni si el empleador o contratante es del sector público o privado; lo anterior encaminado a la protección efectiva de derechos de la mujer.*  
*(...)*

*CLÁUSULA PRIMERA. Suspender el plazo de ejecución del contrato de prestación de servicios profesionales No. 096 de 2021, desde el 16 de marzo de 2021 al 17 de mayo de 2021, inclusive.*

*CLÁUSULA SEGUNDA. REINICIO DE EJECUCION: De acuerdo con el plazo pactado de común acuerdo en el contrato de prestación de servicios profesionales No. 096-2021, su ejecución reiniciará el día dieciocho (18) de mayo de 2021.*  
*(...)"<sup>67</sup>*

La cita del anterior documento pone en evidencia que era de conocimiento de la entidad demandada la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual se indica aplicar pero como mecanismo de protección de la mujer, pues consideró que lo más aproximado a la observancia de las decisiones de la Corte sobre la materia, era suspender el contrato de prestación de servicios, sin tener en cuenta que tal decisión dejaba a la accionante afectada en su mínimo vital.

Aunado a lo anterior, se agrega que la fecha en la que se suscribió el documento es la misma fecha de nacimiento del bebé de la demandante, conforme se registra en la historia clínica de la Clínica de la Mujer<sup>68</sup>, aportada con la demanda.

Entonces, la entidad demandada consintió el desconocimiento de los derechos de una madre gestante y lactante admitiendo en un principio la suspensión del contrato de prestación de servicios y luego el 5 de noviembre de 2021, la cesión del mismo a favor de un tercero, por razones de salud. En efecto, el documento contentivo de la cesión se indica:

*“1. Que mediante correo electrónico de fecha 3 de noviembre de 2021, la contratista DIANAMARCELAAMAYASUAREZ, solicitó a la Asesora de Control Interno del Instituto Distrital de Turismo en su calidad de supervisora del contrato, la cesión del contrato de prestación de servicios profesionales No. 096 de 2021 por motivos personales ante la imposibilidad de no poder continuar con la ejecución del mismo.*

*2. Que la anterior solicitud de cesión viene acompañada del formato JC-F29-V29 suscrita por la Asesora de Control Interno en su calidad de supervisora del contrato, donde indica lo siguiente:*

<sup>67</sup> Carpeta dentro del expediente digital No. 19.1, carpeta denominada Cto 96-2021, archivo digital No. 1 páginas 346 a 347.

<sup>68</sup> Archivo digital No. 5 paginas 61 a 70.

*"Que el Instituto Distrital de Turismo garantizó a la contratista Diana Marcela Amaya Suarez la protección reforzada a la maternidad como una garantía esencial del Estado Social de Derecho aplicable en los sectores públicos y privados con independencia de la modalidad de contratación; mediante suspensión del contrato entre el 16 de marzo al 17 de mayo de 2021.*

*Que contratista Diana Marcela Amaya, mediante correo electrónico el día 03 de noviembre solicita la terminación bilateral y/o cesión del respectivo contrato, adjuntando oficio manifestando: "elevo de forma respetuosa ante usted la presente solicitud con el fin de pedir la terminación bilateral de mutuo acuerdo o subsidiariamente la respectiva cesión del contrato 096 de 2021 " (..) "con fecha de terminación es el 02 de abril de 2022, a partir del viernes 05 de noviembre de 2021. Lo anterior tiene como fundamento el estado de salud en que me encuentro el cual limita la movilidad y asistencia presencial al Instituto Distrital de Turismo de forma recurrente"<sup>69</sup>*

También está probado que la accionante se reintegró a prestar sus servicios el 17 de mayo de 2021<sup>70</sup>, lo que permite inferir que si se tiene en cuenta esa fecha y la de cesión del contrato que ocurrió el 5 de noviembre de 2021, la demandante no disfrutó de su licencia de maternidad que es de orden legal, esto sumado a que tampoco obra constancia de que la entidad accionada haya facilitado los espacios para garantizar el tiempo de lactancia.

Otro aspecto demostrado que llama la atención del Despacho alude a que la Supervisora del Contrato de la accionante de nombre Viviana Rocío Duran Castro, (quien recomendó inicialmente la suspensión del contrato en aplicación de la sentencia SU-070 de 2013 de la Corte Constitucional); a partir del 22 de junio de 2021, comenzó a disfrutar su licencia de maternidad, por ello se designó durante el período de incapacidad, como supervisora encargada inicialmente a la señora Nidia Fernanda Rodríguez Salcedo y luego al señor Mauricio Ramos Gordillo, tal y como se desprende de los informes periódicos de supervisión que debía acreditar la demandante para el pago de sus honorarios al final del mes<sup>71</sup>.

A juicio de este Despacho este proceder de la entidad demandada refleja un tratamiento desigual que dispensa a dos mujeres al mismo tiempo, pues a la Supervisora del Contrato, se le respetó su período de licencia de maternidad y su reintegro a labores después de haberla disfrutado, ya que el 2 de noviembre de 2021, la señora Viviana Rocío Duran Castro suscribe el informe periódico de supervisión y en segundo término, para quien se encuentra vinculada como contratista, se le pide solicitar la suspensión del contrato tomando en consideración lo estipulado en la cláusula 12 del mismo, que es del siguiente tenor:

*"(...) DÉCIMA SEGUNDA. - SUSPENSIÓN TEMPORAL DEL CONTRATO: El plazo de ejecución del contrato podrá suspenderse en los siguientes eventos: Por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito; Por mutuo acuerdo, siempre que de ello no se deriven mayores costos para al CONTRATANTE, ni se causen otros perjuicios. La suspensión se hará constar en acta motivada, suscrita por las partes; el contratista se obliga a la ampliación de la garantía única de cumplimiento en proporción al tiempo que dure suspendido el mismo, en caso tal de haberse solicitado. PARÁGRAFO PRIMERO. - Se entienden por fuerza mayor o caso fortuito las situaciones contempladas y definidas por el artículo 64 del Código Civil Colombiano, subrogado por la Ley (...)"<sup>72</sup>*

<sup>69</sup> Carpeta dentro del expediente digital No. 19.1, carpeta denominada Cto 96-2021, archivo digital No. 1 páginas 354 a 357.

<sup>70</sup> Ibidem páginas 107 a 125.

<sup>71</sup> Ibidem páginas 129 a 146, 171 a 190, 192 a 207 y 211 a 250.

<sup>72</sup> Ibidem, páginas 56 a 63.

Dentro de las circunstancias de fuerza mayor y caso fortuito, la entidad contempla, así no lo enuncie expresamente el contrato, la maternidad, el alumbramiento o parto, como causal de suspensión, pues así quedó expresado en el acta de suspensión que se citó en precedencia, hecho que constituye una discriminación dirigida hacia la mujer contratista, condicionándole entonces la ejecución de un contrato a su derecho de constituir libremente una familia y así como la entidad concedió a su servidora la licencia de maternidad, lo propio debió haber hecho con la accionante, sin suspenderle el pago de los honorarios, obligándola a reintegrarse al servicio o por lo menos reconociéndole la diferencia no reconocida por la EPS, atendiendo que en virtud de lo que regulaba la Ley 1955 de 2019 en el artículo 244, los trabajadores independientes estaban obligados a cotizar sobre el 40% de los ingresos efectivamente recibidos, luego como es sabido, si cotiza sobre el 40% del valor de los honorarios, ese es el valor que debió recibir.

Cabe resaltar que en el proceso no está demostrado que la EPS a la que estaba afiliada la accionante le hubiera reconocido la licencia de maternidad y ese tiempo en efecto, no lo disfrutó con el descanso debido y en compañía de su hijo recién nacido, luego se considera procedente que la entidad reconozca el valor de la licencia de maternidad dejada de pagar a la accionante desde la fecha del nacimiento del niño, 16 de marzo de 2021, y abarcando las 18 semanas a que se refiere el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, que para este caso corresponde al período comprendido entre el **17 de marzo de 2021 y el 21 de julio de 2021.**

Vale la pena aclarar, que no tiene relevancia que en ese período la accionante haya ejecutado el contrato y percibido los honorarios, pues el reconocimiento se hace a título de indemnización, por haberse impuesto a una mujer contratista la obligación de continuar prestando el servicio, aun sabiendo que por Ley debía disfrutar de un período de descanso y atención de su bebé, lo que implica en este caso que sólo puede descontarse el mismo concepto reconocido por la EPS, si la canceló, o de lo contrario se pagará el 100% de los honorarios por ese período.

En este punto cobra importancia lo dispuesto en el artículo 243 del Código Sustantivo del Trabajo, pues es la norma que señala que “...*en caso de que el empleador no cumpla con la obligación de otorgar los descansos remunerados de que tratan los artículos 236 y 237, la trabajadora tiene derecho, como indemnización, al doble de la remuneración de los descansos no concedidos.*”<sup>73</sup>. Así entonces, teniendo en cuenta que la sanción equivale al doble de la remuneración, para el presente caso probada la suspensión como se encuentra, la entidad deberá pagar a la accionante las siguientes sumas de dinero:

- Entre el **17 de marzo de 2021 y el 17 de mayo de 2021**, período de suspensión del contrato, el doble de la asignación por honorarios, pues en ese período no reconoció ningún pago y podrá descontar el valor que eventualmente haya pagado la EPS, por concepto de licencia de maternidad si este pago se hubiere realizado.
- Entre el **18 de mayo de 2021 y 21 de julio de 2021**, período que prestó sus servicios la demandante, percibió honorarios y corresponde a la licencia de maternidad, la entidad demandada deberá pagar a la demandante el valor de los honorarios

---

<sup>73</sup> Artículo 243 del Código Sustantivo del Trabajo

y podrá descontar el valor que eventualmente haya pagado la EPS, por concepto de licencia de maternidad. Téngase en cuenta que la accionante ya percibió unos honorarios, razón por la cual no se le puede ordenar en este período el pago del doble de los mismos.

- Entre el **22 de julio de 2021 y el 16 de septiembre de 2021**, período restante para que el bebé cumpliera los seis meses, si bien la sanción no la contempla el citado artículo 243, el artículo 238 ibidem sí impone esa obligación a la entidad de conceder dos descansos remunerados de treinta (30) minutos al día, por lo que considera el Despacho que la entidad demandada deberá reconocer el valor de una hora de trabajo, sólo días hábiles en ese período, liquidada con base en los honorarios en el período mencionado, en el que no garantizó dicho descanso.

Lo anterior conduce entonces a la nulidad parcial del oficio No. 2022EE982 O 1 del 10 de junio de 2022, mediante el cual no se reconoció la existencia de una relación legal y se negó el pago de las prestaciones derivadas del fuero de maternidad y la nulidad parcial del oficio No. 2022EE1158 O 1 del 13 de julio de 2022, mediante el cual se reiteró la respuesta antecedente y se determinó la improcedencia de los recursos de reposición y apelación.

### **3.5. Procedencia del reconocimiento de indemnización contemplada en el artículo 239 numeral 3º del Código Sustantivo del Trabajo**

Respecto de la indemnización contemplada en el artículo 239 numeral 3º del Código Sustantivo del Trabajo, advierte el Despacho que la misma no procede en este caso porque la terminación de la relación contractual entre las partes, obedece a una solicitud de cesión de contrato que ocurrió el 2 de noviembre de 2021 y se materializó el día 5 de ese mes y año, tiempo para el cual se encontraba superado el fuero protección de maternidad, atendiendo a que partiendo de la fecha de nacimiento del bebé, los seis meses de edad se concretaron el 16 de septiembre de 2021, tiempo establecido por el artículo 236 *ibidem*, como límite al período de lactancia. Así entonces no es posible aplicar la presunción en virtud de la cual podría concluirse que la desvinculación se produjo por la condición de maternidad de la demandante.

En este caso la solicitud de cesión, de acuerdo con lo manifestado por la accionante obedeció a lo siguiente:

*“Respectada Doctora Viviana, elevo de forma respetuosa ante usted la presente solicitud con el fin de pedir la terminación bilateral de mutuo acuerdo o subsidiariamente la respectiva cesión del contrato 096 de 2021 cuyo objeto contractual es "PRESTAR SERVICIOS PROFESIONALES PARA APOYAR A LA ASESORA DE CONTROL INTERNO EN LA EJECUCIÓN DEL PLAN ANUAL DE AUDITORÍAS Y EN LA EJECUCIÓN DE LOS ROLES QUE SON ASIGNADOS A CONTROL INTERNO DEL INSTITUTO DISTRITAL DE TURISMO" con fecha de terminación es el 02 de abril de 2022, a partir del viernes 05 de noviembre de 2021.*

*Lo anterior tiene como fundamento el estado de salud en que me encuentro el cual limita la movilidad y asistencia presencial al Instituto Distrital de Turismo de forma recurrente.*

*Quedo atenta a la respectiva protocolización del trámite.”<sup>74</sup>*

<sup>74</sup> Carpeta dentro del expediente digital No. 19.1, carpeta denominada Cto 96-2021, archivo digital No. 1 página 258.

En consecuencia, se trata de un estado de salud que le impedía a la accionante en ese momento su movilidad para acudir a la sede física de la entidad a prestar los servicios, sin que se haya establecido relación de una afectación relacionada con el fuero materno, lo cual impide reconocer dicha indemnización a lo que se suma que no está probado que a la accionante se le haya inducido a la cesión del contrato.

#### 4. Prescripción.

En este caso no se materializó el fenómeno de la prescripción como quiera que la licencia de maternidad se causó a partir del 16 de marzo de 2021 y presentó la solicitud de reconocimiento de esta prestación junto con las demás prestaciones laborales derivadas de una relación laboral el 25 de mayo de 2022<sup>75</sup> y la demanda se presentó a reparto el 9 de septiembre de 2022, lo que significa que entre la presentación de la primera petición y la demanda no transcurrieron más de tres (3) años, conforme lo establece el artículo 151 del Código Procesal Laboral.

Por lo tanto, esta excepción se tendrá por no probada.

#### 5. De la condena

Para el reconocimiento de las indemnizaciones indicadas en precedencia, las mismas se reconocerán indexadas en los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, dando aplicación a la fórmula basada en IPC que maneja esta jurisdicción:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante por concepto de las prestaciones asociadas al fuero materno, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causó cada valor.

#### 6. De la condena en costas

Finalmente, el Despacho no impondrá condena en costas, en la medida que no se observó una conducta dilatoria o de mala fe de ninguno de los sujetos procesales, y además porque no se encuentra prueba de su causación conforme lo consagrado en el artículo 365 numeral 8º del Código General del Proceso.

Bajo las consideraciones que anteceden, el Juzgado Veintiocho Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

### FALLA

**PRIMERO:** **DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL** de los Resolución Nos. 2022EE982 01 del 10 de junio de 2022, mediante el cual no se reconoció la

---

<sup>75</sup> Archivo digital No. 5 página 105.

existencia de una relación legal y se negó el pago de las prestaciones derivadas del fuero de maternidad y la nulidad parcial del oficio No. 2022EE1158 O 1 del 13 de julio de 2022, EXPEDIDOS POR EL INSTITUTO DISTRITAL DE TURISMO, CON FOM

**SEGUNDO:** En consecuencia, **SE DECLARAN PARCIALMENTE PROBADAS** la excepción de mérito propuesta por la entidad demandada denominada *“sobre la supuesta infracción de las normas en las que debía fundarse”, “inexistencia de obligaciones que se pretende endilgar”*, conforme con las consideraciones precedentes.

**TERCERO:** **DECLARAR NO PROBADA** la prescripción que fue alegada por la entidad demandada, conforme con lo expuesto.

**CUARTO:** **Condenar a BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL-INSTITUTO DISTRITAL DE TURISMO**, a lo siguiente:

a. **RECONOCER** a favor de la demandante **Diana Marcela Amaya Suárez**, identificado con cédula de ciudadanía número 52.838.478, los siguientes valores a título de indemnización, los siguientes valores:

- Entre el **17 de marzo de 2021 y el 17 de mayo de 2021**, período de suspensión del contrato, **el doble de la asignación por honorarios percibida por la demandante**, por concepto de licencia de maternidad no disfrutada, con la posibilidad de descontar los valores que por este concepto y en ese período hayan sido cubiertos por la EPS.

- Entre el **18 de mayo de 2021 y 21 de julio de 2021**, período que prestó sus servicios la demandante, percibió honorarios y corresponde a la licencia de maternidad, la entidad demandada deberá **pagar a la demandante el valor de los honorarios** y podrá descontar el valor que eventualmente haya pagado la EPS, por concepto de licencia de maternidad.

- Entre el **22 de julio de 2021 y el 16 de septiembre de 2021**, período restante de lactancia, la entidad demandada deberá reconocer el valor de una hora de trabajo, sólo días hábiles en ese período, liquidada con base en los honorarios en el período mencionado, en el que no garantizó dicho descanso.

b. **Reconocer** los valores anteriormente descritos indexados conforme con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{xíndice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante por concepto de los valores que aquí se reconocen, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causó el salario retenido.

- QUINTO:** **Se ordena** dar cumplimiento a esta providencia con observancia de lo dispuesto en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.
- SEXTO:** Sin condenas en costas, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de la providencia.
- SÉPTIMO:** En firme el presente fallo, expídase las respectivas copias de conformidad con lo dispuesto en el artículo 114 del Código General del Proceso.
- OCTAVO:** Ejecutoriada la presente providencia **ARCHÍVESE** el expediente.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Firmado electrónicamente  
**MÓNICA LORENA SÁNCHEZ ROMERO**  
**JUEZ**

Firmado Por:  
Monica Lorena Sanchez Romero  
Juez  
Juzgado Administrativo  
028  
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **a5cfa329083b9eab394c6d7c93037944ada6107a78d8233b6cb99826df2e0896**  
Documento generado en 26/06/2023 07:42:34 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**