

**ACCIÓN DE TUTELA - Improcedente por ausencia de prueba de la existencia de una verdadera relación laboral / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA - Los fundamentos normativos de la protección laboral de que trata el precedente constitucional no se cumplen / JURISDICCIÓN LABORAL ORDINARIA - Es el mecanismo idóneo para controvertir la no renovación del contrato de prestación de servicios finalizado durante el estado de embarazo**

De lo expuesto se tiene que en el presente caso no resulta posible, a prima facie, comprobar que bajo la figura del contrato de prestación de servicios, se hubiera ocultado una verdadera relación laboral, -contrato realidad- (...). Lo anterior por cuanto, en principio, en el contrato de prestación de servicios se pactaron como retribución al cumplimiento de su objeto unos honorarios por la suma de \$15.196.410, mas no un salario, y se estableció su forma de pago. En el mismo también se puso de presente que la actividad convenida debía ser desarrollada particularmente por la contratista. También se establecieron unas obligaciones a cargo de las partes, sin que de ellas se pueda inferir específicamente una evidente y clara relación de subordinación o dependencia. Así mismo, en el Anexo número 1 denominado Términos de Referencia, que forma parte del contrato de prestación de servicios, se fijan los alcances del contrato y se precisan diversas actividades de acceso y permanencia para el desarrollo de la labor del contratista en estricta coordinación con el Oficial de Educación, el Profesional Pedagógico, y el Asesor Pedagógico de Acceso y Permanencia del Consejo Noruego para Refugiados (NRC). En conclusión, como la accionante no demuestra que bajo la figura del contrato de prestación de servicios se hubiera ocultado una verdadera relación laboral, tal como lo exige de manera clara la Corte Constitucional en la sentencia SU-070 de 2013, la Sala habrá de confirmar la sentencia proferida en primera instancia el 29 de agosto de 2016 por el Tribunal Administrativo del Cauca, que denegó por improcedente el amparo constitucional solicitado.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 43 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 53 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 86 / LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 51 / LEY 1822 DE 2017 - ARTÍCULO 2 / CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO - ARTÍCULO 236 / CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO - ARTÍCULO 239 / DECRETO 2591 DE 1991 - ARTÍCULO 1

**NOTA DE RELATORÍA:** En cuanto a la procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el reintegro a un cargo de una mujer embarazada, ver: Corte Constitucional, sentencia T-092 de 25 de febrero de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo. Sobre la existencia de un contrato realidad y la eventual afectación del fuero de maternidad, ver: Corte Constitucional, sentencia SU-070 de 13 de febrero de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN PRIMERA**

**Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 19001-23-33-000-2016-00386-01(AC)**

**Actor: MARA PATRICIA SUÁREZ RIASCOS**

**Demandado: CONSEJO NORUEGO PARA REFUGIADOS - (NRC)**

## **I. ASUNTO.**

Se decide la impugnación interpuesta por la actora en contra de la sentencia proferida el 29 de agosto de 2016, por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual se denegó por improcedente el amparo solicitado.

### **I.- LA SOLICITUD DE TUTELA.**

La señora **MARA PATRICIA SUÁREZ RIASCOS**, en ejercicio de la acción de tutela, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna, a la seguridad social, al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada, que estima vulnerados por cuanto, a su juicio, el **CONSEJO NORUEGO PARA REFUGIADOS (NRC) EN COLOMBIA** la despidió encontrándose cobijada por el fuero de maternidad.

### **II.- LOS HECHOS.**

De conformidad con lo expuesto por la actora en su demanda de tutela, los hechos que la fundamentan se contraen, en síntesis, a lo siguiente:

**II.1.** El 1º de septiembre de 2015, la señora **MARA PATRICIA SUÁREZ RIASCOS** comenzó a laborar en el **CONSEJO NORUEGO PARA LOS REFUGIADOS EN COLOMBIA – NRC**<sup>1</sup>. Suscribió con la referida organización internacional no gubernamental, un contrato de prestación de servicios para desempeñarse como “*Tutora de acceso y permanencia*” en la Seccional Cauca – Nodo Guapi, bajo la coordinación de la señora Paola Sinisterra, Oficial de Proyectos.

---

<sup>1</sup> El Consejo Noruego para Refugiados (NRC por sus siglas en inglés), es una organización no gubernamental internacional, independiente, humanitaria, sin ánimo de lucro, establecida en el año 1946. Es la única organización noruega especializada en trabajo internacional con población desplazada, refugiada y vulnerable en tiempos de crisis.

**II.2.** En el mes de enero de 2016 fue ascendida al cargo de asesora pedagógica, bajo la dirección y coordinación de la señora Sinisterra.

**II.3.** En el mes de febrero de ese mismo año se practicó una prueba de embarazo en la Clínica de la Cruz Roja de Buenaventura, la cual resultó positiva. Frente a dicha situación puso en conocimiento de su estado de gravidez a su jefe inmediata, señora Paola Sinisterra, y a la Asistente de Educación, señora Marcela Cárdenas.

**II.4.** No obstante el resultado de la prueba de embarazo, continuó cumpliendo con su horario de trabajo y funciones, paralelamente con sus chequeos y exámenes médicos y clínicos.

**II.5.** Mediante escrito de 13 de mayo de 2016 informó de su estado de embarazo a la División de Recursos Humanos del **CONSEJO NORUEGO PARA REFUGIADOS EN COLOMBIA – NRC**, a la que le precisó que llevaba aproximadamente 26 semanas de gestación y que se fijó el 17 de agosto del mismo año como posible fecha del parto. Así mismo le hizo ver que con anterioridad ya había reportado su condición de madre gestante, a la jefa inmediata y a la asistente de educación.

**II.6.** La señora María Cristina Pazos Viteri, Gerente de Servicios de Soportes Regional Sur occidente del NRC, mediante correo electrónico fechado el 8 de julio de 2016, le comunicó a la actora la terminación de su contrato de trabajo.

**II.7.** Enterada del hecho la accionante acudió al Ministerio de Trabajo, Regional Cauca, a presentar la queja respectiva, pero la persona que la atendió le indicó que *“acudiera a la vía tutelar directamente”*.

**II.8.** La accionante precisó en su escrito de amparo que depende exclusivamente de su fuerza de trabajo; que su trabajo constituye su única fuente de ingreso; que no es oriunda de la ciudad de Popayán, razón por la cual debe correr con sus gastos de vivienda, alimentación y con las demás erogaciones propias de su subsistencia en condiciones de dignidad.

### **III. LAS PRETENSIONES.**

La actora las concreta así:

“En consideración a lo anterior le ruego señor Juez constitucional ordenar a la entidad accionada y/o a quien corresponda se me proteja mis derechos fundamentales, anteriormente relacionados y todo lo demás que usted considere, **reubicándome en el cargo que venía desempeñando al momento de mi despido, o en su defecto en otro cargo mejor, pagándome todo lo dejado de pagar desde el despido injusto hasta la fecha del reintegro, por cuanto fui despedida, sin autorización de la entidad competente.**” Negrillas no originales.

#### **IV. TRÁMITE DE LA ACCIÓN.**

El Tribunal Administrativo del Cauca admitió la tutela y ordenó notificarla al **CONSEJO NORUEGO PARA REFUGIADOS – NRC**, organización no gubernamental de carácter internacional a la que le solicitó ejercer por escrito su derecho de defensa, para lo cual le fijó un término de dos (2) días.

#### **V. LA ACTUACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA.**

**El Director de Programas del Consejo Noruego para Refugiados - NRC** y apoderado judicial, solicitó la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela o, de admitirse su procedencia, que se declare que la entidad no gubernamental no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante.

Como cuestión preliminar puntualizó que la única relación contractual que tuvo con la accionante ha sido por medio de dos contratos de prestación de servicios a saber: i) el contrato SO 41-2015, con una duración de 4 meses, entre el 1º de septiembre de 2015 al 31 de diciembre de 2015; y ii) el contrato SO 140-216, con una duración de 6 meses, entre el 15 de enero de 2016 al 14 de julio de ese mismo año.

Sobre los hechos, aclaró que el primer vínculo con la accionante inició el 1º de septiembre de 2015 y se prolongó hasta el 31 de diciembre de ese mismo año y fue un contrato de prestación de servicios SO 41-2015 que correspondía a *“Tutores Pedagógicos para la permanencia de población matriculada en aula regular y educación para adultos”*, pero que no era un contrato laboral y que *“el NRC no realizó labores de intermediación laboral, sino que la contrató directamente, como siempre lo hace en el desarrollo de sus actividades humanitarias en Colombia”*.

Precisó que el segundo contrato de prestación de servicios SO 41-2015, suscrito entre la accionante y la NRC, se firmó el 15 de enero de 2016 y correspondía a Asesor Pedagógico de Acceso y Permanencia, vínculo que no asimilable a un cargo laboral ni a un ascenso laboral, como erróneamente lo afirma la accionante.

Destacó que el estado de embarazo fue comunicado verbalmente por la accionante en el mes de marzo de 2016 a Paola Andrea Sinisterra, oficial de educación, y a Diana Marcela Cadena, Asistente de Educación del Nodo Guapi, y de manera formal mediante carta de fecha 13 de mayo de 2016, dirigida al Oficial de Recursos Humanos del NRC.

Puso de presente que la tutelante no cumplía un horario de trabajo y desarrollaba sus actividades sin la existencia de subordinación puesto que la naturaleza de su contrato era la de prestación de servicios.

Arguyó que no le consta lo relacionado con la información sobre la realización de los chequeos y exámenes médicos.

En cuanto al correo electrónico que la accionante menciona haber enviado para dar cuenta de su embarazo, recordó que el contrato de la accionante era de prestación de servicios con fecha de finalización estipulada previamente en el contrato. Igualmente anotó que se le indicó expresamente a la actora que *“Este contrato no se prorrogará pues internamente no hay necesidad de continuar con él, debido al cambio de estrategia en la implementación de las labores humanitarias de la organización en la zona”*, tal como consta en el correo electrónico de respuesta que anexó la misma accionante en su escrito de tutela.

Respecto de los derechos fundamentales supuestamente vulnerados, manifestó que no despidió a la accionante porque la figura el despido solo se presenta durante contratos de naturaleza laboral y en este caso se suscribió un contrato de prestación de servicios entre las partes, tanto en lo formal como en lo relacionado con la realidad sustancial.

Expuso que con su actuar no vulneró ni está vulnerando el derecho a la vida de la accionante, ni perjudicando el desarrollo de su vida en condiciones dignas.

Planteó que tampoco le ha conculcado el derecho fundamental a la seguridad social por cuanto nunca tuvo la figura del empleador sino que, por el contrario, fue un contratista de los servicios de la señora Suárez Riascos. Indicó que durante los vínculos contractuales de la accionante con el NRC y especialmente en el segundo contrato, ella siempre realizó los pagos de sus aportes a la Seguridad Social y a la ARL a título independiente, lo cual refleja la existencia de un vínculo de prestación de servicios. Puntualizó que, según el contrato de prestación de servicios, los soportes de los pagos correspondientes a la seguridad social debían anexarse para que el NRC procediera con el pago de sus honorarios.

Argumentó que no le ha afectado el derecho al trabajo de la accionante porque siempre respetó el contrato de prestación de servicios suscrito, aunque se mostró contrario a lo expuesto por ella en la demanda de tutela, en tanto utiliza términos tales como *“pérdida de empleo”*, *“despido por parte de los accionados”*, y *“salario”*, los cuales se relacionan estrechamente con un contrato laboral, vínculo que nunca existió en lo formal ni es la realidad.

Señaló que la actora no sustenta la vulneración del derecho al mínimo vital que alega.

Como fundamentos de derecho de sus descargos, el Consejo Noruego para Refugiados – NRC acotó la naturaleza del contrato de prestación de servicios caracterizado por la existencia de período fijo de duración, la ausencia de subordinación y los precisos términos de referencia a cumplir por las partes para que se pudiera reconocer el pago de los honorarios acordados. Resaltó la improcedencia de la acción de tutela para obtener la declaratoria de la existencia de un vínculo contractual laboral, y puso de presente que ante la improcedencia del despido en los contratos de prestación de servicios no hay lugar a solicitar autorización de la autoridad laboral para ello.

Desde el punto de vista jurisprudencial, sustentó su solicitud de denegación de las pretensiones en lo dispuesto en la sentencia SU-070 de 2013, según la cual *“en los contratos de prestación de servicios, que en realidad hayan sido contratos laborales, se le debe brindar a la empleada la protección como si hubiera tenido un contrato laboral a término fijo”*.

Concluyó que en el asunto bajo estudio no existió un contrato de tipo laboral con sus tres elementos esenciales constituidos por el salario, la continua subordinación o dependencia, y la prestación personal del servicio, sino un contrato de prestación de servicios porque la accionante siempre realizó sus actividades sobre la entrega de los productos determinados en los términos de referencia anexos a su contrato, firmado por las partes, desde el inicio del vínculo contractual, y sin cumplimiento de horario ni supervisión.

Agregó que desde un comienzo en el contrato de prestación de servicios se fijó su fecha de terminación, sin que hubiese la necesidad de prorrogarlo debido al cambio de estrategia en la implementación de las labores humanitarias de la organización en la zona.

Finalmente citó la sentencia proferida el 2 de junio de 2016 por la Sección Segunda, Subsección “A”, del Consejo de Estado, mediante la cual se *“confirmó el fallo dictado por el Tribunal Administrativo de Arauca, por no considerar que la accionante, quien estaba embarazada y con un contrato de prestación de servicios vigente para la época, demostró la exigencia de un contrato realidad de tipo laboral.”*<sup>2</sup>

También resaltó que en la referida sentencia, el Consejo de Estado reiteró que:

“...para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la actora 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 acreditar 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”.

Finalmente, el director de Consejo Noruego para Refugiados – NRC informó que acaecida la fecha de terminación del contrato, se finalizó el vínculo contractual con

---

<sup>2</sup> Expediente número 81001-23-33-000-2012-00043-01. Actora: Dennys Johana Cisneros Graz contra la E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca.

la contratista y no hubo necesidad de prorrogarlo debido al cambio de estrategia en la implementación de las labores humanitarias de la organización en la zona.

## VI. EL FALLO IMPUGNADO

**El Tribunal Administrativo del Cauca**, mediante sentencia proferida el 29 de agosto de 2016, resolvió:

**“PRIMERO: DENEGAR** por improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora MARA PATRICIA SUÁREZ RIASCOS, en contra del CONSEJO NORUEGO PARA REFUGIADOS, por las razones expuestas.

**Segundo:** Notificar personalmente, por telegrama o por cualquier otro medio eficaz a las partes en los términos del art. 30 del Decreto 2591 de 1991. (...).”

Adoptó tal decisión por cuanto estableció que la accionante no cuestionó la naturaleza de los contratos de prestación de servicios que suscribió con el Consejo Noruego para Refugiados – NRG, alegando un contrato realidad, aunque sí aludió al cumplimiento de un horario.

No obstante lo anterior, el Tribunal encontró que este último elemento no se probó, y que de acuerdo a las obligaciones establecidas en los dos contratos de prestación del servicio que suscribió, no se desprende la existencia del elemento de la subordinación.

Al efecto precisó que el primer contrato duró cuatro meses y su objeto era promover y motivar la permanencia de niños, niñas, adolescentes, jóvenes y adultos en el sistema educativo, adoptando para tal efecto el uso de estrategias lúdico pedagógicas en el Departamento del Cauca – López de Micay. Para establecer su cumplimiento se debían entregar bases de datos, informes, un cronograma de actividades y planes pedagógicos.

Así mismo estableció que el segundo contrato, suscrito el 15 de enero de 2016, tuvo por objeto promover el acceso y permanencia en el sistema educativo y posterior éxito escolar de la población identificada en los censos de población desescolarizada y no alfabetizada, llevados a cabo en el departamento del Cauca, López de Micay. Como parte del contrato se debían entregar informes de gestión,

elaborar bases de datos y diseñar planes de acción, acompañamiento psicopedagógico y reportar novedades de personal en terreno participantes en la estrategia y entregas.

De conformidad con lo anterior determinó que el material probatorio antes reseñado resulta insuficiente para concluir que tras los contratos de prestación de servicios celebrados entre la actora y el Consejo Noruego para refugiados – NRC, existió una relación laboral, por lo que de acuerdo al precedente constitucional, en especial la sentencia T-092 de 2016, es improcedente emitir una orden concreta. Lo anterior, sin perjuicio de que la accionante pueda acudir a la jurisdicción ordinaria para elevar sus pretensiones laborales, donde se podrá discutir ante el juez competente si se configuró o no la existencia de un contrato realidad.

Así mismo aseveró que el pago de la licencia de maternidad se le debe reclamar a la respectiva EPS y *“se infiere que el mismo no se ha visto afectado, toda vez que el contrato de la actora finalizó el 14 de junio de 2016, la fecha probable del parto estaba entre el 15 y 20 de agosto de los corrientes y ella venía pagando los aportes de seguridad social como independiente...”*.

## **VII.- FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN.**

La accionante impugnó el fallo de primera instancia porque, a su juicio, el Tribunal Administrativo del Cauca le dio credibilidad a lo manifestado por la accionada y declaró improcedente la protección constitucional con el solo argumento de la ausencia del contrato laboral, desatendiendo que los requisitos que configuran el contrato realidad fueron puestos de presente.

Insistió que: i) su despido se produjo durante el embarazo, ii) el empleador conocía su estado de gestación, iii) no se pidió autorización para la terminación del contrato durante el embarazo, y iv) la desvinculación afecta el mínimo vital pues lo devengado por la labor desempeñaba constituía su único ingreso, coartando la posibilidad de seguir cotizando a la seguridad social y así obtener el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

Recordó que en virtud del fuero de maternidad o derecho a la estabilidad laboral reforzada, si una trabajadora es despedida durante su embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, sin autorización de la autoridad laboral competente

para proceder al retiro, tiene derecho a ser reintegrada y al pago de una indemnización conformada por: i) el equivalente a 60 días de salario; ii) 14 semanas de salario como descanso remunerado, y iii) las indemnizaciones por su retiro sin justa causa y a las prestaciones a que hubiere lugar según la modalidad del contrato.

Por las razones anteriores solicitó:

“(…) revocar el fallo 19001-23-33-003-2016-00386-00 de primera instancia, para en su lugar ORDENAR al Consejo Noruego para Refugiado, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha hecho, reintegre a la señora MARA PATRICIA SUAREZ RIASCOS al cargo que desempeñaba o a otro en condiciones similares, cancele la indemnización de que trata el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, las indemnizaciones de retiro sin justa causa según la modalidad del contrato, y las prestaciones sociales correspondientes, como quiera que el despido careció de todo efecto.

Igualmente que se ORDENE a la accionada, que una vez sea revinculada en sus labores, se reanude el pago de su remuneración mensual y de sus cotizaciones a la seguridad social (salud, pensiones y riesgos profesionales). Tales pagos no podrán ser presentados como una nueva afiliación.”

#### **VII.1. La petición de confirmación de fallo presentada por la parte accionada.**

Conocido el fallo de primera instancia y el escrito de impugnación al mismo presentado por la tutelante, **el Consejo Noruego para Refugiados – NRC, solicitó por escrito la confirmación de la decisión adoptada por el a-quo**, por cuanto, a su juicio, resulta incuestionable su improcedencia.

Planteó una vez más que la naturaleza del vínculo contractual entre la accionante y la organización NRC fue la establecida mediante el contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes, lo cual corroboran los productos contratados, y los soportes de pago de la seguridad social como independiente efectuado por la actora en calidad de tal.

Puso de presente la improcedencia de la acción de tutela como mecanismo constitucional subsidiario y transitorio al estar frente a un contrato de prestación de servicios ya finalizado, al existir la vía idónea ante la jurisdicción laboral ordinaria, según lo ha reiterado la Sección Segunda del Consejo de Estado en su jurisprudencia.

También resaltó que la accionante no acreditó la existencia del contrato realidad, es decir que: i) su actividad haya sido personal; ii) haya recibido una remuneración o pago; y iii) la existencia de subordinación o dependencia en la relación con el empleador.

Por último, insistió en la ausencia de la necesidad del Consejo Noruego para Refugiados - NRC para prorrogar el contrato de servicios o de suscribir un nuevo vínculo laboral.

## **VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA.**

### **VII.1. Problema jurídico a dilucidar.**

Corresponde resolver a la Sala si se configuran los requisitos excepcionales para proceder a estudiar por vía de tutela, si hay lugar a reintegrar a la actora a la labor que desempeñaba en el Consejo Noruego para Refugiados – NRC y pagarle lo dejado de percibir, como consecuencia de la existencia del contrato de prestación de servicios del cual fue relevada durante la protección reforzada del fuero de maternidad.

A fin de resolver tales interrogantes resulta pertinente pronunciarse de manera previa sobre: **i)** la procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el reintegro a un cargo; y **ii)** la especial protección de la mujer en estado de embarazo o durante la vigencia de fuero de maternidad; para después proceder a fin de **iv)** resolver el caso concreto.

### **VII.2. La procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el reintegro a un cargo de una mujer embarazada.**

La tutela no es el mecanismo idóneo para el reintegro al trabajo de una mujer embarazada. Para ello existen medios judiciales de defensa a ejercer ante la jurisdicción laboral ordinaria o ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, según el caso. Por regla general estos medios de defensa resultan idóneos toda

vez que tienen la virtualidad de reparar el daño que pueda producir un despido injusto.

Empero, la jurisprudencia constitucional<sup>3</sup> ha establecido dos excepciones a la anterior regla general, a saber: **i)** cuando esté de por medio la protección del mínimo vital de la madre y del hijo que está por nacer o del recién nacido; y **ii)** cuando la cuestión debatida sea puramente constitucional.

### **VII.3. La especial protección de la mujer en estado de embarazo y durante los tres meses siguientes al parto. La vigencia del fuero de maternidad. La Ley 1822 de 4 de enero de 2017.**

El fuero de maternidad o la estabilidad laboral reforzada por embarazo comporta la protección especial que la Constitución y la ley brindan a la mujer trabajadora durante la gestación y los tres meses posteriores al parto, que impide su despido

---

<sup>3</sup> **Sentencia T-092 de 2016.** Subsidiariedad. La Sala estima que los medios ordinarios de defensa judicial pierden su eficacia frente a la solicitud urgente de amparo elevada por las demandantes. Esto en razón a que (i) las accionantes gozan de una especial protección constitucional, como consecuencia de su estado de embarazo o período de lactancia; y (ii) se presume una afectación del derecho al mínimo vital no solo de las accionantes sino también de sus hijos recién nacidos, teniendo en cuenta factores como el despido, el no pago de la licencia de maternidad y el hecho de que afirmaron no tener recursos adicionales que les permitan sufragar sus necesidades básicas y las de sus hijos. Por esta razón, en los presentes asuntos la acción de tutela procede como mecanismo definitivo de protección de los derechos fundamentales invocados.

En la **Sentencia T-148 de 2014** la Corte Constitucional estudió seis (6) acciones de tutela mediante las cuales las accionantes solicitaron la protección del derecho a la estabilidad reforzada de la mujer embarazada, debido a que sus empleadores resolvieron terminar sus contratos de trabajo y prestación de servicios, pese a que se encontraban en estado de embarazo. En estos casos la Corte consideró sobre el requisito de subsidiariedad: “Si bien la jurisdicción laboral, en principio, es la competente para conocer casos como los aquí planteados, dicho mecanismo no es idóneo en los casos donde se encuentre en inminente riesgo de afectación el mínimo vital de la accionante u otro derecho fundamental”.

En la **Sentencia T-1097 de 2012** la Corte Constitucional precisó: “Los pronunciamientos de la Corporación han establecido que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio y definitivo para la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, en la medida que intenta prevenir y evitar un perjuicio irremediable a la madre gestante o a las condiciones de vida digna de su hijo.

En la **Sentencia T-739 de 1998** la Corte Constitucional expuso: “Si bien la actuación descrita podría dar lugar a la configuración de un despido ineficaz, la instancia propia de discusión de dicha situación sería la acción ordinaria ante la jurisdicción laboral al tratarse de trabajadoras privadas y oficiales y la de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa para las empleadas públicas, estatuida como la vía judicial adecuada para reparar el daño por el eventual despido injusto; sin embargo, la doctrina constitucional establecida por la Corte Constitucional exceptúa la utilización de ese mecanismo, prevaleciendo el de la tutela transitoria, en dos situaciones: **cuando con la desvinculación se haya visto o pueda resultar afectado el mínimo vital de la mujer embarazada o del recién nacido o cuando la cuestión debatida sea puramente constitucional y resulte flagrante el desconocimiento de los mandatos que le otorgan a la mujer una especial protección (C.P. art. 13, 44, 53) produciendo un daño considerable**”. Negrillas no originales.

En la **Sentencia T-100 de 1994** la Corte Constitucional resaltó. “Procede la acción de tutela pese a la existencia de otro mecanismo ordinario de defensa en aquellos casos en los cuales la cuestión debatida sea puramente constitucional, siempre que resulte flagrante la arbitraria transgresión de las normas que le otorgan a la mujer una especial protección y se produzca un daño considerable”.

durante ese tiempo e impone la presunción de haberse producido sin justa causa cuando ello ocurre en esa época, salvo autorización de la autoridad competente.

Cabe advertir, además, que existe prohibición de despedir a la trabajadora durante la lactancia o período posterior a la licencia de maternidad<sup>4</sup>.

El respaldo constitucional al fuero de maternidad viene dado expresamente por los artículos 43<sup>5</sup> y 53<sup>6</sup> de la Constitución Política, por el 25<sup>7</sup> de la Declaración Universal de Derechos Humanos, por el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, por el artículo 11<sup>8</sup> de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, así como por precisas normas del Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo.

Con base en toda esta normativa, la jurisprudencia constitucional concluye que resulta ilegítima cualquier acción tendiente a estigmatizar, desmejorar o discriminar a la mujer que se encuentra en estado de gestación, porque ello atenta directamente contra del derecho a la autodeterminación, manifestado en el libre desarrollo de la personalidad; contra los derechos a la libertad personal y a la igualdad; contra la familia misma como núcleo esencial de la sociedad; contra los derechos del menor que está por nacer o del que ha nacido, a quienes también la Constitución Política les brinda un tratamiento especial.

A nivel legal, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que *“Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de catorce (14) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso”*.

Posteriormente, la Ley 1822 de 4 de enero de 2017, modificó esta disposición así: *“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”*.

---

<sup>4</sup> Período concedido a la trabajadora dentro de la jornada de trabajo para que amamante a su hijo.

<sup>5</sup> Durante el embarazo y después de parto la mujer gozará de especial asistencia y protección del Estado.

<sup>6</sup> Protección especial a la mujer y a la maternidad.

<sup>7</sup> Concede especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto.

<sup>8</sup> Prohíbe el despido por motivo de embarazo, implementa la licencia de maternidad con sueldo pagado o prestaciones sociales similares, sin que implique pérdida del empleo ni efectos contra la antigüedad y los beneficios sociales.

A su turno, el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo contiene la prohibición de despedir a una trabajadora por motivo de embarazo o lactancia. Además, consagra la presunción de que el despido se ha efectuado por motivo del embarazo o lactancia cuando ha tenido lugar dentro del término de la gestación y los tres meses posteriores al parto, sin la autorización de las autoridades competentes.

Al respecto, el artículo 2º de la Ley 1822 de 4 de enero de 2017 modificó el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, así:

“Artículo 239. Prohibición de despido.

1. Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio del 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 días (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 de parto obligatoria, y/o de alguna 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 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”.

La Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, la gerencia pública, y se dictan otras disposiciones, también trae la misma prohibición en su artículo 51.

En síntesis, durante la vigencia del período de protección foral, que se extiende desde el embarazo hasta el término correspondiente a la licencia de maternidad, la madre gestante y lactante puede pedir el amparo y obtener la protección pertinente derivada de su despido que, ocurrido en ese lapso de tiempo, se presume derivado de su especial estado.

Con todo, ha de precisarse que las modificaciones efectuadas por la Ley 1822 de 4 de enero de 2017 a los artículos 236 y 239 del Código Sustantivo del Trabajo comienzan a regir a partir de la sanción y publicación de la referida ley, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º *ibídem*.

Los requisitos jurisprudenciales que deben presentarse para que la acción de tutela sea procedente con el fin de garantizar el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de la trabajadora embarazada, son:

- i) Que la terminación de la relación laboral tenga lugar durante el embarazo o en los tres meses siguientes al parto.
- ii) Que el despido sea consecuencia del embarazo, es decir, que no esté directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique.
- iii) Que el despido amenace el mínimo vital de la actora o de la criatura que está por nacer.
- iv) Que el despido no cuente con la autorización expresa de la autoridad del trabajo correspondiente, si se trata de trabajadora oficial o privada.<sup>9</sup>

Tales requisitos tienen un carácter concurrente. Es decir que se deben satisfacer todos sin excepción.

#### **VII.4. El caso concreto.**

##### **VII.4.1. Procedencia excepcional de la tutela.**

En el asunto *sub examine* se configuran los requisitos de procedencia excepcional para estudiar y decidir, por vía de tutela, las pretensiones de la actora. Lo anterior por cuanto, si bien la interesada tiene a su alcance medios de defensa judiciales para controvertir la no renovación del contrato de prestación de servicios finalizado durante su estado de embarazo, y obtener el pago de sus honorarios, resulta evidente que el asunto adquiere matices puramente constitucionales. En efecto, el no ejercicio de tales medios de defensa viene justificado por la alegada situación de apremio derivada de la carencia del ingreso mensual que constituye su único sustento y el apoyo para el *nasciturus*. Aparte de ello se plantea la afectación del fuero de maternidad que tiene carácter *supra* legal.

##### **VII.4.2. De la existencia de un “contrato realidad” y de la eventual afectación del fuero de maternidad.**

En el expediente se encuentra acreditado que las partes suscribieron dos contratos de prestación de servicio por el término de 4 y 6 meses respectivamente.

---

<sup>9</sup> Sentencias T-095 de 2008, T-113 de 2008, T-471 de 2009, T-004 de 2010, T-069 de 2010 y T-031 de 2011.

A los 15 días de la terminación del primer contrato suscribieron el segundo. Respecto del segundo contrato recae la inconformidad de la accionante por cuanto se dio por finalizado estando cobijada por el fuero de maternidad y ostentar una protección laboral reforzada.

El Consejo Noruego para Refugiados – CNR alega que no prorrogó el contrato de prestación de servicios suscrito con la actora por cuanto se cumplió el plazo fijado para su ejecución y *“debido al cambio de estrategias en la implementación de las labores humanitarias de la organización de la zona”*.

Respecto del alcance de la protección laboral reforzada a las trabajadoras en estado de embarazo, cabe recordar que la Corte Constitucional en Sentencia SU-070 de 13 de febrero de 2013, estableció unos criterios unificados y señaló diversas alternativas de solución. Lo hizo teniendo en cuenta: i) el conocimiento de dicha condición por parte del empleador y, ii) la alternativa laboral de la embarazada. Sin embargo advirtió que el conocimiento del embarazo por parte del empleador no es requisito para la protección de la mujer embarazada sino para determinar el grado de protección.

Previo a ello, dejó en claro que la protección laboral reforzada derivada de la maternidad procede cuando se demuestre, sin ninguna otra exigencia adicional: i) la existencia de una *“relación laboral o de prestación”* y, ii) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres (3) meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación *“laboral o de prestación”*.

Ello significa que solo tales exigencias se constituyen como requisitos para la protección de la aforada, mientras que el alcance de dicha protección se determinará de conformidad con la modalidad bajo la cual se encuentre vinculada y el conocimiento o no por parte del empleador de su estado de gravidez.

En el fallo de unificación se decidieron 33 casos. En punto de las diversas medidas de protección a dispensar, se estableció su alcance o contenido de conformidad con las alternativas laborales derivadas de:

**1)** El contrato a término indefinido; **2)** el contrato a término fijo; **3)** el contrato de obra; **4)** la labor realizada a través de cooperativas de trabajo asociado; **5)** a través de empresas de servicios temporales; **6)** el contrato de prestación de

servicio; **7)** la vinculación en provisionalidad de un cargo de carrera que sale a concurso o es suprimido; **8)** la vinculación en cargos de libre nombramiento y remoción; y **9)** la vinculación en cargos suprimidos por liquidación de la entidad pública o por la necesidad del servicio.

Aplicando los anteriores lineamientos jurisprudenciales al caso bajo estudio, resulta evidente que la situación de tutelante se encuadra en el supuesto descrito en el numeral 6.

Según la referida hipótesis, las medidas de protección a aplicar son las siguientes:

“6. En el supuesto de vinculación de la mujer gestante o lactante mediante contrato de prestación de servicios, el juez de tutela debe analizar las circunstancias fácticas que rodean cada caso, **para determinar si bajo dicha figura contractual no se está ocultando la existencia de una auténtica relación laboral**. Si bien la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para declarar la configuración de un “contrato realidad”, pues existen vías procesales ordinarias laborales o las contencioso administrativas, a través de las cuales se puede buscar el reconocimiento de una vinculación laboral, en los casos donde se encuentre en inminente riesgo de afectación el mínimo vital de la accionante u otro derecho constitucional fundamental, este estudio deberá ser realizado por el juez de tutela.

Bajo esta lógica, **deberá verificarse la estructuración material de los elementos fundamentales de un contrato de trabajo**, “*independientemente de la vinculación o denominación que el empleador adopte para el tipo de contrato que suscriba con el trabajador*”<sup>10</sup> **Así, la jurisprudencia de la Corte ha reconocido que los elementos que configuran la existencia de un contrato de trabajo, son (i) el salario, (ii) la continua subordinación o dependencia y (iii) la prestación personal del servicio**. Por lo tanto, si el juez de tutela concluye la concurrencia de estos tres elementos en una vinculación mediante contrato de prestación de servicios de una trabajadora gestante o lactante, podrá concluirse que se está en presencia de un verdadero contrato de trabajo.

(...).

**Con todo, en el supuesto en que la trabajadora gestante o lactante haya estado vinculada mediante un contrato de prestación de servicios y logre demostrarse la existencia de un contrato realidad, la Sala ha dispuesto que se deberán aplicar las reglas propuestas para los contratos a término fijo**, en razón a que dentro de las características del contrato de prestación de servicios, según lo ha entendido esta Corporación, se encuentra que se trata de un contrato temporal, cuya duración es por un tiempo limitado, que es además indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido”. Negrillas fuera del texto.

De conformidad con lo expuesto, resulta obligado para la Sala verificar si en el caso concreto, mediante la suscripción de un contrato de prestación de servicios se esconde la existencia de un verdadero contrato de trabajo o contrato realidad. Para ello debe comprobarse la existencia de los siguientes requisitos o elementos: i) el salario; ii) la continua subordinación o dependencia y, iii) la prestación personal del servicio.

---

<sup>10</sup> Ver la sentencia T-848 de 2004. Corte Constitucional.

El contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes es el número SO 140-216. Se pactó por el término de 6 meses, desde el 15 de enero de 2016 y hasta el 14 de julio de ese mismo año. En el mes de marzo de 2016 la accionante comunicó verbalmente su estado de embarazo a Paola Andrea Sinisterra, Oficial de Educación, y a Diana Marcela Cadena, Asistente de Educación. También informó de ello a la Oficial de Recursos Humanos del Consejo Noruego para Refugiados – CNR, mediante escrito fechado el 13 de mayo de 2016, es decir durante la vigencia del contrato.

Como objeto del contrato se fijó:

**“Este contrato es para promover el acceso y permanencia en el sistema educativo y el posterior éxito escolar de la población identificada en los censos de población desescolarizada y no alfabetizada realizados en el Departamento del Cauca, municipio de López de Micay. La CONTRATISTA actuará en interés de NRC COLOMBIA para los términos de este contrato”.** Negrillas no originales.

Las obligaciones de la contratista se establecieron así:

“LA CONTRATISTA se compromete para:

- Manejar con estricta confidencialidad toda la información que escuche o llegue a sus manos sobre asuntos del NRC durante el tiempo del contrato y aún después de su culminación.
- Responder por el pago de los impuestos generados y demás obligaciones en las que pudiese incurrir por la contratación de estos servicios.
- Afiliarse al sistema de salud y pensiones, por su propia cuenta, según lo estipulado en el artículo 282 de la Ley 100 de 1993 concordante con el numeral 1, literal a, de los artículos 157 y 203 de la referida ley, y pagar los aportes sobre el 40% del valor de este contrato en forma mensual tal como lo señala el artículo 23 Decreto 1703 de 2002. Igualmente afiliarse y sufragar las cotizaciones correspondientes al Sistema General de Riesgos Laborales, según lo ordinado por la Ley 1562 de 2012.
- La CONTRATISTA expresa que reconoce y acepta el Código de Conducta y el Manual Operativo de Seguridad que rigen en el NRC COLOMBIA, los cuales forman parte integral de este contrato y se compromete para acatarlos y respetarlos en su integridad”.

Las obligaciones de NRC COLOMBIA, se precisaron de la siguiente manera:

“-Pagar los honorarios acordados para el contrato.  
-Pagar los costos de las jornadas de formación y otras actividades relacionadas con el desarrollo del contrato.  
-Facilitar el acceso a la documentación necesaria y a las instalaciones de NRC COLOMBIA.  
-Verificar la afiliación de LA CONTRTISTA ante la ARL, según lo dispuesto en el Decreto 723, el cual reglamentó la Ley 1562 de 2012”.

Como monto total de los honorarios se pactó la suma de \$15.196.410, pagaderos previa presentación de cuenta de cobro, en seis pagos de \$2.532.735, contra

entrega de productos y al visto bueno del oficial o profesional pedagógico del programa de Educación de NRC. Se deben adjuntar pagos de salud, pensión y ARL.

También se convino como cláusula de terminación del contrato: **“El vencimiento del plazo”**; el incumplimiento de sus obligaciones por cualquiera de las partes o los eventos de fuerza mayor o caso fortuito que imposibiliten su ejecución, en todos los eventos, sin necesidad de requerimiento previo ni de intervención judicial ni arbitral.

De lo expuesto se tiene que en el presente caso no resulta posible, a *prima facie*, comprobar que bajo la figura del contrato de prestación de servicios, se hubiera ocultado una verdadera relación laboral, -contrato realidad-, razón por la cual corresponde al juez natural de la causa determinar su configuración y existencia, con sujeción a las pruebas que se alleguen y recauden en ejercicio del derecho de contradicción, previa solicitud presentada con sujeción a los requisitos legales pertinentes.

Lo anterior por cuanto, en principio, en el contrato de prestación de servicios se pactaron como retribución al cumplimiento de su objeto unos honorarios por la suma de \$15.196.410, mas no un salario, y se estableció su forma de pago. En el mismo también se puso de presente que la actividad convenida debía ser desarrollada particularmente por la contratista. También se establecieron unas obligaciones a cargo de las partes, sin que de ellas se pueda inferir específicamente una evidente y clara relación de subordinación o dependencia.

Así mismo, en el Anexo número 1º denominado *“Términos de Referencia”*, que forma parte del contrato de prestación de servicios, se fijan los alcances del contrato y se precisan diversas actividades de acceso y permanencia para el desarrollo de la labor del contratista en estricta coordinación con el Oficial de Educación, el Profesional Pedagógico, y el Asesor Pedagógico de Acceso y Permanencia del Consejo Noruego para Refugiados (NRC).

En conclusión, como la accionante no demuestra que bajo la figura del contrato de prestación de servicios se hubiera ocultado una verdadera relación laboral, tal como lo exige de manera clara la Corte Constitucional en la sentencia SU-070 de 2013, la Sala habrá de confirmar la sentencia proferida en primera instancia el 29

de agosto de 2016 por el Tribunal Administrativo del Cauca, que denegó por improcedente el amparo constitucional solicitado.

**En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,**

**F A L L A:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia impugnada, proferida el 29 de agosto de 2016, mediante la cual el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA** denegó por improcedente, la acción de tutela presentada por la señora **MARA PATRICIA SUÁREZ RIASCOS**, en contra del **CONSEJO NORUEGO PARA REFUGIADOS – NRC**.

**SEGUNDO:** Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMÍTASE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

**ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS    MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ**  
**Presidente**

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO (E)**