

## Sentencia T-174/11

### ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia en razón al estado de indefensión

El artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 consagra la procedencia de la acción de tutela contra particulares como mecanismo judicial excepcional, en aquellos casos en los que se evidencie un estado de subordinación o indefensión del actor frente a la parte demandada que presuntamente ha vulnerado o amenazado sus derechos fundamentales.

### DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Protección constitucional especial

Tanto el código sustantivo del trabajo como la jurisprudencia desarrollan la estabilidad laboral reforzada por estado de gravidez o lactancia en la mujer trabajadora, junto con los beneficios de ser padres en el desarrollo de un contrato laboral. Esta Sala considera necesario señalar que a partir del momento en que se da el fenómeno natural de la concepción durante cualquier relación laboral, sin importar la vinculación, nace el fuero por maternidad. En esa medida, dicha protección se debe desarrollar en pro del amparo de la madre trabajadora y del niño que está por nacer, tal y como lo señala la Constitución.

### LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago por tutela cuando afecta el mínimo vital de la madre y su hijo

Esta Corporación también ha reconocido que es la acción de tutela el medio de defensa idóneo para reclamar el pago de la licencia por maternidad cuando se evidencien dos aspectos relevantes: primero, que la acción se interponga dentro del año siguiente al nacimiento, es decir, cumpliendo con el principio de inmediatez; y segundo, que se compruebe por cualquier medio la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo. Así mismo, la Corte ha establecido que la licencia por maternidad hace parte del mínimo vital y su no pago ocasiona un grave detrimento al derecho a la vida y la dignidad humana de la madre y el bebé.

### LICENCIA DE MATERNIDAD-Evolución jurisprudencial en relación con el pago completo o proporcional según las semanas cotizadas durante el periodo de gestación

En los casos en los que las madres gestantes, por las razones que fueren, no pudieren cotizar

ininterrumpidamente durante todo el periodo de gestación, dicha protección deberá reconocerse con el pago total de la licencia por maternidad cuando el tiempo dejado de cotizar sea menor a 10 semanas, o con el pago proporcional a lo cotizado cuando se supera este plazo.

#### CONTRATO DE APRENDIZAJE-Concepto/CONTRATO DE APRENDIZAJE-Naturaleza

El concepto de “contrato de aprendizaje” ha sido aceptado en casi todo el mundo en forma unánime, bajo otras denominaciones tales como “contrato de adiestramiento”, “contrato de iniciación profesional” y “contrato de formación profesional”. No obstante lo anterior, el contrato de aprendizaje no siempre ha tenido el mismo contenido, aún cuando su finalidad ha sido el conocimiento de un arte u oficio, durante su regulación y desarrollo han surgido bastantes cambios. Esta Corporación se ha pronunciado en varias ocasiones respecto de la naturaleza y características del contrato de aprendizaje luego de la reforma introducida por la Ley 789 de 2002. Por primera vez se efectuó en la Sentencia C-038 de 2004 donde se determinó que a pesar de haberse transformado la naturaleza jurídica del contrato de trabajo, eliminando expresamente su connotación laboral, no por ello dicha modificación del legislador se convertía necesariamente en inconstitucional, pues se ajustaba a la finalidad de dicho contrato con sujeción al principio de primacía de la realidad.

#### DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA EN CONTRATO DE APRENDIZAJE-Alcance

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Orden a Comcel para renovar contrato de aprendizaje, cancelación de las cuotas de apoyo de sostenimiento y pago de las cotizaciones a salud

LICENCIA DE MATERNIDAD-Orden a Coomeva para cancelar la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo cotizado

Referencia: expediente T-2851009

Acción de tutela interpuesta por Rebeca Sánchez Ospina contra COOMEVA E.P.S. y COMCEL S.A.

Magistrado Ponente:

JORGE IVAN PALACIO PALACIO.

Bogotá, D.C., catorce (14) de marzo de dos mil once (2011).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, quien la preside, Nilson Pinilla Pinilla y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, y en los artículos 33 y concordantes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

## SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Quince Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, dentro de la acción de tutela instaurada por Rebeca Sánchez Ospina contra COOMEVA E.P.S.

### I. ANTECEDENTES.

Mediante escrito presentado el 26 de febrero de 2010 por Rebeca Sánchez Ospina, solicita el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la protección de la niñez, presuntamente vulnerados por la EPS accionada. Como sustento de la solicitud expone los siguientes

#### 1. Hechos

1.1. Indica que laboró en la empresa COMCEL S.A., bajo la modalidad de “contrato de aprendizaje”, desde el 1º de septiembre de 2008 hasta el 3 de mayo de 2009. Tiempo en el cual la empresa efectuó las respectivas cotizaciones al sistema de seguridad social.

1.2. Señala que mientras prestó sus servicios a COMCEL S.A., quedó en estado de embarazo, trabajando así por espacio de seis (6) meses.

1.3. Menciona que a través de un derecho de petición reclamó a COOMEVA E.P.S. el pago de la licencia por maternidad proporcional al tiempo laborado en COMCEL S.A., el cual fue resuelto en forma desfavorable.

1.4. Asevera que en la actualidad no tiene empleo y no cuenta con el apoyo económico del padre de su hija.

En orden a lo anterior, solicita le sean amparados sus derechos fundamentales al mínimo vital y la protección a la niñez, y en consecuencia se ordene a la E.P.S. cancelar la licencia por maternidad en forma proporcional al tiempo cotizado.

2. Trámite previo a las decisiones de instancia objeto de revisión

2.1. Contestación de COOMEVA E.P.S.: El representante legal de COOMEVA E.P.S solicitó dar por terminado el trámite de la acción de tutela, eximiendo a la EPS de toda responsabilidad, toda vez que ha actuado bajo el más estricto cumplimiento de las normas vigentes de Seguridad Social en Salud, remitiéndose al artículo 3 del Decreto 047 de 2000, el cual establece:

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

(...)

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

2. (...)

Igualmente, indicó que la responsabilidad del pago de la referida prestación económica recae sobre el empleador, quien a su parecer no debió retirarla durante el tiempo de gestación por estar incurso la usuaria en un período de especial protección, como lo es el estado de gravidez. Razón por la cual considera que se debe integrar como litisconsorte necesario a COMCEL S.A.

2.2. Primera decisión tomada por el Juzgado Quince Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín.

Mediante sentencia proferida el 15 de marzo de 2010, resolvió tutelar los derechos fundamentales de la accionante y su hija al mínimo vital, seguridad social, vida digna y derechos de los menores.

En consecuencia, ordenó a la EPS. el pago de la licencia por maternidad de manera proporcional al tiempo cotizado.

2.3. Impugnación presentada por COOMEVA E.P.S.

COOMEVA E.P.S. impugnó la decisión, argumentando que (i) actuaron dentro de la normatividad relacionada con la licencia por maternidad; (ii) que el directamente responsable por la falta de cotizaciones al sistema es el empleador (COMCEL S.A.); y (iii) que no es procedente el pago proporcional, en la medida en que éste solo es viable para las madres cotizantes en calidad de independientes.

Por último solicitó que de concederse dicho pago se debe autorizar el recobro al FOSYGA.

2.4. Nulidad del trámite previo a las decisiones objeto de revisión.

La acción de tutela fue remitida al Juzgado Quince Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la ciudad de Medellín, quien indica que es necesario vincular al empleador de la accionante (COMCEL S.A.), declarando la nulidad del proceso, remitiéndolo al Juzgado Quince Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín.

2.5. Vinculación de COMCEL S.A.

El representante legal de COMCEL S.A., manifestó que entre la Empresa y la accionante no existió un contrato laboral sino un contrato de aprendizaje, vigente desde el 1 de septiembre de 2008 hasta el 3 de mayo de 2009.

Expresó que la petente fue afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud de manera oportuna a través de COOMEVA E.P.S. durante el tiempo en que se estuvo ejecutando el contrato de aprendizaje, por tanto, el único responsable por las prestaciones derivadas del

estado de maternidad de la accionante es COOMEVA E.P.S.

Aduce que a COMCEL S.A. nunca se le informó sobre el estado de embarazo de la señora Rebeca Sánchez Ospina.

Solicita que a COMCEL S.A. se le exonere de responsabilidad frente a la acción impetrada por la accionante en razón a que en ningún momento vulneró sus derechos.

### 3. Decisiones Judiciales Objeto de Revisión

#### 3.1. Primera Instancia

El Juzgado Quince Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, mediante sentencia proferida el 10 de mayo de 2010:

i. Reconoció el amparo constitucional de los derechos fundamentales de la petente de manera transitoria, advirtiéndole que tiene 4 meses desde la notificación del fallo para ejercer la acción ordinaria laboral.

i. Ordenó a COMCEL S.A.: 1) la renovación del contrato de aprendizaje de la accionante en términos no menos favorables de los suscritos con ella el 01 de Septiembre de 2008; 2) la cancelación de los salarios, prestaciones sociales y demás conceptos dejados de percibir por la accionante con ocasión de su despido injustificado; 3) la realización de los aportes correspondientes al Sistema de Seguridad Social en Salud, a partir de la renovación del contrato de aprendizaje y los dejados de consignar desde la decisión de no renovar el contrato.

#### \* Impugnación

Inconformes con la decisión, tanto COMCEL S.A. como la señora Rebeca Ospina Sánchez presentan escritos de impugnación.

Impugnación presentada por COMCEL S.A.

Expresa que entre la empresa y la accionante solamente existió un contrato de aprendizaje. Cita la Sentencia C-254 de 19951 para argumentar la diferencia en la naturaleza del contrato de aprendizaje y el contrato de trabajo.

Menciona el concepto número 08745 del 24 de marzo de 2004, emitido por el SENA, según el cual una vez hubiese finalizado el término de duración del contrato, a pesar de que la aprendiz se encuentre en estado de gravidez, y siempre y cuando no haya dado a luz, cesan todas las obligaciones del empleador.

Precisa que existe una incongruencia entre lo solicitado por la accionante (licencia por maternidad) y lo concedido por el juez de instancia (condena a COMCEL S.A. por renovación del contrato de aprendizaje). Por tanto, alega una vulneración al derecho de defensa.

Señala que no existe un perjuicio irremediable para la actora en razón a que ha transcurrido más de un año desde la fecha de la terminación del contrato de aprendizaje de la accionante y la interposición de la demanda, pudiendo acudir a la jurisdicción ordinaria para sus pretensiones.

Finalmente llama la atención del a quo, recordándole que no se pronunció acerca de la responsabilidad que le asiste a COOMEVA E.P.S. respecto del pago de la licencia por maternidad.

Impugnación presentada por la señora Rebeca Sánchez Ospina

Manifestó que fue reintegrada a su trabajo por parte de la empresa COMCEL S.A. a partir del 14 de mayo de 2010.

Expresó que a pesar de haber sido reintegrada a la empresa accionada, impugna la decisión en razón a que no se dio un pronunciamiento frente a su derecho a la licencia por maternidad, al igual que respecto de los aportes a la seguridad social.

Lo anterior debido a que “una de las consecuencias de ordenarse el reintegro, es que el legislador presume que nunca hubo terminación del contrato, por lo que las cotizaciones al sistema de seguridad social se deben efectuar desde el mismo momento en que finalizó sin

justa causa el contrato, hasta el momento de su reintegro, que en nuestro caso sería desde el 03 de mayo de 2009 hasta el 14 de mayo de 2010, fecha en que fui reintegrada”<sup>2</sup>.

“Una vez efectuadas dichas cotizaciones, la EPS de COOMEVA tiene la obligación de pagar en un 100% el valor de la licencia por maternidad.”

“En caso de no admitirse el pago de los aportes en los términos indicados, subsidiariamente se deberá ordenar el pago proporcional de la licencia por maternidad, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional y como se indicó en la acción interpuesta.”

### 3.2. Segunda instancia

El Juzgado Quince Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, mediante proveído del 20 de septiembre de 2010, revocó la decisión argumentando que no se cumple con el requisito de inmediatez en razón a que desde el momento de la desvinculación hasta la interposición de la acción de tutela ha transcurrido más de un año.

Adicionalmente expuso que, según el concepto del SENA, por ser un contrato de aprendizaje y por el hecho de que la petente estuvo embarazada sin haber dado a luz durante ese tiempo, no constituye una obligación para el empleador el principio de estabilidad laboral reforzada en mujer embarazada y, por tanto, una vez culminado el término del contrato no hay lugar a la renovación.

Sin embargo, ampara los derechos a la seguridad social y a la estabilidad reforzada<sup>3</sup> de las mujeres embarazadas, ordenando a COOMEVA E.P.S. el reconocimiento y pago proporcional de la licencia por maternidad<sup>4</sup>.

### 4. Pruebas relevantes que obran dentro del expediente.

Con el expediente se allegaron las siguientes pruebas:

\* Registro civil de nacimiento de la menor Valeria Garzón Sánchez (hija de la accionante) en el que se constata que el alumbramiento tuvo lugar el 26 de agosto de 2009.(folio 6)

- \* Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora Rebeca Sánchez Ospina.(folio 7)
  
- \* Certificación emitida por COOMEVA E.P.S. dada a la señora Rebeca Sánchez Ospina, donde aparece como desvinculada a partir del 3 de junio de 2009.(folio 23)
  
- \* Certificación emitida por COOMEVA E.P.S. en la que aparecen las cotizaciones realizadas por Comunicación Celular S.A. hasta el 8 de junio de 2009.(folio 24)
  
- \* Contrato de aprendizaje suscrito entre la señora Rebeca Sánchez Ospina y COMCEL S.A. del 1 de septiembre de 2008 hasta el 3 de mayo de 2009, con un horario de trabajo de lunes a viernes de 8 a.m. a 5:00 p.m. con una hora de almuerzo. (folio 86)
  
- \* Comprobantes de pago de la señora Rebeca Sánchez Ospina emitidos por COMCEL S.A. por concepto de apoyo de sostenimiento de los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2008, enero, febrero, marzo abril, mayo y junio de 2009 por un valor de \$373.000. (folios del 89 al 98)
  
- \* Oficio enviado por COMCEL S.A. el 27 de abril de 2009, informándole a la accionante que su contrato finaliza el 3 de mayo de esa misma anualidad.(folio 99)
  
- \* Declaración rendida por la señora Rebeca Sánchez Ospina el 10 de mayo de 2010 en el Juzgado Quince Penal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, en la cual informó el tipo de actividad que desempeñaba, su horario laboral, la duración del contrato, el salario percibido y el hecho de haber informado a la jefe de gestión humana y al supervisor sobre su estado de embarazo. Igualmente expresó que en la actualidad vive con su mamá, su

hermana y su hija y que quien se hace cargo de los gastos en la casa es su madre por cuanto viven en arriendo y no tiene trabajo. (folio 100)

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

### 1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. Problema jurídico.

De acuerdo con los antecedentes planteados, corresponde a la Sala determinar:

1. Si la negativa de una EPS a efectuar el pago de la licencia por maternidad, argumentando no encontrar acreditado el requisito de la cotización ininterrumpida durante todo el periodo de gestación, vulnera los derechos fundamentales de una mujer trabajadora y su hijo?

1. Si se vulnera el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de una mujer embarazada que es desvinculada de una empresa patrocinadora al terminar el respectivo contrato de aprendizaje?

Para resolver los anteriores problemas jurídicos la Sala considera pertinente desarrollar los siguientes aspectos: (i) procedencia excepcional de la acción de tutela contra particulares (ii) la especial protección constitucional de la mujer en estado de embarazo; (iii) la procedencia de la acción de tutela para reclamar la protección a la maternidad, el pago de licencias por maternidad y la exclusión de la aplicación del periodo mínimo de cotización durante la gestación como mecanismo de protección constitucional; (iv) el alcance de la estabilidad laboral reforzada a la mujer en estado de embarazo en el contrato de aprendizaje; por último, (v) se procederá a revisar el caso concreto para determinar si se debe conceder o no la protección invocada.

### 3. Procedencia de la tutela contra particulares.

La Constitución Política de Colombia en su artículo 86 contempló la procedencia de la acción de tutela contra particulares, siempre y cuando se esté bajo alguno de los siguientes presupuestos: que se trate de “particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.” 5

A su turno, el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 consagra la procedencia de la acción de tutela contra particulares como mecanismo judicial excepcional, en aquellos casos en los que se evidencie un estado de subordinación o indefensión del actor frente a la parte demandada que presuntamente ha vulnerado o amenazado sus derechos fundamentales.6

En el asunto bajo examen, la acción de tutela por este aspecto, es procedente frente a los accionados debido a que la tutelante se encuentra en estado de subordinación, respecto de la empresa COMCEL S.A. al estar vinculada por contrato de aprendizaje y del mismo modo procede contra la EPS COOMEVA por ser un particular autorizado para prestar el servicio público de salud a cargo del Estado.

Así las cosas, se procederá a continuación con el estudio de fondo del presente asunto.

### 4. Protección constitucional especial de la mujer trabajadora en estado de embarazo. Reiteración de jurisprudencia7

4.1. El artículo 53 de la Carta comprende múltiples principios relativos a la orientación de las relaciones laborales. Dentro de dichos principios se encuentra la estabilidad laboral en el empleo, que a su vez se proyecta como una garantía del Estado Social de Derecho.

4.2. Dicha estabilidad laboral tiene además un carácter reforzado en las mujeres trabajadoras que se encuentran en estado de gravidez o lactancia, en la medida en que deben gozar de una protección especial que garantice su permanencia en el empleo, para así poder obtener los correspondientes beneficios tales como salarios y prestaciones, de manera que se proteja a la madre trabajadora y al niño que está por nacer o que tiene escasos días o meses de vida.

Lo anterior, sin importar si se está o no en contra de la voluntad del empleador, ya que el

mero hecho de estar embarazada o en fuero de maternidad no se convierte en una justa causa de despido. De este modo, la simple terminación del contrato no constituye excusa válida para no renovar o retirar de la actividad laboral a la trabajadora en dicha situación<sup>8</sup>.

4.3. La protección reforzada a las mujeres trabajadoras en embarazo o lactancia también se ha desarrollado en innumerables instrumentos internacionales cuya fuerza vinculante dentro del ordenamiento jurídico colombiano constituye criterio auxiliar de interpretación de los derechos constitucionales. Sobre ello, en la Sentencia C-470 de 1997 esta Corporación enfatizó en el desarrollo dado por los instrumentos internacionales de la siguiente manera:

“Por no citar sino algunos ejemplos, la Corte destaca que la Declaración Universal de derechos Humanos, en el artículo 25, señala que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”. Por su parte, el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968, establece que “se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto.” Igualmente, el artículo 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, expedida en Nueva York, el 18 de diciembre de 1979, por la Asamblea General de la ONU, y aprobada por la ley 51 de 1981, establece que es obligación de los Estados adoptar “todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo” a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres, “el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano”. Por su parte, el Convenio 111 de la OIT prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación, entre otros motivos por el de sexo. Pero es más; desde principios de siglo, la OIT promulgó regulaciones específicas para amparar a la mujer embarazada. Así, el Convenio No 3, que entró en vigor el 13 de junio de 1921 y fue aprobado por Colombia por la Ley 129 de 1931”.

4.4. Ahora bien, entrando al marco legal colombiano, se observa que tanto el código sustantivo del trabajo como la jurisprudencia desarrollan la estabilidad laboral reforzada por estado de gravidez o lactancia en la mujer trabajadora, junto con los beneficios de ser padres en el desarrollo de un contrato laboral. Se destacan, entre otras, las siguientes reglas<sup>9</sup>:

Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho al pago de una licencia por maternidad de 12 semanas, equivalentes a 84 días, remuneradas con el salario que

devengue al entrar a disfrutar del descanso durante la época del parto<sup>10</sup>.

1. Sin importar el tipo de vinculación laboral, y siempre que no haya otra circunstancia que justificadamente autorice el despido, se proporcionará la protección a las mujeres trabajadoras durante el embarazo y el periodo de lactancia de los 3 meses posteriores al parto.

1. Todos los efectos de la licencia por maternidad de la trabajadora que sea madre biológica se harán extensivos en los mismos términos y en cuanto fuere procedente para la madre adoptante de menor de edad, asimilando la fecha del parto con la fecha de entrega oficial del menor que se adopta. En igual sentido, la licencia se extenderá al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente. Estos beneficios no excluyen al trabajador o trabajadora pública<sup>11</sup>.

1. Los padres (hombres), tendrán derecho al pago de 8 días hábiles de licencia remunerada, (i) incompatible con la licencia otorgada por calamidad doméstica, (ii) que se podrá solicitar en los 30 días posteriores al parto, (iii) cuyo pago estará a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá al hombre simplemente el pago de las cotizaciones de las semanas correspondientes al periodo de gestación y en los términos que se reconoce la licencia de maternidad.

1. En caso de aborto o parto prematuro no viable, la trabajadora tendrá derecho al pago de descanso remunerado, siempre y cuando allegue al empleador los soportes pertinentes.

1. Durante los seis meses posteriores al parto el empleador estará en la obligación de conceder dos descansos de 30 minutos cada uno, dentro de la jornada laboral, para

amamantar a su hijo, sin que por ello se efectúe descuento alguno.

1. La prohibición de despedir a la trabajadora comprende el periodo de lactancia (es decir los tres meses posteriores al alumbramiento).

4.5. Igualmente se ha establecido el modo en que deben proceder los empleadores sin importar el tipo de contrato:

(i). Prohibición de despedir trabajadoras por motivo de embarazo o lactancia (Art. 239 CST). Subrogado por el artículo 35 de la ley 50 de 1990. Este artículo establece que ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. En tal razón, se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del periodo de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, sin mediar autorización de la autoridad competente en materia laboral.<sup>12</sup>

(ii). Se debe solicitar permiso previamente para despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto<sup>13</sup> y los despidos que se comuniquen durante tales periodos de protección carecen totalmente de efectos y se entiende nulo (Art. 240).<sup>14</sup>

(iii). Otro de los requisitos que la Corte había sostenido como necesario para proteger a la trabajadora gestante, consistía en que el empleador debía conocer su estado de embarazo, situación que debía ser notificada de manera oportuna. Sin embargo, dicho requisito no es exigido cuando el estado de embarazo es evidente o notorio o bien cuando “la trabajadora se vio obligada a ausentarse temporalmente de sus labores por motivo del embarazo y presentó a su empleador una certificación médica sobre incapacidad donde claramente se señala el estado de gravidez como la causa de la incapacidad.”<sup>15</sup>

La Corte precisa, además, que si bien en una época fue exigible el requisito relacionado con la notificación formal del estado de embarazo al empleador, dicho requerimiento no es imperativo cuando el avanzado estado de gestación de la mujer constituye un hecho notorio, o cuando la trabajadora por complicaciones en el proceso de gestación se ve obligada a ausentarse temporalmente de sus labores por motivo del embarazo y presentó a su empleador una certificación médica sobre incapacidad donde señala el estado de gravidez como la causa de la incapacidad.<sup>16</sup>

Así mismo, recientemente se ha avanzado en el sentido de excluir dicha verificación, al punto que este requerimiento, como quedó plasmado en la Sentencia T-095 de 2008, no puede interpretarse de forma restrictiva. Dijo entonces la Corte:

“esta exigencia deriva en que el amparo que la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos ordenan conferir a la mujer trabajadora en estado de gravidez con frecuencia únicamente se otorga cuando se ha constatado que la mujer ha sido despedida por causa o con ocasión del embarazo.

“Lo anterior ha llevado a situaciones de desprotección pues se convierte en un asunto probatorio de difícil superación determinar si el embarazo fue o no conocido por el empleador antes de la terminación del contrato, lo que se presta a abusos y termina por colocar a las mujeres en una situación grave de indefensión.<sup>17</sup>” Negrilla por fuera del texto original

Lo anterior conlleva a establecer (i) que en materia probatoria lo que se debe valorar no es la notificación al empleador sino la existencia de una causa objetiva para la terminación del vínculo laboral (situación que debe ser avalada por la autoridad de trabajo competente<sup>18</sup>) y (ii) que durante el contrato de trabajo la mujer haya quedado en estado de embarazo (situación que activa el fuero de maternidad).

4.6. Esta Sala considera necesario señalar que a partir del momento en que se da el fenómeno natural de la concepción durante cualquier relación laboral, sin importar la vinculación, nace el fuero por maternidad. En esa medida, dicha protección se debe desarrollar en pro del amparo de la madre trabajadora y del niño que está por nacer, tal y como lo señala la Constitución.

5. Procedencia de la acción de tutela para reclamar la protección a la maternidad y el pago de licencias por maternidad en los eventos en que se excluye la aplicación del periodo mínimo de cotización como mecanismo de protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia.<sup>19</sup>

Para determinar si el amparo a dichos derechos debe ser denegado o concedido en la acción de tutela, es necesario que se encuentren acreditados los siguientes presupuestos:

i. Que la no renovación del contrato haya tenido lugar durante la época en que está vigente el “fuero de maternidad”, esto es, durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto;

i. Que la no renovación del contrato sea una consecuencia del embarazo; por ende que el despido no esté directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique (justa causa);

ii. Que no medie autorización del inspector respectivo, si se trata de trabajadora oficial o privada, o que no se presente resolución motivada por parte del jefe del respectivo organismo, si se trata de empleada pública; y

i. Que la no renovación del contrato amenace el mínimo vital de la actora y/o del hijo que está por nacer.

5.2. En la misma dirección, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado que las controversias relacionadas con derechos prestacionales deben, en principio, resolverse a través de los mecanismos de defensa ordinarios. Sin embargo, ha señalado que en los casos en que la falta de reconocimiento de un derecho de dicho carácter que ponga en riesgo un derecho fundamental, es procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio o definitivo para evitar un perjuicio irremediable. 20

Por ello, esta Corporación también ha reconocido que es la acción de tutela el medio de defensa idóneo para reclamar el pago de la licencia por maternidad cuando se evidencien dos aspectos relevantes<sup>21</sup>: primero, que la acción se interponga dentro del año siguiente al nacimiento, es decir, cumpliendo con el principio de inmediatez<sup>22</sup>; y segundo, que se compruebe por cualquier medio la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo.

Así mismo, la Corte ha establecido que la licencia por maternidad hace parte del mínimo vital y su no pago ocasiona un grave detrimento al derecho a la vida y la dignidad humana de la madre y el bebé. Al respecto la Sentencia T-136 de 2008 desarrolló la aplicación de la presunción en comento y reiteró lo siguiente:

“[L]a accionante que reclama el pago de la licencia de maternidad posee la carga de aportar las pruebas que permitan evidenciar que existe la vulneración al derecho al mínimo vital, con el objeto de presentar al juez su situación económica y la afectación de la misma. Sin embargo, para no hacer dicha carga gravosa para la peticionaria, el solo hecho de afirmar que existe vulneración del mínimo vital es una presunción a la que debe aplicarse el principio de veracidad. Adicionalmente, en ciertos casos, el juez constitucional en procura de resguardar los derechos de los niños [o de las niñas] y de las madres gestantes puede presumir la vulneración del derecho cuando quien solicita la prestación económica es una persona de escasos recursos” y cuyo salario devengado no supera los dos mínimos. 23

5.3. El legislador ha establecido varios requisitos<sup>24</sup> que deben ser cumplidos para realizar el respectivo pago de la licencia por maternidad. Sin embargo, por la precariedad económica y situaciones adversas del mismo contexto social por el que atraviesa el país, muchas madres cabeza de familia ven gravemente afectado su mínimo vital y acuden a solicitar el reconocimiento del pago de la licencia por maternidad que en la mayoría de las situaciones les es negada por la Entidad Prestadora del Servicio de Salud, bajo los lineamientos precitados.

Por tal razón, la Corte se ha visto avocada a amparar dicha solicitud atendiendo a que si bien existen algunos requisitos impuestos por el legislador, éstos en ciertos casos no pueden ser aplicados de manera tan estricta, en la medida en que podrían vulnerar derechos fundamentales de la madre y en consecuencia de su hijo<sup>25</sup>.

En observancia de lo anterior, la Corte se ha pronunciado respecto a la flexibilización de algunos de los requisitos establecidos por el legislador, como es el caso de exclusión en la aplicación del periodo mínimo de cotización. Al respecto es pertinente recordar que esta Corporación en la Sentencia T-1223 de 2008 señaló:

“En las diferentes salas de tutela de la Corte Constitucional se ha venido aplicando, una regla para definir si el pago de la licencia de maternidad ordenado debe ser total o debe ser proporcional al número de semanas cotizadas, dependiendo de cuánto tiempo fue dejado de cotizar: si faltaron por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos dos meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa, si faltaron por cotizar mas de dos meses del período de gestación se ordena el pago de la

licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó.

Ninguna de estas reglas ha estado acompañada de una argumentación que exponga las razones para adoptar una u otra convención. Esta diferencia es relevante porque de ella depende el pago completo o el pago proporcional de la licencia de maternidad. Tampoco se puede deducir qué criterios respaldan estas reglas ya que por una parte, los meses de gestación se encuentran conformados por 4 semanas de 7 días, es decir por 28 días, mientras que los meses de cotización al SGSSS se encuentra conformados por 30 días, es decir por 4.3 semanas de 7 días. Esta discrepancia en la manera de contar los meses de gestación y la manera de contar los meses de cotización genera una desventaja para las mujeres ya que nueve meses de gestación corresponden a menos días que nueve meses de cotización, según lo visto antes.

En la presente sentencia se aplicará la interpretación más amplia de los dos meses, a partir de los cuales procede el pago proporcional, es decir, aquella que entiende que dos meses corresponden a 10 semanas. Esta decisión se adopta con base en el principio pro homine, según el cual debe acogerse aquella decisión que en mayor grado proteja los derechos, en este caso, los derechos de las mujeres y de los menores afectados por el no pago de la licencia de maternidad.”

5.3. En conclusión, en los casos en los que las madres gestantes, por las razones que fueren, no pudieren cotizar ininterrumpidamente durante todo el periodo de gestación<sup>26</sup>, dicha protección deberá reconocerse con el pago total de la licencia por maternidad cuando el tiempo dejado de cotizar sea menor a 10 semanas, o con el pago proporcional a lo cotizado cuando se supera este plazo.<sup>27</sup>

6. El alcance de la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo durante el contrato de aprendizaje.

6.1. Con la expedición del Código de Napoleón se denominó a la prestación de un servicio personal subordinado con el término “arrendamiento de servicios” y solamente se viene a utilizar el término “contrato de trabajo” por primera vez el 10 de marzo de 1900 con la expedición de la Ley Belga; denominación que a pesar de la reticencia de algunos tratadistas como Planiol y Ripert fue de gran acogida por la doctrina y las leyes de todos los países para convertirse en una expresión universal.

En principio el ordenamiento colombiano dirimía todas las controversias surgidas en relación al trabajo humano mediante preceptos de carácter civil y comercial; solo a partir de la ley 10 de 1934 y su Decreto Reglamentario 652 de 1935 se inició la utilización del término “contrato de trabajo”.

Posteriormente con la expedición de la ley 6ª de 1945, se definieron en forma sistemática las relaciones laborales tanto en el sector público como en el privado. Sin embargo, en razón a las diferentes clases de trabajo y relaciones de dependencia laboral surgieron regulaciones especiales relativas a contratos que se apartan de las normas comunes de la legislación general, debido al carácter peculiar de los sujetos y la naturaleza de la prestación dándose origen al “Contrato de aprendizaje”.

El concepto de “contrato de aprendizaje” ha sido aceptado en casi todo el mundo en forma unánime, bajo otras denominaciones tales como “contrato de adiestramiento”, “contrato de iniciación profesional” y “contrato de formación profesional”. No obstante lo anterior, el contrato de aprendizaje no siempre ha tenido el mismo contenido, aún cuando su finalidad ha sido el conocimiento de un arte u oficio, durante su regulación y desarrollo han surgido bastantes cambios<sup>28</sup>.

El contrato de aprendizaje figuró en un texto legislativo por primera vez en el artículo 81 del Código Sustantivo del Trabajo que entró en vigencia a partir de 1950 (Decreto 2663 y 3743 de 1959 adoptados por la Ley 141 de 1961) y posteriormente fue modificado por las disposiciones de la Ley 188 de 1959.

Actualmente el contrato de aprendizaje se rige por la Ley 789 de 2002<sup>29</sup> “Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo” y el Decreto 933 de 2003<sup>30</sup>, definen el Contrato de aprendizaje como una modalidad especial de vinculación dentro del derecho laboral con tres características básicas a saber:

1. Mediante el contrato de aprendizaje una persona natural desarrolla su formación teórico-práctica en una entidad autorizada, con el auspicio de una empresa patrocinadora que proporciona los medios para adquirir la formación profesional metódica y completa requerida

en el oficio, actividad u ocupación dentro del manejo administrativo, operativo comercial o financiero propios del giro ordinario de las actividades del patrocinador.

1. El término de duración de dicha vinculación no puede exceder los 2 años.

1. Durante la vinculación, el aprendiz recibirá un apoyo de sostenimiento mensual, el cual en ningún caso constituye salario.

Del mismo modo, se establecen múltiples elementos particulares y especiales propios de esta relación de aprendizaje, que se enumeran a continuación:

1. Su finalidad consiste en facilitar la formación en las ocupaciones propias de la empresa patrocinadora.

1. La subordinación está referida exclusivamente a las actividades propias del aprendizaje.

1. La formación se recibe a título personal.

1. El apoyo de sostenimiento mensual tiene como fin garantizar el proceso de aprendizaje.

Durante la fase práctica el aprendiz estará afiliado en riesgos profesionales por la ARP que cubre la empresa; y en materia de salud, durante las etapas lectiva y práctica, el aprendiz deberá ser cubierto por el sistema de seguridad social en salud, conforme al régimen de trabajadores independientes, y pagado plenamente por la empresa patrocinadora cotizando sobre el 100% del salario mínimo mensual vigente. Debe recordarse que el apoyo de sostenimiento es de solamente el 50% de un salario mínimo mensual legal vigente durante el periodo lectivo, del 75% durante el práctico, y del 100% del salario mínimo cuando la tasa de

desempleo en el país sea menor al 10%.

6.2. Esta Corporación se ha pronunciado en varias ocasiones respecto de la naturaleza y características del contrato de aprendizaje luego de la reforma introducida por la Ley 789 de 2002. Por primera vez se efectuó en la Sentencia C-038 de 2004 donde se determinó que a pesar de haberse transformado la naturaleza jurídica del contrato de trabajo, eliminando expresamente su connotación laboral, no por ello dicha modificación del legislador se convertía necesariamente en inconstitucional, pues se ajustaba a la finalidad de dicho contrato con sujeción al principio de primacía de la realidad. Al respecto, esta Corporación manifestó:

“Entra la Corte por último a examinar el problema del contrato de aprendizaje, frente al cual el actor plantea dos objeciones básicas, fuera del cargo ya analizado de que ésta implica un retroceso en la protección de los derechos sociales. De un lado, considera que esta regulación desconoce el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades (CP art 53) pues permite encubrir relaciones de trabajo bajo la apariencia de contratos de aprendizaje, a los cuales el artículo 30 acusado les elimina la naturaleza de contrato de trabajo.

La Corte no comparte ninguna de las dos objeciones señaladas por el actor. Así, el contrato de aprendizaje tiene múltiples especificidades frente a un contrato de trabajo ordinario, puesto que su finalidad no es exclusivamente que el aprendiz preste un servicio personal al empleador, como sucede en la relación de trabajo ordinaria, ya que tiene otros elementos que le son característicos: así, estos contratos de aprendizaje buscan ante todo capacitar al aprendiz en un oficio determinado y facilitar su inserción en el mundo del trabajo. Estas finalidades del contrato de aprendizaje tienen claro sustento constitucional, pues no sólo es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran sino que además el Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar (CP art. 54). Por consiguiente, debido a esas finalidades, el contrato de aprendizaje no sólo tiene sustento constitucional sino que además puede ser distinguido de un contrato de trabajo ordinario, que carece de esos propósitos.”

Del mismo modo, la Corte precisó que si bien en principio las medidas adoptadas en la reforma laboral<sup>31</sup> tales como el hecho de cambiar la naturaleza del contrato de aprendizaje,

representan un retroceso en los beneficios logrados por los trabajadores a través de la historia, éstas tienen un fin proporcional y adecuado por cuanto se busca aminorar la tasa de desempleo en el país.

“El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social.”

Igualmente, fundamenta el cambio de naturaleza del contrato de aprendizaje en la necesidad de fomentar el empleo en toda la nación favoreciendo a la población joven:

“35- La modificación de la naturaleza y características del contrato de aprendizaje no estaba desarrollada en el proyecto originario presentado por el Gobierno, en donde, sobre ese tema, únicamente se solicitaban unas facultades extraordinarias para que el Gobierno regulara la organización, el funcionamiento, las características, la naturaleza y los efectos del contrato de aprendizaje<sup>32</sup>. Sin embargo, el Congreso rechazó la concesión de las facultades extraordinarias y entró a regular directamente el asunto, por lo que, la ponencia para primer debate en sesiones conjuntas de ambas cámaras estudió detalladamente el problema de la naturaleza y características del contrato de aprendizaje, y la necesidad de reformar su régimen jurídico, a fin de fomentar el empleo<sup>33</sup>. La tesis esencial sostenida por la ponencia es que, teniendo en cuenta que el desempleo golpea especialmente a la población joven, son necesarios mecanismos expeditos para la generación de empleo de dicha población, que sean además instrumentos que “permitan a su vez atender la formación escolar superior, técnica o profesional con práctica empresarial”, para lo cual “se deben consagrar como contratos especiales, sin naturaleza laboral y bajo ciertos lineamientos, replanteando para tal

efecto el entendimiento del contrato de aprendizaje como ha venido siendo concebido”. La ponencia explicó entonces esa tesis en los siguientes términos:

“No puede desconocerse que la forma como se ha caracterizado al contrato de aprendizaje hasta el momento ha desnaturalizado su finalidad, convirtiéndose en una carga que no responde a los requerimientos empresariales contemporáneos, y que se cumple como una obligación para evitar costosas multas y no como una herramienta útil que agrega valor a las empresas. Este es un punto fundamental en el desarrollo de este instrumento.

Por ello, es de la mayor importancia rescatar el verdadero sentido de la figura, que en su concepción teleológica no puede ser otro que el de propiciar que coetáneamente se acceda a la formación educativa y se mejoren las condiciones de competitividad y desempeño de las empresas, mediante la ocupación de personal calificado en oficios propios de la actividad económica realizada.

El elemento diferenciador de éste tipo de contrato, que es el que verdaderamente justifica la asunción de la capacitación por parte de las empresas, debe consistir en estímulos e incentivos para su celebración, en lugar de erigirse en una camisa de fuerza, como precisamente se concibe en otras legislaciones que de manera expresa consagran su carácter no laboral.”

Y finalmente planteó como medida de control rigurosa, la revisión dentro de un término de dos años instituidos en la misma reforma laboral, en que un Comité Especial de seguimiento, verificaría si en realidad dicha medida surtió el efecto esperado. Al respecto la Corte Constitucional expresó:

Algunos podrían entonces objetar que esa modestia de los resultados de las medidas podría implicar una afectación desproporcionada de los derechos de los trabajadores ya empleados, pues algunas de sus garantías se ven reducidas, sin que los resultados en términos de aumento del empleo sean claramente positivos. Sin embargo, una estrategia de combate al desempleo, fundada en una determinada concepción económica, puede tomar algún tiempo en comenzar a rendir plenamente sus frutos. Y precisamente, en el presente caso, el propio Legislador fue consciente de la necesidad de evaluar, luego de un tiempo razonable, la eficacia de las medidas. La ley 789 de 2002 fijó un término para que las medidas empiecen a producir sus efectos. Así, como fruto de las preocupaciones que se dieron en los debates en

torno a la eficacia real de las medidas adoptadas, los artículos 45 y 46 de la ley establecieron una “Comisión de Seguimiento y Verificación de las políticas de Generación de Empleo”, conformada por dos Senadores, dos Representantes, el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, el Director del Departamento Nacional de Planeación o su delegado, el Director del DANE o su delegado y un representante de los trabajadores elegido por las centrales obreras y un delegado de los empleadores. Esa comisión deberá, después de dos años de vigencia de la ley, presentar una completa evaluación de los resultados de la Ley 789 de 2002 y en “ese momento el Gobierno Nacional presentará al Congreso un proyecto de ley que modifique o derogue las disposiciones que no hayan logrado efectos prácticos para la generación de empleo.” Esto significa que el propio Congreso determinó que dos años eran un plazo razonable para que se pudiera evaluar la eficacia de las políticas adoptadas. Y aunque eso no implica que la vigencia de las reformas de la Ley 789 de 2002 sea temporal, sí significa que en ese momento esas reformas están sujetas a una evaluación y debate, por mandato de la ley, y que esa evaluación debería conducir incluso a la derogación de aquellas medidas que no hayan sido eficaces en la promoción del empleo.

Este elemento temporal tiene gran importancia en el análisis pues contribuye a justificar la proporcionalidad de las medidas acusadas, y por ende su constitucionalidad, pues precisamente el Legislador ha asumido que esas políticas deben ser revisadas en caso de que no produzcan los efectos esperados, lo cual muestra que el Congreso tuvo claramente en consideración la necesidad de que estas medidas no restringieran innecesariamente los derechos de los trabajadores, por lo que están sujetas a una obligatoria revisión, luego del plazo fijado por la propia Ley 789 de 2002.

Posteriormente, en las sentencias C-175 de 2004 y C-457 de 2004 esta corporación decide estarse a lo resuelto en la Sentencia C-038 de 2004 anteriormente expuesta, resaltando dos criterios muy importantes: (i) el hecho de que a pesar de que el cambio de naturaleza del contrato de aprendizaje es considerado un retroceso en materia laboral, dicha medida es justificable en razón a la situación de desempleo en el país; y (ii) que el contrato de aprendizaje tiene múltiples especificidades y sustento constitucional, en la medida en que garantiza los fines del estado social de derecho por sus propósitos de educación, formación e inclusión en el mundo laboral a todas las personas.

6.3. Luego de haberse desarrollado varios aspectos relevantes sobre el contrato de

aprendizaje, esta Sala abordará el alcance de dicho contrato en materia de protección al principio constitucional de estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo.

Para poder iniciar dicho análisis, es necesario recordar que no solamente el Estado es responsable de proteger la vida, la maternidad, el trabajo, el mínimo vital, los derechos del que está por nacer y la salud de los asociados; estas garantías, como todos los derechos fundamentales, deben también ser resguardadas por los particulares, y se convierten por ello en su responsabilidad constitucional. Puede decirse, entonces, que la protección a la persona humana se concreta frente a los actos u omisiones tanto del estado como de los particulares. Esto en razón a que, como en el Estado Social de Derecho, se busca la primacía de la protección y el bienestar del individuo y aún más cuando se trata de sujetos de especial amparo constitucional.

Lo anterior con base en la estructura de nuestro ordenamiento jurídico, en el que el Constituyente de 1991 fundó el principio de solidaridad social como una forma de cumplir con los fines estatales y asegurar el reconocimiento de los derechos de todos los miembros de la comunidad. Se trata de un principio que, sin duda, recuerda la vocación humana de vivir en sociedad y resalta la necesidad de la cooperación mutua para alcanzar el bienestar y la tranquilidad.

Así las cosas, en razón a los principios de solidaridad, estabilidad laboral reforzada y protección laboral de la mujer en estado de embarazo y del que está por nacer, y conforme a nuestro Estado Social de Derecho, es propio señalar que aunque el contrato de aprendizaje no tiene la naturaleza de un contrato laboral, si se equipara a éste como modalidad especial dentro del derecho ordinario laboral<sup>34</sup> en lo concerniente a la protección del fuero por maternidad, como consecuencia del traslado de algunos de los elementos propios de la legislación laboral permitiendo de esta manera: (i) la ampliación de dicha protección; (ii) la activación del fuero por maternidad previsto en el ordenamiento; (iii) el cumplimiento de la finalidad del Estado social de derecho; y (iv) la materialización del deber tanto del Estado como de los particulares, de proteger los derechos fundamentales. En consecuencia, existe la plena obligación por parte de la empresa patrocinadora de brindar a la aprendiz en estado de embarazo:

(i). Estabilidad reforzada durante el contrato de aprendizaje y el periodo de protección por fuero de maternidad.

(ii). Pago de las cotizaciones correspondientes a salud sin importar en que etapa del contrato de aprendizaje se encuentre.

(iii). Pago del correspondiente apoyo de sostenimiento.

De manera que sin importar que inicialmente se haya pactado como duración del contrato de aprendizaje un periodo de tiempo determinado, la trabajadora vinculada por contrato de aprendizaje que quedase en estado de embarazo durante su desarrollo, gozará de su especial protección constitucional de acuerdo a lo establecido en el ordenamiento laboral.

Al respecto esta corporación en la sentencia T-906 de 2007 en un caso similar en el que la accionante se encontraba vinculada por contrato de aprendizaje y fue despedida estando embarazada, se ordenó el reintegro inmediato al contrato de aprendizaje y en la misma medida la realización del pago por concepto de apoyo de sostenimiento, las cotizaciones a salud y los gastos en que pudo haber incurrido la actora como consecuencia de su embarazo y parto. En su decisión la Corte sustentó lo siguiente:

“La Sala recuerda que la acción de tutela procede de manera excepcional contra particulares, siempre y cuando se demuestre la subordinación o la indefensión. Es el caso que entre la empresa Manufacturas DELMYP y la señora Eva Yaira Suárez Sepúlveda existió una relación de subordinación, derivada del contrato de aprendizaje firmado entre ambas. El contrato de aprendizaje, según la legislación laboral, genera un vínculo laboral singular que es definido como un contrato “especial dentro del derecho laboral”, según el artículo 30 de la Ley 789 de 2002. Tal disposición, al regular la naturaleza y características de la relación de aprendizaje, señaló como un elemento particular y especial de este contrato, el que “la subordinación está referida exclusivamente a las actividades propias del aprendizaje”.

6.4. De otro lado, la Sala observa que el SENA mediante concepto 08745 del 24 de marzo de 2004, frente al hecho de presentarse un embarazo durante el desarrollo de un contrato de aprendizaje, expresó lo siguiente

“Esta Dirección parte de la base que al hacer alusión a la terminación del proceso de

formación por parte de la aprendiz, se refiere en su escrito al cumplimiento del término de ejecución contractual previsto en el contrato de aprendizaje celebrado con la empresa. De ser este el caso, la relación de aprendizaje se daría por terminada por justa causa al configurarse una de las causales previstas por las partes y el ordenamiento jurídico para extinguir el vínculo contractual entre la empresa y el aprendiz, lo cual trae como consecuencia que se extingan a futuro todas las obligaciones surgidas para las partes que intervinieron en ella, incluyendo el pago de apoyo de sostenimiento y del aporte al régimen de seguridad social en salud.

Por tal razón, si el término de ejecución del contrato de aprendizaje ya se ha cumplido, el vínculo contractual se ha extinguido y la empresa patrocinadora no tendrá legalmente la obligación de asumir ningún tipo de compromiso con posterioridad a la fecha de terminación del contrato. (...)

De lo anterior se infiere que si la aprendiz termina su etapa práctica antes de dar a luz, se dará por terminado el contrato de aprendizaje por justa causa y la empresa legalmente no tendrá la obligación de asumir ningún tipo de compromiso con posterioridad a la fecha de terminación del contrato. Sin embargo, en caso de que la aprendiz se encuentre ejecutando el contrato de aprendizaje y se presente el alumbramiento, se deberá suspender la relación contractual originada del contrato de aprendizaje, en virtud de lo previsto en el artículo 5 del Acuerdo 15 de 2003, el cual señala que la relación de aprendizaje se podrá interrumpir temporalmente en el caso de licencia de maternidad.

Es de anotar que la suspensión del contrato de aprendizaje no exonera al empleador de continuar cancelado los respectivos aportes a la Entidad promotora de Salud donde se encuentre afiliada la aprendiz (parágrafo 1. Acuerdo 15/2003).

En cuanto al término de vigencia de la licencia de maternidad, la Dirección Jurídica se ha pronunciado en el sentido que se podrá tener como punto de referencia lo dispuesto en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, aplicable a los trabajadores del sector privado y público, el cual se extiende a doce semanas en la época del parto; de igual manera, una vez terminada la licencia de maternidad deberá ser reiniciado el contrato de aprendizaje por el término que haga falta para el cumplimiento del mismo". (Subrayado fuera del texto original).

A pesar de las facultades asignadas al SENA en materia de regulación del contrato de aprendizaje, dicho concepto se contrapone a la protección reconocida por la norma superior y la jurisprudencia ocasionando una vulneración palpable tanto a los derechos fundamentales de las mujeres en estado de embarazo que son desvinculadas del contrato de aprendizaje en situación de indefensión como a los del niño que está por nacer.

En consecuencia esta Sala concluye que a pesar de que el contrato de aprendizaje no tiene la connotación del contrato laboral, para aquellos casos en los cuales los sujetos de amparo son la madre gestante y el niño que está por nacer, por la categoría de especialidad que tiene el contrato de aprendizaje, algunos de sus elementos son trasladados al ordenamiento laboral generándose la activación inmediata del fuero por maternidad<sup>35</sup>.

## 7. Análisis del caso concreto

7.1. En el presente asunto es necesario establecer (i) si COMCEL S.A. vulneró el derecho fundamental a la estabilidad reforzada de la señora Rebeca Sánchez Ospina quien estando embarazada fue desvinculada al terminar el contrato de aprendizaje; y (ii) si COOMEVA E.P.S. causó detrimento de los derechos fundamentales de la accionante y de su hija, ante la negativa a efectuar el pago de la licencia por maternidad, argumentando no encontrar acreditado el requisito de la cotización ininterrumpida durante todo el periodo de gestación

La señora Rebeca Ospina trabajó mediante contrato de aprendizaje con la empresa patrocinadora COMCEL S.A. desde el 1° de septiembre de 2008 hasta el 3 de mayo de 2009, tiempo durante el cual quedó en estado de embarazo.

En razón a que la accionante solo demandó a COOMEVA E.P.S. solicitando el pago de la licencia por maternidad, se vinculó a COMCEL S.A. como empresa patrocinadora, siendo condenado por el Juzgado Quince Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, en procura de la protección del derecho fundamental a la estabilidad reforzada de mujer embarazada, concediendo dicho amparo de manera transitoria y ordenando el inmediato reintegro de la accionante además del pago de los salarios y las cotizaciones a seguridad social dejadas de percibir durante el tiempo que estuvo desvinculada.<sup>36</sup> La decisión es impugnada tanto por la accionante como por COMCEL S.A. y en consecuencia se remite al Juzgado Quince Penal del Circuito de Medellín.

El ad quem finalmente revocó la decisión del a quo argumentando que no se cumple con el requisito de inmediatez en razón a que desde el momento de la desvinculación hasta la interposición de la acción de tutela, ha transcurrido más de un año.

Adicionalmente, expuso que según el concepto del SENA núm. 08745 del 24 de marzo de 2004. por ser un contrato de aprendizaje y por el hecho de que la petente estuvo embarazada sin haber dado a luz durante ese tiempo, no constituye para el empleador una obligación el hecho de propender por el principio de estabilidad laboral reforzada en mujer embarazada y por tanto, una vez culminado el término del contrato no hay lugar a la renovación.

Concluye el ad quem expresando que se debe amparar a la mujer gestante y al niño que está por nacer concediéndole el pago de la licencia proporcional por parte de COOMEVA E.P.S.

7.2. En primer lugar, la Sala considera pertinente señalar que contrario a lo expresado en el fallo emitido por el Juzgado Quince Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, cuando se reclama el amparo de un sujeto de especial protección constitucional, como en el caso de las madres trabajadoras en estado de embarazo, el principio de inmediatez se desarrolla dando como término para interponer la acción de tutela, un año a partir del nacimiento, y no como se afirma en el fallo objeto de revisión, a partir de la desvinculación<sup>37</sup>.

En consecuencia, queda desvirtuado lo afirmado tanto por COMCEL S.A. como por el ad quem en cuanto al principio de inmediatez, en la medida en que la menor Valeria Garzón Sánchez, hija de la accionante, nació el 26 de agosto de 2009 y la acción de tutela fue interpuesta el 26 de febrero de 2010; es decir, 6 meses después, razón por la cual se encuentra dentro del término.

Ahora bien, en cuanto al concepto del SENA utilizado para argumentar la omisión en la protección de las mujeres en estado de embarazo cuando están vinculadas a través de contrato de aprendizaje, la Sala establece, que tal y como se señaló en la parte considerativa de esta providencia, dicha actuación es contraria al ordenamiento constitucional<sup>38</sup> y por tanto, su aplicación va en contra del precedente jurisprudencial desarrollado por esta Corporación<sup>39</sup>.

Por otro lado, siguiendo la parte considerativa de este fallo, frente a los requisitos de procedencia de la acción de tutela para la protección del derecho a la estabilidad reforzada de mujer embarazada, que en este caso en particular se equiparan a los requeridos en cualquiera de las relaciones de índole laboral existentes, la Sala concluye lo siguiente:

i. En efecto la terminación del contrato de aprendizaje se presentó durante el periodo en el que la accionante se encontraba embarazada, toda vez que este se produjo el 3 de mayo de 2009, fecha para la cual tenía aproximadamente 6 meses de embarazo.

ii. Frente al nexo causal entre la terminación del contrato de aprendizaje y el estado de embarazo, se encuentra cumplido el requisito que establece que “el despido se produjo como consecuencia del embarazo”. En esta ocasión la Sala se apoya en primer lugar, en la presunción legal que establece el numeral segundo del artículo 239 del CST, según la cual: “Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente”<sup>40</sup>.

La Sala refuerza su motivación al respecto en dos hechos fundamentales: (i) que la señora Rebeca Sánchez Ospina contaba con aproximadamente 6 meses de embarazo cuando se le da por terminado su vínculo con la empresa patrocinadora; y (ii) que tal y como lo expresó la petente en declaración rendida el 10 de mayo de 2010 ante el Juzgado Quince Penal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, dio aviso sobre su estado de embarazo a la señora Lina Castrillón, jefe de Gestión Humana, e igualmente a su supervisor, el señor César; lo cual nunca fue negado u objetado por la entidad.<sup>41</sup>

(iii). La Sala observa que en ningún momento se solicitó permiso ante el Ministerio del Trabajo para autorizar el despido de la actora. Por tanto, dicha desvinculación carece de efecto en lo relativo a la protección de la mujer embarazada. Esto significa que para que el despido sea eficaz la empresa patrocinadora ha debido obtener la previa autorización del funcionario del trabajo, para entonces poder entregar la correspondiente carta de terminación del contrato de aprendizaje.

(iv). En cuanto a la afectación del mínimo vital, no se desvirtuó la manifestación realizada por

la demandante relativa a las dificultades económicas derivadas de la desvinculación, toda vez que recibía como apoyo de sostenimiento menos un salario mínimo<sup>42</sup>, quedando así probado que la no protección a la estabilidad reforzada repercute en su mínimo vital y el de su menor hija<sup>43</sup>.

Por lo expuesto, esta Sala revocará parcialmente el fallo de segunda instancia dictado por el Juzgado Quince Penal del Circuito con Funciones del Conocimiento de Medellín, del 20 de septiembre de 2010, debido a que la providencia en mención, respecto a la estabilidad reforzada de que goza la señora Rebeca Sánchez Ospina fue desconocida.

En consecuencia se concederá el amparo impetrado, ordenando a la Empresa COMCEL S.A. que renueve el contrato de aprendizaje a la señora Rebeca Sánchez Ospina en el cargo que desempeñaba o a otro que esté en iguales o mejores condiciones, hasta completar desde su vinculación inicial el término de 2 años<sup>44</sup> para que finalmente se determine si se inicia una nueva vinculación pero mediante contrato laboral. Del mismo modo, se ordenará: (i). La cancelación de las cuotas por concepto de apoyo de sostenimiento producidas por el contrato de aprendizaje y (ii). El pago de las cotizaciones a salud, como quiera que la terminación del contrato de aprendizaje careció de efecto en lo relativo a la protección a la maternidad.

7.3. Ahora bien, respecto al segundo interrogante planteado, la Sala considera que tal y como lo expresaron los jueces de instancia, en este caso se configura para la señora Rebeca Ospina el derecho a reclamar el pago por concepto de licencia por maternidad, en razón a los siguientes presupuestos:

- (i). Porque claramente se evidencia una vulneración de su mínimo vital y el de su hija.
- (ii). Porque durante el tiempo en que estuvo embarazada cotizó ininterrumpidamente durante 6 meses lo cual le da derecho a reclamar el pago proporcional de dicha prestación.
- (iii). Porque constitucionalmente se ha garantizado la protección a los menores y al no conceder el pago de la licencia por maternidad se causa grave detrimento a los derechos de la menor hija de la accionante.

Por lo tanto, esta Sala confirmará la decisión del ad quem ordenando a COOMEVA E.P.S. que

en el evento en el que no lo hubiere hecho realice la cancelación de la respectiva licencia por maternidad, de manera proporcional al tiempo cotizado por la señora Rebeca Sánchez Ospina.

### III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

#### RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR PARCIALMENTE la Sentencia proferida el 20 de septiembre de 2010 por el Juzgado Quince Penal del Circuito con Funciones del Conocimiento de Medellín, dentro de la acción de tutela iniciada por Rebeca Sánchez Ospina contra COOMEVA E.P.S. y COMCEL S.A. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, protección especial a la mujer embarazada, mínimo vital y protección a la niñez.

SEGUNDO. REVOCAR el numeral primero de la Sentencia objeto de revisión.

TERCERO. ORDENAR a la empresa COMCEL S.A. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, renueve el contrato de aprendizaje con la señora Rebeca Sánchez Ospina en el cargo que desempeñaba o en otro en condiciones similares o mejores hasta completar desde su vinculación inicial el término de 2 años<sup>45</sup>. Una vez culminado dicho término, la empresa patrocinadora COMCEL S.A. deberá determinar de acuerdo al desempeño de la señora Rebeca Sánchez Ospina si se debe renovar o no su vinculación pero mediante contrato laboral.

CUARTO. ORDENAR a la empresa COMCEL S.A. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, cancele las cuotas por concepto de apoyo de sostenimiento dejadas de pagar a partir de su desvinculación, y realice la consignación de las cotizaciones a salud correspondientes, como quiera que la terminación del contrato de aprendizaje careció de todo efecto en lo relativo a la protección por la maternidad.

QUINTO. CONFIRMAR el numeral segundo de la Sentencia bajo estudio, en el que se ordena a COOMEVA E.P.S. que en el evento en que no lo hubiere hecho, en el término de tres (3) días siguientes a la notificación de este fallo, reconozca y pague a la señora Rebeca Sánchez

Ospina la licencia por maternidad de manera proporcional a la cotización realizada durante el periodo de gestación equivalente a seis (6) meses y tres (3) días.

LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIOPRETEL CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Hace referencia a la Ley 119 de 1994 que trataba el contrato de aprendizaje con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 789 de 2002.

2 Folio 134 del cuaderno de principal. Tomado de la solicitud de impugnación.

3 Si bien en la orden dada por el juez de segunda instancia expresa la protección de la estabilidad laboral reforzada, esta no se materializa por cuanto se niega el reintegro de la accionante al contrato de aprendizaje.

4 Folio 146 del cuaderno principal "SEGUNDO: SE AMPARAN los derechos a la seguridad social y a la estabilidad reforzada de las mujeres en estado de embarazo, ORDENÁNDOSELE A COOMEVA EPS. que dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente fallo reconozca y pague a la señora REBECA SÁNCHEZ OSPINA la licencia por maternidad proporcional a la cotización realizada durante el periodo de gestación equivalente a seis (6)

meses y tres (3) días”. (las negrillas están en el texto original del fallo).

5 Así lo desarrolla el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, que en lo pertinente establece: “La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: || (...) ||9. Cuando la solicitud sea para tutelar {la vida o la integridad de} quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela. Este numeral fue declarado exequible, salvo el aparte entre corchetes {...} declarado inexecutable, por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-134 de 1994.

6 Sentencia T-172 de 1997.

7 Confróntese con la Sentencia T-1036 de 2010 proferida por esta misma Sala.

8 Corte Constitucional, Sentencia T-1202 de 2005.

9 Confróntese la Sentencia T-649 de 2009

10 Se hace claridad que también se incluyen aquí las reglas concernientes a la paternidad. Esto en razón a que los padres (hombres) también tienen esta protección.

11 Con anterioridad solo se otorgaba la licencia por maternidad a la madre adoptante de menor de 7 años. Sin embargo, el 30 de junio de 2010 mediante Sentencia C-543 de 2010 fue declarado inexecutable, dejando dicho beneficio para la adopción de menor de edad.

12 Adicionalmente, carece de todo efecto igualmente el despido de la servidora pública durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, en el caso de las trabajadoras oficiales, o sin la correspondiente resolución motivada del jefe respectivo, en donde se verifique la justa causa para el despido en el caso de las empleadas públicas.

13 Siempre que la mujer trabajadora se encuentre en estado de embarazo, deberá ser previamente valorada la situación por el inspector del trabajo quien concederá o improbará el permiso respectivo.

El patrono está obligado a conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de los

descansos remunerados o licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto.

No producirá efecto alguno el despido que el patrono comunique a la trabajadora en tales periodos o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionadas.

14 Corte Constitucional, Sentencia T-095 de 2008: “Sin la protección especial que confiere el Estado a la mujer embarazada, muchas mujeres no podrán optar libremente por la maternidad, dadas las circunstancias adversas que tal decisión podría tener sobre la situación social, económica y laboral que deben afrontar muchas de ellas”.

15 Ver Sentencia T-181 de 2009.

16 Ver Sentencias T-589 de 2006, T-487 de 2006, T-1008 de 2007, T-1043 de 2008, entre otras.

17 Este criterio ha sido reiterado por la Corte en las Sentencias: T-352 de 2008, T-440 de 2008, T-513 de 2008, T-528 de 2008, T-687 de 2008, T-1069 de 2008. En la Sentencia T-687 de 2008, se trabajó el asunto de la necesidad y la forma de dicha comunicación, en el sentido de especificar que ya no es obligatoria puesto que: “el énfasis probatorio ya no radica en la comunicación del estado de embarazo al empleador sino en la existencia de una justa causa para la terminación del vínculo, la cual debe avalar, previamente, la autoridad de trabajo competente. Esto, no significa la inamovilidad laboral de la mujer embarazada sino la garantía de que la terminación de su vínculo laboral será producto de una justa causa”.

18 Ver Sentencia T-687 de 2008.

19 Confróntese con la Sentencia T-1036 de 2010 proferida por esta misma Sala.

20 Ver entre otras las Sentencias T-460 de 2003, T-790 de 2005 y T-1011 de 2006.

21 En la Sentencia T-1223 de 2008 se estableció: “La protección de la mujer trabajadora embarazada en circunstancias de debilidad económica manifiesta, hace procedente la acción de tutela para el pago de los dineros adeudados correspondientes a la licencia de maternidad, pues existen circunstancias donde la licencia, que se constituye en el salario de la mujer que dio a luz durante el tiempo en que la trabajadora permanece retirada de sus

labores, es el único medio de subsistencia en condiciones dignas tanto para la mujer como para su familia, en especial para el recién nacido.” En este mismo sentido pueden consultarse las Sentencias T-247 de 2008, T-505 de 2008, T-794 de 2008, T-998 de 2008, T-368 de 2006, T-205 de 1999 y T-990 de 2007, entre muchas otras.

22 En cuanto al principio de inmediatez, luego de distintas posturas, la Corte Constitucional armonizó y adoptó a partir de la Sentencia T-999 de 2003 como medida de protección al recién nacido (a) y a la madre gestante, la ampliación en la oportunidad para que la madre solicite el amparo dentro del término de un año a partir del nacimiento del niño. Lo anterior con fundamento en el artículo 50 de la Constitución.

24 (i). Que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación (Decreto 47 de 2000). (ii) que su empleador (o la misma cotizante, en caso de ser trabajadora independiente) haya pagado de manera oportuna las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de acusación del derecho (Decreto 1804 de 1999), y (iii) que la afiliada haya realizado aportes al sistema de manera completa durante el año anterior a la acusación del derecho (Decreto 1804 de 1999).

25 Corte Constitucional, Sentencia T-998 de 2008.

26 Se debe tener en cuenta el tiempo real de gestación en cada caso concreto y calcular sobre la base de semanas y no meses.

27 Al respecto pueden consultarse las Sentencias T-530 de 2007, T-204 de 2008, T-781 de 2008 y en especial la T-727 de 2009.

28 Se pasó de esclavo a aprendiz, de maestro a patrón, hasta nuestros días donde el aprendiz posee derechos y obligaciones y el patrono maestro ha sido reemplazado por modernos centros de formación profesional.

29 “ARTÍCULO 30. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DE LA RELACIÓN DE APRENDIZAJE. El contrato de aprendizaje es una forma especial dentro del Derecho Laboral, mediante la cual una persona natural desarrolla formación teórica práctica en una entidad autorizada, a cambio de que una empresa patrocinadora proporcione los medios para adquirir formación

profesional metódica y completa requerida en el oficio, actividad u ocupación y esto le implique desempeñarse dentro del manejo administrativo, operativo comercial o financiero propios del giro ordinario de las actividades de la empresa, por cualquier tiempo determinado no superior a dos (2) años, y por esto reciba un apoyo de sostenimiento mensual, el cual en ningún caso constituye salario.

Son elementos particulares y especiales del contrato de aprendizaje:

- a) La finalidad es la de facilitar la formación de las ocupaciones en las que se refiere el presente artículo;
- b) La subordinación está referida exclusivamente a las actividades propias del aprendizaje;
- c) La formación se recibe a título estrictamente personal;
- d) El apoyo del sostenimiento mensual tiene como fin garantizar el proceso de aprendizaje.

Durante toda la vigencia de la relación, el aprendiz recibirá de la empresa un apoyo de sostenimiento mensual que sea como mínimo en la fase lectiva el equivalente al 50% de un (1) salario mínimo mensual vigente.

El apoyo del sostenimiento durante la fase práctica será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de un salario mínimo mensual legal vigente.

El apoyo de sostenimiento durante la fase práctica será diferente cuando la tasa de desempleo nacional sea menor del diez por ciento (10%), caso en el cual será equivalente al ciento por ciento (100%) de un salario mínimo legal vigente.

En ningún caso el apoyo de sostenimiento mensual podrá ser regulado a través de convenios o contratos colectivos o fallos arbitrales recaídos en una negociación colectiva.

Si el aprendiz es estudiante universitario el apoyo mensual, el apoyo de sostenimiento mensual no podrá ser inferior al equivalente a un salario mínimo legal vigente.

Durante la fase práctica el aprendiz estará afiliado en riesgos profesionales por la ARP que cubre la empresa. En materia de salud, durante las fases lectiva y práctica, el aprendiz estará cubierto por el Sistema de Seguridad Social en Salud, conforme al régimen de trabajadores

independientes, y pagado plenamente por la empresa patrocinadora en los términos, condiciones y beneficios que defina el Gobierno Nacional.

El contrato de aprendizaje podrá versar sobre ocupaciones semicalificadas que no requieran título o calificadas que requieran título de formación técnica no formal, técnicos profesionales o tecnológicos, de instituciones de educación reconocidas por el Estado y trabajadores.

El Contrato de aprendizaje podrá versar sobre estudiantes universitarios para los casos en que el aprendiz cumpla con actividades de 24 horas semanales en la empresa y al mismo tiempo cumpla con el desarrollo del pénsum de su carrera profesional, o que curse el semestre de práctica. En todo caso la actividad del aprendiz deberá guardar relación con su formación académica.”

30 “Por medio del cual se reglamenta el Contrato de Aprendizaje y se dictan otras disposiciones” “Artículo 1°. Características del contrato de aprendizaje”. “El contrato de aprendizaje es una forma especial de vinculación dentro del Derecho Laboral, sin subordinación y por un plazo no mayor a dos (2) años en la que una persona natural recibe formación teórica en una entidad de formación autorizada con el auspicio de una empresa patrocinadora que suministra los medios para que adquiera formación profesional metódica y completa requerida en el oficio, actividad u ocupación dentro del manejo administrativo, operativo, comercial o financiero propios del giro ordinario de las actividades del patrocinador con exclusividad en las actividades propias del aprendizaje y el reconocimiento de un apoyo de sostenimiento que garantice el proceso de aprendizaje y el cual, en ningún caso, constituye salario...”

31 Ley 789 de 2002 “Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo”.

32 Ver artículo 14 del proyecto en Gaceta del Congreso No 350 del 23 de agosto de 2002, Pág. 19.

33 Ver Gaceta del Congreso No 444 del 25 de octubre de 2002, Pág. 35 y ss.

34 Artículo 30 de la Ley 789 de 2002.

35 Que garantiza la protección de la estabilidad reforzada de mujer embarazada y el amparo

al que está por nacer. (confróntese con la Sentencia T-906 de 2007).

36 Aunque en la decisión aparece el término salario, en realidad se denomina apoyo de sostenimiento cuando se trata de un contrato de aprendizaje.

37 Al respecto la Sentencia T-998 de 2008 señaló: La jurisprudencia constitucional, consolidada desde la Sentencia T-999 de 200337, ha establecido que el término oportuno para solicitar por vía de tutela el pago de la licencia de maternidad se extiende por un año contado desde el momento del alumbramiento, con lo que se amplió temporalmente la protección otorgada a la madre y al menor recién nacido, mediante el cambio de la línea jurisprudencial que sostenía que la oportunidad para interponer la demanda era el término de duración del descanso remunerado, esto es, 84 días contados desde la época del parto.

Según se dijo en la providencia referida, el énfasis de la protección constitucional debe hacerse en el recién nacido que, de acuerdo con la Constitución Política, goza de prerrogativas especiales en cuanto a protección reforzada durante su primer año de vida, de suerte que la ius fundamentalidad de la licencia de maternidad se extiende hasta por un año, término en el que le es dado a las madres acudir a la acción de tutela para la protección de su mínimo vital y el de sus hijos.

4.3. De acuerdo con los criterios de subsidiariedad e inmediatez analizados, el reconocimiento de la licencia de maternidad por vía de tutela resulta procedente en los eventos en que la falta en el pago de tal prestación comprometa los derechos fundamentales de la madre y de su menor hijo, esto es, cuando se encuentre amenazado, entre otros, su mínimo vital, siempre que la acción se ejerza dentro del año siguiente al momento del parto y que, en principio, se cumplan los requisitos legales para su causación.

39 Esta Corporación mediante Sentencia T-906 de 2007 en un caso similar en que la accionante se encontraba vinculada por contrato de aprendizaje y fue despedida estando embarazada, ordenó que de inmediato se reintegrara a su contrato de aprendizaje en iguales o mejores condiciones que en las que estaba, y en la misma medida, se realizara el pago por concepto de apoyo de sostenimiento dejado de percibir, al igual que las cotizaciones a salud y los gastos en que pudo haber incurrido la actora como consecuencia de su embarazo y parto.

40 Inspector del trabajo o alcalde municipal. artículo 240 ibídem.

41 Ver folio 100 del cuaderno de instancia.

42 Al respecto la Sentencia T450 de 2008 señaló: “Ahora bien, en aras de garantizar la protección del trabajador, la Corte ha establecido un conjunto de presunciones de afectación del derecho al mínimo vital de los trabajadores. Efectivamente, se presume que existe una vulneración del derecho al mínimo vital (i) cuando se produzca un incumplimiento prolongado o indefinido de las prestaciones laborales -que generalmente ha sido el que excede dos meses- o (ii) un incumplimiento, inferior a dos meses, si la prestación es menor a dos salarios mínimos.

43 Al respecto la Corte en la Sentencia T-373 de 1998 expresó: “En primer lugar, la Corte ha entendido que la desvinculación de la mujer embarazada de su empleo puede ser impugnada mediante la acción de tutela si se trata de proteger el mínimo vital de la futura madre o del recién nacido. Esta regla se refiere, por ejemplo, a aquellas mujeres cabeza de familia ubicadas dentro de la franja de la población más pobre, discapacitadas o, en general, con serias dificultades para insertarse nuevamente en el mercado laboral, para quienes el salario, el subsidio alimentario o de maternidad o, en general, los beneficios económicos que pueden desprenderse del contrato de trabajo, son absolutamente imprescindibles para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia. En estos casos, la discriminación por parte del patrono, apareja una vulneración de las mínimas condiciones de dignidad de la mujer quien, al ser desvinculada de su empleo, no esta en capacidad de garantizar la adecuada gestación del nasciturus ni la satisfacción de los bienes más elementales para sí misma o para los restantes miembros de su familia. Si se presentan las anteriores condiciones, nada obsta para que pueda proceder la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección, ya no sólo de la igualdad, sino del mínimo vital de la mujer afectada”.

44 Tiempo máximo de duración del contrato de aprendizaje contemplado en el artículo 30 de la Ley 789 de 2002. Dicho término se establece debido a que una vez culminado ese periodo el contrato de aprendizaje no se puede prorrogar como tal y en consecuencia la empresa patrocinadora debe determinar si muta el contrato de aprendizaje en contrato laboral vinculando al aprendiz.

45 Tiempo máximo de duración del contrato de aprendizaje contemplado en el artículo 30 de

la Ley 789 de 2002. Dicho término se establece debido a que una vez culminado ese periodo el contrato de aprendizaje no se puede prorrogar como tal y en consecuencia la empresa patrocinadora debe determinar si muta el contrato de aprendizaje en contrato laboral vinculando al aprendiz.