



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XX - N° 936

Bogotá, D. C., martes, 6 de diciembre de 2011

EDICIÓN DE 20 PÁGINAS

DIRECTORES:

EMILIO RAMÓN OTERO DAJUD
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariassenado.gov.co

JESÚS ALFONSO RODRÍGUEZ CAMARGO
SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

PONENCIAS

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 84 DE 2011 SENADO

por medio de la cual se aclara la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral en los conflictos de la Caja Nacional de Previsión, Instituto de Seguros Sociales.

Bogotá, D. C., noviembre 30 de 2011

Doctor

ANTONIO JOSÉ CORREA

Presidente

Comisión Séptima Constitucional Permanente

Senado de la República

Ciudad

Referencia: Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de ley número 84 de 2011 Senado, por medio de la cual se aclara la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral en los conflictos de la Caja Nacional de Previsión, Instituto de Seguros Sociales.

Señor Presidente:

En cumplimiento de la designación efectuada, presento ponencia para primer debate al Proyecto de ley número 84 de 2011 Senado, por medio de la cual se aclara la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral en los conflictos de la Caja Nacional de Previsión, Instituto de Seguros Sociales haciendo las siguientes consideraciones:

1. Antecedentes

El proyecto de ley tiene origen en el Senado de la República, radicado bajo el número 84 de

2011 y presentado por el honorable Senador Jorge Eduardo Gechem Turbay.

Por el asunto de la materia se repartió a la Comisión Séptima del Senado, que en ejercicio de sus funciones designó a la Senadora Gloria Inés Ramírez como Ponente del proyecto de ley para primer debate en Senado.

2. Contexto del proyecto

El proyecto de ley de acuerdo con la exposición de motivos “propende por resolver las controversias que han surgido entre los Jueces Laborales y Tribunales Contencioso Administrativo, como también, entre el Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria, al interpretar la Ley 712 de 2001 en su artículo 2° inciso 4° y artículo 11; en este sentido el espíritu del proyecto busca resolver, de manera auténtica el espíritu del legislador prohijado en la ley, en tal sentido aclara y precisa el alcance del mismo”. Se trata pues de aclarar la jurisdicción que conocerá de los conflictos entre el Seguro Social y la Caja Nacional de Previsión y sus afiliados, ya que existe cierta oscuridad al momento en que estos entran en conocimiento de los jueces.

3. Marco jurídico del proyecto

Se trata es una iniciativa legislativa, con fundamento en el artículo 140 numeral 1 de la Ley 5ª de 1992, con la cual busca resolver las controversias que han surgido entre los Jueces Laborales y Tribunales Contencioso Administrativo con respecto al conocimiento de los conflictos entre el Seguro Social y la Caja Nacional de Previsión y sus afiliados.

4. Consideraciones

• Marco General

Desde la expedición de la Ley 362 de 1997, que entonces modificó el artículo 2° del Código Procesal de Trabajo, el legislador ha tratado de unificar el conocimiento de los conflictos derivados entre las entidades del sistema de seguridad social y sus afiliados. Fue así como atribuyó de manera expresa su conocimiento a la jurisdicción laboral ordinaria, al determinar “compete a los Jueces Laborales el conocimiento de las diferencias que surjan entre las entidades públicas y privadas, del Régimen de Seguridad Social y sus Afiliados”.

Esta norma declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-111 de 2000:

“El Sistema de Seguridad Social Integral instituido por la Ley 100 de 1993 supone la existencia de un conjunto institucional normativo y procedimental para la protección de las contingencias por él cubiertas.

Ese formidable esfuerzo unificador en gran medida quedaría frustrado si se limitara simplemente a los aspectos sustantivos, y no se acompañare del indispensable aditamento de las reglas de competencia y procedimientos uniformes para hacerlos efectivos, señalados como derrotero desde el mismo preámbulo de la citada ley. Dados los objetivos de armonización, ese conjunto de procedimientos no puede entenderse solamente referido a los administrados de los entes integrantes del sistema, sino también a la competencia y trámites judiciales. Por eso la aspiración plasmada en la Ley 100 halló su cabal complemento en la número 362 de 1997 que atribuyó con toda nitidez a la jurisdicción ordinaria, en la especialidad laboral el conocimiento de las diferencias que surjan entre entidades públicas y privadas, del régimen de Seguridad Social integral y sus afiliados”.

Como lo expresa la exposición de motivos del presente proyecto presentado por el honorable Senador Eduardo Gechem, esta competencia fue reafirmada a través de la Ley 712 de 2001, que, en lo relativo al Sistema de Seguridad Social Integral, determinó claramente que el conocimiento de las controversias relativas a esta materia pertenecieran a la Jurisdicción Laboral Ordinaria “sin interesar la índole de la relación jurídica habida entre las partes, ni el carácter de los actos controvertidos superando así el propio Legislador la polémica que de hecho generó la norma derogada, al entenderse no pocos asuntos que dicha competencia en materia de pensiones estaba condicionada por tales aspectos o limitada exclusivamente a la situación de afiliado por parte del beneficiario a una entidad pública o privada administradora de alguno de los fondos de pensiones autorizados por la ley” tal y como lo expone el autor del proyecto.

Sin embargo y a pensar de lo expuesto anteriormente continúan existiendo tensiones entre la jurisdicción ordinaria y la contenciosa administrativa en relación con los conflictos derivados entre las entidades de carácter público como Cajanal y el Instituto de Seguros Social y sus afiliados y/o beneficiarios.

• Los conflictos entre entidades de carácter público del Sistema de Seguridad Social Integral y sus afiliados

Ha sido reiterada la jurisprudencia en relación con la competencia de los jueces laborales en la solución de los conflictos entre las entidades de carácter público del Sistema de Seguridad Social Integral y sus afiliados; ente ellas, el autor del proyecto cita: Sentencia del Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria, M. P. Eduardo Campo Soto, de abril 9 de 2003, concordante con el fallo Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria, M. P. Fernando Coral Villota, de 31 de agosto de 2000; fallo Consejo Superior de la Judicatura-Sala Jurisdiccional Disciplinaria, M. P. Eduardo Campo Soto, de junio 13 de 2002, en todos ellos, se ha entregado la facultad de decidir sobre dichos conflictos a la justicia ordinaria por encima de la contenciosa administrativa.

Existe ambigüedad en la redacción del texto legal, ha dado lugar a la disputa por la jurisdicción en dichos procesos a pensar de que, la Ley 100 de 1993 unifica la normatividad y consagra iguales derechos y obligaciones para los afiliados sin consideración frente a quien prestan el servicio, si esta es de carácter público o privado; tampoco distingue empleado público, trabajador oficial o empleado particular.

Como lo recuerda el autor del proyecto “*La Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen las personas y la comunidad para gozar de una calidad de vida mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad*”.

La Corte Constitucional se pronunció al respecto en Sentencia C-111 de 2000 en donde confirmó la jurisdicción ordinaria como la pertinente para la resolución de los conflictos entre las entidades de seguridad social integral, inclusive de carácter público y sus afiliados, aclarando que dicha jurisdicción no cobija otro tipo de conflictos tal y como lo expresara la Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia citada por la misma Corte:

“La anterior concepción del sistema permite asegurar una mayor cobertura en la población colombiana en materia de salud y pensiones, con especial atención de las personas que carecen de capacidad económica, para brindarle suficiente protección ante eventuales contingencias. De este modo, la implantación de un sistema en estos términos se evidencia como un conjunto armónico de “entidades públicas y privadas, normas y procedimientos” para la prestación de los regímenes generales establecidos para las pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios definidos en esa Ley 100 (artículo 8°).

(...)

La articulación de las políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones de la seguridad social en un régimen jurídico unificado y específico, proviene precisamente del cumplimiento de ese principio de unidad (artículo 2° literal e); con ello, el legislador integró tanto los asuntos de orden sustantivo, en la medida en que permite desarrollar el derecho a la seguridad social, como los de orden procedimental, los cuales facilitan su prestación efectiva; a estos últimos pertenecen las reglas de jurisdicción y competencia de las respectivas autoridades judiciales destinadas a tramitar las materias que se deriven de esos asuntos. (Subraya fuera de texto).

De esta manera, la atribución de la solución de las controversias suscitadas entre las entidades públicas y privadas de la seguridad social integral con sus afiliados, responde a la necesidad de especializar una jurisdicción estatal con la asignación de dicha competencia, haciendo efectiva la aplicación del régimen jurídico sobre el cual se edificó la prestación del servicio público de la seguridad social.

Sobre el particular y como cuestión final del análisis hasta aquí expuesto, es oportuno traer a colación algunos criterios expresados por la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral, citada en la Vista Fiscal, en el cual, luego de establecer la conveniencia de la atribución de la competencia a la jurisdicción del trabajo, tantas veces aludida, precisó los alcances que debe presentar la misma, los cuales comparte esta Corte en su totalidad:

“1. Cuando la Ley atribuye tal competencia a la jurisdicción ordinaria, no puede ampliarse la acepción “seguridad social integral” más allá de su órbita y llegar al extremo de abarcar aspectos que se mantienen en otras jurisdicciones, u otras especialidades de la jurisdicción ordinaria, por

definirlo en forma explícita el legislador; tales como los juicios derivados de responsabilidad estatal de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa o los procesos de naturaleza civil o comercial. (Subraya fuera de texto).

2. Las diferencias susceptibles de conocimiento de los jueces del trabajo en esta materia, son en esencia las atinentes al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales económicas y de salud establecidas en favor de los afiliados y beneficiarios en la Ley 100 de 1993 y en el Decreto 1295 de 1994 a cargo de entidades que conforman el Sistema Integral de Seguridad Social, así como las que se suscitan sobre los servicios sociales complementarios contemplados en la misma Ley 100.

3. Corolario de lo anterior es que dentro de tal denominación no están incluidas las que hacen parte de un sistema de prestaciones a cargo directo de los empleadores públicos y privados, cuya competencia se mantiene en los términos previstos en las leyes anteriores, por cuanto en estricto sentido no hacen parte de dicho Sistema Integral de Seguridad Social”.

En consecuencia, la competencia en los anteriores términos, atribuida a la jurisdicción del trabajo, aparece como respuesta a la necesidad de particularizar e integrar un sistema mediante el cual debe prestarse el servicio público obligatorio de la seguridad social bajo el principio de unidad que rige el régimen jurídico que la gobierna”.

No obstante, consideramos que se hace necesario ampliar dicha competencia a todos aquellos conflictos que se susciten entre las entidades de seguridad social integral de carácter público, incluyendo la Caja Nacional de Previsión Cajanal que no se encuentra prevista en las excepciones del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

5. Impacto fiscal

- Este proyecto no requiere estudio de impacto fiscal, dado que se trata de una ley interpretativa, no de creación o extensión de un derecho, ya que el impacto fiscal se presume incorporado en las leyes anteriores y específicamente en la ley que se interpreta y por lo mismo no se requiere diseñar un espectro fiscal de sostenibilidad financiero como lo impetra el artículo 19 del Acto Legislativo número 01 de 2005.

6. Modificaciones

Dado el alcance del presente proyecto se hace necesario hacer las siguientes modificaciones concertadas por los ponentes

Proyecto radicado	Texto con modificaciones
<p>Título <i>por medio de la cual se aclara la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral en los conflictos de la Caja Nacional de Previsión, Instituto de Seguros Sociales.</i></p>	<p>Título <i>por medio de la cual se modifica el artículo 11 de la Ley 712 de 2001 y se aclara la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral en los conflictos <u>las entidades del Sistema de Seguridad Social integral de carácter público y sus afiliados y/o beneficiarios.</u></i></p>
<p>Artículo 1°. El párrafo nuevo del artículo 11 de la Ley 712 de 2001, quedará así: Parágrafo. La competencia para conocer los conflictos, diferencias y controversias entre los afiliados de la Caja Nacional de Previsión, Instituto de Seguro Social, será la jurisdicción ordinaria laboral.</p>	<p>Artículo 1° Modifíquese el artículo 11 de la Ley 712 de 2001 así: Artículo 11. <i>Competencia en los procesos contra las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral.</i> En los procesos que se sigan en contra de las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social Integral, será competente el juez laboral del circuito del lugar del domicilio de la entidad de seguridad social demandada o el del lugar donde se haya surtido la reclamación del respectivo derecho, a elección del demandante. <u>Lo mismo se aplicará en relación con los conflictos, diferencias y controversias que se susciten entre las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral de carácter público y sus afiliados y/o beneficiarios, inclusive la Caja Nacional de Previsión Cajanal y el Instituto de Seguros Sociales o quien asuma sus funciones.</u> En los lugares donde no haya juez laboral del circuito conocerá de estos procesos el respectivo juez del circuito en lo civil.</p>
<p>Artículo 2°. <i>Vigencia.</i> La presente ley rige desde la fecha de promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.</p>	<p>Artículo 2°. <i>Vigencia y derogatorias.</i> La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación <u>y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.</u></p>

7. Proposición

Dese primer debate al **Proyecto de ley número 84 de 2011 Senado, por medio de la cual se aclara la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral en los conflictos de la Caja Nacional de Previsión, Instituto de Seguros Sociales**, con el texto que se expone a continuación.

Atentamente,

Gloria Inés Ramírez Ríos,
Senadora de la República.

I. TEXTO DEFINITIVO PROPUESTO

por medio de la cual se modifica el artículo 11 de la Ley 712 de 2001 y se aclara la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral en los conflictos las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral de carácter público y sus afiliados y/o beneficiarios.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Modifíquese el artículo 11 de la Ley 712 de 2001 así:

Artículo 11. *Competencia en los procesos contra las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral.* En los procesos que se sigan en contra de las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social Integral, será competente el juez laboral del circuito del lugar del domicilio de la entidad de seguridad social demandada o el del lugar donde se haya surtido la reclamación del respectivo derecho, a elección del demandante.

Lo mismo se aplicará en relación con los conflictos, diferencias y controversias que se susciten entre las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral de carácter público y sus afiliados y/o beneficiarios, inclusive la Caja Nacional de Previsión Cajanal y el Instituto de Seguros Sociales o quien asuma sus funciones.

En los lugares donde no haya juez laboral del circuito conocerá de estos procesos el respectivo juez del circuito en lo civil.

Artículo 2°. *Vigencia y derogatorias.* La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Atentamente,

Gloria Inés Ramírez Ríos,
Senadora de la República.

COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL
PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO
DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., a los treinta (30) días del mes de noviembre año dos mil once (2011).

En la presente fecha se autoriza la **publicación en la Gaceta del Congreso**, de la República, el informe de ponencia para primer debate y texto

propuesto para primer debate, en diez (10) folios, **al Proyecto de ley número 84 de 2011 Senado**, por medio de la cual aclara la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral en los conflictos de la Caja Nacional de Previsión, Instituto de Seguro Social. Autoría del proyecto de ley del honorable Senador Jorge Eduardo Gechem Turbay.

El Secretario,

Jesús María España Vergara.

* * *

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 42 DE 2011 SENADO

por medio de la cual se establece una protección especial a la mujer en estado de embarazo, y en la etapa de lactancia, vinculada a través de contratos de prestación de servicios.

Bogotá, D. C., 16 de noviembre de 2011

Honorable Senador

ANTONIO JOSÉ CORREA

Presidente Comisión Séptima Constitucional

Senado de la República

E. S. D.

Asunto: Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de ley número 42 de 2011 Senado, por medio de la cual se establece una protección especial a la mujer en estado de embarazo, y en la etapa de lactancia, vinculada a través de contratos de prestación de servicios.

Respetado señor Presidente:

En cumplimiento del encargo hecho por la Mesa Directiva de la Comisión Séptima Constitucional Senado de la República y acatando lo establecido en la Ley 5ª de 1992, Reglamento del Congreso, procedemos a rendir ponencia para primer debate, **al Proyecto de ley número 42 de 2011 Senado**, por medio de la cual se establece una protección especial a la mujer en estado de embarazo, y en la etapa de lactancia, vinculada a través de contratos de prestación de servicios, en los siguientes términos:

1. Antecedentes

El presente proyecto de ley es de autoría de la honorable Senadora Alexandra Moreno Piraquive; radicado en la Comisión Séptima Constitucional del Senado el 3 de agosto de 2011; designando ponentes para primer debate a los honorables Senadores: Claudia Jeanneth Wilches Sarmiento, Dilian Francisca Toro Torres, Guillermo Antonio Santos Marín, Gloria Inés Ramírez Ríos, Gilma Jiménez Gómez y Eduardo Carlos Merlano Morales en condición de Coordinador; publicado en la *Gaceta del Congreso* número 544 de 2011.

2. Contenido y alcance el proyecto de ley

El proyecto de ley consta de seis artículos que hacen alusión a lo siguiente:

El artículo 1º establece que la presente ley tiene por objeto, el establecimiento de una protección especial a favor de la mujer vinculada mediante Contrato de Prestación de Servicios que se encuentre en estado de embarazo y en etapa de lactancia, consistente en garantizar una “estabilidad reforzada con el fin de evitar que el contratante rompa el vínculo de manera arbitraria y discriminatoria.

El artículo 2º se refiere al contenido y alcance del principio de “estabilidad laboral reforzada” en el marco de la contratación por servicios prestados.

El artículo 3º establece la presunción legal de discriminación, en caso de ruptura del vínculo contractual con ocasión del estado de embarazo o lactancia.

El artículo 4º hace alusión a los efectos ineficaces que tendrá la terminación unilateral del Contrato de Prestación de Servicios con ocasión del embarazo o la lactancia.

El artículo 5º establece la competencia de autorizar la terminación unilateral del Contrato de Prestación de Servicios en los Inspectores del Trabajo por causales diferentes al objeto de la ley.

El artículo 6º trata de la vigencia de la ley.

Es importante destacar que en la presente ponencia se han realizado importantes modificaciones al articulado original del proyecto, para lograr el alcance y trascendencia que requiere un tema como este para realidad de la maternidad en nuestro país.

3. Justificación

La iniciativa se propone hacer justicia social con las mujeres que estando vinculadas mediante contrato de prestación de servicios, son despedidas por encontrarse en estado de embarazo o en periodo de lactancia, a fin de garantizar la protección de su derecho a la maternidad y el acceso al mínimo vital para sostenimiento de ella y del hijo que está por nacer.

Con este propósito, la iniciativa acoge la doctrina elaborada en diferentes pronunciamientos emitidos por el Alto Tribunal Constitucional sobre el particular, los convenios internacionales que conforman el Bloque de constitucionalidad en el sentido de definir los criterios contentivos de la “estabilidad reforzada” que por la presente ley se otorga a las mujeres embarazadas, evitando que tengan que acudir a los estrados judiciales para el reconocimiento de los derechos vulnerados; se le otorga entonces a la mujer la libre opción de la maternidad sin que ello amenace el mínimo vital, tanto de la madre y del niño o niña.

En este sentido, se propone que la mujer garantice las condiciones de existencia de la persona

que está por nacer, sin que el ejercicio libre de la maternidad conlleve, inmediatamente a la pérdida de sus fuentes de ingreso.

4. Marco jurídico del proyecto de ley

1. Fundamento Constitucional

“Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

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

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

“Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

*Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; **protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad”.***

“Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los Derechos Humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia”.

2. Fundamento Legal

Nuestro ordenamiento jurídico protege la maternidad de manera especial, dadas sus implicaciones en la vida y desarrollo del ser humano, razón por la cual este amparo se inicia con la expedición de la **Ley 53 de 1938**, que consagró como derechos de la mujer, entre otros, la licencia remunerada de ocho (8) semanas, la prohibición de su despido al trabajo por motivos de lactancia o embarazo, la indemnización de sesenta (60) días para la empleada u obrera que sea despedida sin justa causa durante los períodos comprendidos entre los tres (3) meses anteriores y posteriores al parto, y, por último, la licencia remunerada de dos (2) a cuatro (4) semanas en caso de aborto o parto prematuro de acuerdo con la prescripción médica.

Código Sustantivo del Trabajo

El artículo 239, subrogado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990 establece:

“1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. 2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivos del embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin la autorización de que trata el artículo siguiente. 3. La trabajadora despedida sin autorización de la autoridad tiene el derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de (60) días fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiera lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, al pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo si no lo ha tomado”.

La Ley 50 de 1990, por la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, establece:

Artículo 34. El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, quedará así:

“Artículo 236. Descanso remunerado en la época del parto.

(...)

4. Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente capítulo para la madre biológica se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante del menor de siete (7) años de edad, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. La licencia se extiende al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente”.

Ley 24 de 1986, por la cual se adiciona el artículo 236 del Capítulo V del Código Sustantivo del Trabajo, con el siguiente numeral:

“4. Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente capítulo para la madre biológica se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante del menor de 7 años de edad, asimilando a la fecha del parto la de la entrega oficial del menor que se adopta”.

Ley 1122 de 2007, por la cual se efectuaron algunas modificaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en su artículo 33, literal l) establece:

“Artículo 33. Plan Nacional de Salud Pública. El Gobierno Nacional definirá el Plan Nacional de Salud Pública para cada cuatrienio, el cual quedará expresado en el respectivo Plan Nacional de Desarrollo. Su objetivo será la atención y prevención de los principales factores de riesgo para la salud y la promoción de condiciones y estilos de vida saludables, fortaleciendo la capacidad de la comunidad y la de los diferentes niveles territoriales para actuar. Este plan debe incluir:

l) El Plan incluirá acciones dirigidas a la promoción de la salud sexual y reproductiva, así como medidas orientadas a responder a comportamiento de los indicadores de mortalidad materna.

Resolución número 003941 de 1994 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

Conforme a lo contemplado en esta resolución, la prueba de embarazo “sólo podrá adelantarse por los empleadores que realicen actividades catalogadas como de Alto Riesgo, previstas en el artículo 1° del Decreto 1281 de 1994, modificado por el Decreto 2090 de 2003 y el artículo 2° del Decreto 1835 de 1994”.

La misma resolución señala que: “queda totalmente prohibida la práctica de la prueba de embarazo para actividades diferentes a las descritas en el inciso anterior, como prerequisite para que la mujer pueda acceder a un empleo u ocupación, sea este de carácter público o privado”.

2. Precedente Jurisprudencial

• Estabilidad Reforzada de la Mujer en Estado de Embarazo y Periodo de Lactancia

La Corte Constitucional en varios pronunciamientos ha reiterado el derecho fundamental de las mujeres a una “*estabilidad laboral reforzada*” cuando se encuentren en estado de embarazo o lactancia, manifestando que este se deriva del derecho fundamental a no ser discriminada por razón de la maternidad, caso en el cual, la terminación unilateral del contrato de trabajo se considerará nula, pudiendo la trabajadora acudir ante la Justicia Ordinaria en demanda de sus derechos. Así lo ha reiterado en numerosas sentencias tales como: T-568 de 1996, C-710 de 1996, C-470 de 1997, C-373 de 1998, T-141 de 1993, T-497 de 1993, T-119 de 1997, T-606 de 1995, T-311 de 1996, T-426 de 1998, T-174 de 1999, T-315 de 1999, T-771 de 2000, T-778 de 2000, T-664 de 2001, T-1101 de 2001, T-167 de 2003, T-501 de 2004, T-063 de 2006, T-38 de 2006 y T-195 de 2007, entre otras.

La **Sentencia T-113 de 2008**, M. P. Doctor Rodrigo Escobar Gil consagra:

“(…) En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto de derechos al trabajo, a la maternidad y a la igualdad de las mujeres en estado de embarazo. Al respecto ha sentado con cla-

ridad una posición según la cual dichas mujeres gozan de una estabilidad laboral reforzada, que proviene de lo reglado por el artículo 43 de la Carta Política el cual prescribe que (…).

Así las cosas, se tiene que la mujer en estado de gravidez es sujeto de especial protección por parte del Estado, de suerte que el ordenamiento jurídico ha dispuesto una serie de medidas tuitivas que propenden por la concreción de derechos al libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, el mínimo vital, la estabilidad laboral, la salud y la vida, entre otros que convergen en el fenómeno de la maternidad, que determina funcionalmente a la mujer como gestadora de vida.(…)”.

En la **Sentencia T-987 de 2008**, M. P. Doctora Clara Inés Vargas Hernández se establece acerca de la reiteración de jurisprudencia sobre estabilidad laboral reforzada de las mujeres en embarazo lo siguiente:

“La Constitución Política Colombiana encomienda al Estado la protección especial de grupos de personas, que por sus características particulares y posición dentro de la sociedad, pueden ser susceptibles de agresión o discriminación (artículo 13 superior), tal es el caso de las mujeres que se encuentran en estado de embarazo. (…)”.

Sobre el particular, en **Sentencia C-470 de 1997**, M. P. Doctor Alejandro Martínez Caballero, establece nuevamente que la “estabilidad laboral reforzada” es un derecho fundamental y la violación del mismo constituye una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual, en la siguiente forma:

“(…) La mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual [o de género] ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas. Por ello, los distintos instrumentos internacionales han sido claros en señalar que no es posible una verdadera igualdad entre sexos, si no existe una protección reforzada a la estabilidad laboral de la mujer embarazada. (…)”.

Adicionalmente, respecto a la terminación del contrato de trabajo (despido), de la mujer embarazada o en período de lactancia, sin que haya de por medio una autorización del funcionario competente, la terminación de la relación de trabajo es ineficaz y de producirse el despido de la mujer en estas condiciones, sin autorización por parte de la autoridad competente, tendrá derecho a ser reintegrada a su trabajo y al pago de la Licencia de Maternidad equivalente a 14 semanas y la indemnización correspondiente por despido sin justa causa, dependiendo de la modalidad de contrato, y en ese sentido señala:

“(…) carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente

autorización previa del funcionario competente. Esto significa que para que el despido sea eficaz, el patrono debe obtener la previa autorización del funcionario del trabajo, para entonces poder entregar la correspondiente carta de terminación del contrato. Y en caso de que no lo haga, no sólo debe pagar la correspondiente indemnización sino que, además, el despido es ineficaz”.

• **Protección a la Mujer vinculada por Contrato de Prestación de Servicios Profesionales**

Sobre el contrato de prestación de servicios, la Corte ha manifestado que las mujeres que estando vinculadas bajo esta modalidad de contrato y se encuentren en estado de embarazo o en período de lactancia, tendrán derecho a la aplicación de dicha protección en lo referente a las prestaciones establecidas en el Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, es decir al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a cargo de la EPS a la que se encuentre afiliada.

Sin embargo, en varios pronunciamientos, entre otros, la Sentencia T-987 de 2008, M. P. Doctora Clara Inés Hernández, la Corte ha reiterado su jurisprudencia:

“(…) 5. La estabilidad laboral reforzada de una trabajadora en estado de embarazo, vinculada por medio de contrato de prestación de servicios.

Como se señaló inicialmente, la estabilidad laboral se predica de todos los contratos, sin importar su clase y sin importar que el patrono sea público o privado; pues lo que la Constitución busca es asegurarle al trabajador que su vínculo no se romperá de manera abrupta y por tanto su sustento y el de su familia no se verá comprometido por una decisión arbitraria del empleador.

Tal estabilidad se predica también para los contratos de prestación de servicios, en los cuales a pesar de conocerse que por su naturaleza no generan una relación laboral de subordinación, se debe aplicar el criterio establecido por la jurisprudencia mediante el cual se ha dicho para los contratos a término fijo que el solo vencimiento del plazo o del objeto pactado, no basta para no renovar un contrato de una mujer embarazada. Lo anterior, teniendo en cuenta los principios de estabilidad laboral y primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por las partes del contrato laboral; tal figura se aplica siempre que al momento de la finalización del plazo inicialmente pactado subsistan la materia de trabajo y las causas que los originaron y el trabajador haya cumplido efectivamente sus obligaciones, a este se le deberá garantizar su renovación”.

En la **Sentencia T-529 de 2004**, M. P. Doctor Marco Gerardo Monroy Cabra, en la cual se estudia el caso de una mujer que prestaba servicios de manera ininterrumpida mediante la celebración sucesiva de contratos con la Universidad Militar Nueva Granada, la Corte no admitió los argumentos de la universidad accionada de no renovar el contrato de prestación de servicios, porque nunca

tuvo conocimiento del estado de embarazo y que además el contrato ya se encontraba vencido.

En este sentido la Corte ha sido enfática en afirmar que el embarazo es un hecho notorio por lo cual, puede obviarse la notificación por parte de la accionante, configurándose de esta manera la conducta discriminatoria derivada de la no renovación del contrato por el estado de embarazo, ya que en la citada sentencia, el accionado nada dijo acerca de las causas objetivas que motivaron la negativa de renovación del mismo.

El privar a la madre que acaba de dar a luz de su trabajo, cuando este constituye su principal fuente de recursos para garantizar su subsistencia digna y la de su hijo recién nacido, a claras luces constituye un perjuicio irremediable que el juez de tutela está llamado a evitar mediante la concesión del amparo, más cuando el obligar a la madre a acudir a las vías ordinarias para lograr la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a no ser discriminada por el hecho de la maternidad, lo que haría sería prolongar injustificadamente en el tiempo la vulneración de aquellos derechos, agravando aún más la precaria situación de la mujer y el menor.

En este orden de ideas, para que proceda el amparo constitucional en estos eventos, el juez de tutela debe verificar:

“(1) que el despido o la desvinculación se ocasionó durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto; (2) que la desvinculación se produjo sin los requisitos legales pertinentes para cada caso; (3) que el empleador conocía o debía conocer el estado de embarazo de la empleada o trabajadora; (4) que el despido amenaza el mínimo vital de la actora o que la arbitrariedad resulta evidente y el daño que aparece es devastador”¹.

Respecto de los contratos laborales a término fijo o por labor contratada, el juez de tutela debe examinar además:

“(…) que el despido sea una consecuencia del embarazo, porque a pesar de la expiración del plazo del contrato, subsisten las causas del mismo y el cumplimiento satisfactorio de las obligaciones laborales por parte de la trabajadora”².

Es importante destacar que la Corte ha expresado en diferentes y reiterados pronunciamientos

1 Sentencia T-373 de 1998, M. P. Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz. En este caso la Corte estudió detalladamente las hipótesis fácticas que hacían procedente la protección transitoria de la estabilidad laboral de una mujer embarazada: la actora había sido declarada insubsistente estando embarazada. La Corte confirmó el fallo de segunda instancia que negaba la tutela, pero no por las razones de improcedencia de la tutela expuestas por el *ad quem*, sino porque fue imposible probar que la notificación del embarazo había ocurrido antes que el acto administrativo de insubsistencia.

2 Sentencia T-736 de 1999, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. En tal ocasión la Corte conoció de una tutela impetrada por una docente que mediante contratos a término fijo, había laborado para un colegio privado por cuatro años consecutivos, y cuyo contrato no fue renovado cuando informó su estado de gravidez.

contenidos en las Sentencias T-1201 de 2001 y T-529 de 2004, que el amparo citado se concede por vía de tutela de manera transitoria ya que la discusión acerca de la presunta relación laboral que de dichos contratos pudiese existir y en virtud de ellos el reconocimiento de prestaciones sociales, licencias de maternidad y salarios dejados de percibir, se reservó a la jurisdicción laboral para que dicha sede se pronunciara acerca de los asuntos de su competencia; sin embargo, los citados pronunciamientos se proponen amparar los derechos constitucionales de la mujer embarazada.

Teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado, la Sentencia T-529 de 2004, establece los pasos que deben cumplirse para que opere la estabilidad laboral reforzada, de una mujer embarazada vinculada mediante contrato de prestación de servicios, así:

“En conclusión, la mujer embarazada o en período de lactancia cuenta con una protección reforzada, independientemente del tipo de contrato de trabajo que haya suscrito con su empleador; por tales razones, para que se pueda terminar el vínculo laboral con una mujer en tal condición, deberán cumplirse los presupuestos establecidos por la jurisprudencia de esta Corporación. (...)

6.2 Teniendo en cuenta lo expresado en la parte considerativa de esta sentencia relativo a que independientemente de la clase de relación laboral que tenga una mujer embarazada, esta tiene derecho a una estabilidad laboral reforzada; se analizará en el presente caso si se cumplen los requisitos establecidos por la jurisprudencia de esta Corporación para que por vía de tutela proceda el amparo de dicha estabilidad.

Para ello se aplicarán cada una de las subreglas trazadas por esta Corporación, para aplicar la estabilidad laboral reforzada a un contrato de prestación de servicios, de la siguiente manera:

Primero:

“Que el despido se ocasione durante el período amparado por el “fuero de maternidad” esto es, que se produce en la época del embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto” (artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo). (...)

Segundo:

“Que a la fecha del despido el empleador conocía o debía conocer la existencia del estado de gravidez, pues la trabajadora notificó su estado oportunamente y en las condiciones que establece la ley”.

(...)

Pero si esta situación lleva a dudar frente al tema de la notificación, (iii) la jurisprudencia de la Corte ha reconocido que el embarazo es un hecho notorio, de esta manera, ha hecho extensivo este medio de prueba a casos en que se involucran derechos de mujeres embarazadas, al respecto puede verse la Sentencia T-589/06 en la que se reiteró:

“En relación a lo que se estudia en este acápite, es pertinente referirse al estado de gravidez

como hecho notorio. Al respecto, esta corporación ha dicho que no se exige como requisito para la protección constitucional del derecho a la maternidad, que la notificación del estado de embarazo que se realiza al empleador, deba ejecutarse siguiendo ciertas formalidades. Así, la notificación es sólo una de las formas por las cuales el empleador puede llegar al conocimiento de la situación del embarazo que se realiza al empleador, deba ejecutarse siguiendo ciertas formalidades. Así, la notificación es sólo una de las formas por las cuales el empleador puede llegar al conocimiento de la situación del embarazo de sus trabajadoras, pero no la única; de esta manera, el juez constitucional debe indagar y establecer si efectivamente el empleador estaba en condiciones de saberlo. En ese sentido, esta corporación ha admitido que dicho conocimiento se puede establecer mediante la figura del hecho notorio

“En el caso concreto de la mujer embarazada, son evidentes los cambios que sufre esta con el transcurso del tiempo, lo que se traduce en el ámbito jurídico en una condición que afianza, entre más pasa el tiempo del embarazo, la posibilidad que tienen las otras personas de percibirlo”. (...)

Tercero:

“c) que el despido sea una consecuencia del embarazo, por ende que el despido no está directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique. (...)

Cuarto:

“d) que no medie autorización expresa del inspector del trabajo si se trata de trabajadora oficial o privada, o resolución motivada del jefe del respectivo organismo si se trata de una empleada pública.

En cuanto a la verificación de este presupuesto, por la naturaleza del contrato de prestación de servicios, la jurisprudencia de la Corte no ha verificado el cumplimiento de este requisito (confróntense las Sentencias T-1201 de 2001 y T-529 de 2004 estudiadas en la parte considerativa de estas sentencias) y contemplado que para este tipo de casos la ley laboral no dispone que las inspecciones del trabajo expidan algún tipo de autorización para esta clase de contratos, en el presente caso no se tiene en cuenta.

Quinto:

“e) Que el despido amenace el mínimo vital de la actora o del niño que está por nacer” (...)

En cuanto a esta modalidad de vinculación, ha reiterado la Corte que si bien es cierto, no se trata de una vinculación laboral directa, sí trata de una relación contractual y la protección a la mujer en embarazo y período de lactancia es aplicable a cualquier modalidad de trabajo sin importar la naturaleza de su vinculación, lo que se busca con esta protección es garantizar el sustento y la familia y de quien está por nacer y que el mismo no se vea amenazado de manera abrupta por el contratante.

Mediante Sentencia T-1078 de 2003, M. P. Doctor Alberto Beltrán Sierra, el Alto Tribunal Constitucional reconoció el derecho del Padre Biológico a la extensión de la Licencia por Maternidad de que gozaba su cónyuge fallecida, en aplicación del principio del “interés superior del niño” para proteger y garantizar sus derechos fundamentales. Por ello, ante el vacío en la legislación laboral para el caso de los padres biológicos sin cónyuge o compañera permanente, por encontrarse en las mismas circunstancias fácticas del padre adoptante, de donde resultó razonable la aplicación analógica del artículo 34, numeral 4, de la Ley 50 de 1990, comoquiera, que en donde existe la misma razón de hecho debe ser aplicada la misma solución en derecho.

4. Precedente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

• Declaración de los Derechos Humanos

Artículo 25, numeral 2 consagra la protección del derecho a la maternidad, así:

“2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, (CEDAW), adoptada por la Asamblea General mediante Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, ratificada por Colombia mediante la Ley 51 de 1981.

El artículo 11 establece que es obligación de los Estados Parte: *“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”.*

A su vez, en el ordinal segundo del mismo artículo se consagra:

(...)

“2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;

Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales”.

La protección de la maternidad de las mujeres trabajadoras se ha constituido en un interés fundamental para la OIT desde su creación en 1919, cuando una de las primeras normas adoptadas fue el Convenio sobre la Protección de la Maternidad número 3, el cual precisó los principios fundamen-

tales de esta protección, tales como: el derecho a una licencia de maternidad, a prestaciones en dinero y prestaciones médicas, y el derecho a la seguridad del empleo y a la no discriminación.

Este Convenio ha sido revisado en dos ocasiones desde entonces con el fin de tomar en cuenta la evolución de la legislación y las prácticas nacionales. De la primera revisión en 1952, surge el Convenio No. 103 del mismo año, el cual mantiene los mismos principios fundamentales y hace más explícitos los medios y métodos para el otorgamiento de las prestaciones, entre otras cosas, que la asistencia médica deberá comprender tanto los nueve meses de embarazo, como el momento del parto y el posparto y las interrupciones en el horario de trabajo para efectos de amamantar deberán contarse como horas de trabajo y remunerarse como tales.

Desde 1952 a la fecha, muchos cambios se han dado en la vida de las mujeres y en particular en su inserción en el mercado laboral. Las mujeres se encuentran presentes en todos los campos del desarrollo de la humanidad: las vemos en la industria, en el comercio, en la tecnología, en las ciencias, en las comunicaciones, en las finanzas, en el Gobierno, en la política, etc.; sus contribuciones al ingreso familiar son parte esencial del mantenimiento de la familia, en muchos casos su único sostén. La mujer actual ya no solo desempeña las funciones relacionadas a la crianza de los hijos e hijas y al cuidado del hogar, sino que hoy constituye una fuerza activa y ascendente en todos los campos de la actividad económica.

Esta realidad aunada a las luchas de las mujeres por la exigencia y defensa de sus derechos, ha sido determinante para que las legislaciones laborales, internacionales y nacionales, tomen medidas tendientes a eliminar las normas discriminatorias para las mujeres en este campo y adecuar las relacionadas con la protección a la maternidad.

En consideración a lo anterior, la 88ª Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en junio del 2000, revisó el Convenio número 103 y dio paso a la adopción del Convenio número 183, que mantiene los principios fundamentales de la protección de la maternidad, y **entre otros cambios amplía su campo de aplicación a todas las mujeres empleadas, incluyendo las que se desempeñan en formas atípicas de trabajo como las trabajadoras a domicilio, a tiempo parcial, temporarias u ocasionales³; la protección no solo a las enfermedades que sean consecuencia del embarazo o del parto, sino también a las complicaciones que puedan derivarse de estos**; prevé un período de protección al empleo más largo y; que todo miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo.

• Recomendación número 191 de 2000 de la OIT sobre Protección a la Maternidad

³ Convenio 175 de la OIT sobre trabajo a tiempo parcial y Convenio 177 de la OIT sobre trabajo a domicilio.

Es una recomendación complementaria del Convenio número 183 de 2000 sobre la protección a la maternidad, que en su texto señala aspectos muy importantes del objetivo de los proyectos de ley en estudio, así:

• **Madres lactantes**

“7. Sobre la base de la presentación de un certificado médico o de algún otro certificado apropiado, según lo determinen la legislación y la práctica nacionales, el número y la duración de las interrupciones diarias para la lactancia deberían adaptarse a las necesidades particulares.

8. Cuando sea posible, y con el acuerdo del empleador y de la mujer interesada, las interrupciones diarias para la lactancia deberían poder ser agrupadas en un solo lapso de tiempo para permitir una reducción de las horas de trabajo, al comienzo o al final de la jornada.

9. Cuando sea posible, deberían adoptarse disposiciones para establecer instalaciones que permitan la lactancia en condiciones de higiene adecuadas en el lugar de trabajo o cerca del mismo”.

5. Reconocimiento de la Licencia por Paternidad en favor de los contratistas varones

En el examen de Constitucionalidad que la Corte efectuó sobre el artículo 1° de la Ley 755 de 2009, en el libelo de la Sentencia C-174 de 2009⁴, hace una breve referencia a la licencia de paternidad en el derecho comparado y así lo expone:

La licencia de paternidad tuvo su origen en la OIT con el ánimo que el hombre desempeñe un rol más activo en el cuidado de los hijos desde sus primeros días de nacidos, lo que llevó a este organismo internacional a adoptar la Recomendación 165 de 1981, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, en cuyo numeral 22 hizo explícito, que durante un período inmediatamente posterior a la licencia de maternidad, también el padre debería tener posibilidad de obtener una licencia, sin perder su empleo y conservando los derechos que se derivan de él, a lo que denominó *licencia parental*. Así mismo, dejó en libertad a cada Estado parte, para adoptar la citada preceptiva en su ordenamiento jurídico interno en forma gradual.

En desarrollo de este avance la Conferencia Internacional de la OIT expidió el Convenio 156 del mismo año sobre los trabajadores con responsabilidades familiares que tienen hijos a su cargo, cuando las mismas limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella (artículo 1 y ss.). De esta forma, la licencia de paternidad busca que los hombres concilien el trabajo y la vida familiar, a través del disfrute de un breve período alrededor de la fecha del nacimiento del hijo.

La licencia de paternidad fue otorgada por primera vez en 1974 en Suecia. Posteriormente, en Finlandia y Noruega, en donde se otorga cuatro semanas completas. En Francia el hombre puede tomar 11 días y en España 15 días. En Cuba la licencia de paternidad se da al padre viudo y tiene derecho a recibir un 60% de su salario promedio. Para el caso de América Latina, Argentina ofrece 15 días. Recientemente, en Ecuador el Congreso acaba de aprobar que el padre goce entre 10 y 23 días de licencia por el nacimiento de los hijos, derechos que hasta ese momento solo accedía la madre.

Este asunto no ha sido ajeno al examen de la Corte, por cuanto en la Sentencia C-273 de 2003, al declarar inexecutable una parte del artículo mencionado, abordó el interés superior del niño y la garantía de la plena satisfacción de sus derechos, especialmente del recién nacido, que debe recibir cuidado y amor de manera plena en la época inmediatamente posterior a su nacimiento. Además, sostuvo que la licencia permite al padre comprometerse con mayor fuerza en su paternidad, bajo un clima adecuado para que la niña o el niño alcance su pleno desarrollo físico y emocional.

Respecto al significado de la paternidad y su importancia para el desarrollo de la niña o del niño, en la mencionada decisión se sostuvo:

“En conclusión, si bien no existe un rol paterno único al cual todos los padres deben aspirar –pues debe admitirse que la naturaleza de la influencia paterna puede variar sustancialmente dependiendo de los valores individuales y culturales–, lo que sí está claro es que la presencia activa, participativa y permanente del padre es fundamental en el desarrollo del hijo, y aún más cuando ha decidido asumir su papel en forma consciente y responsable, garantizando al hijo el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales y especialmente el derecho al cuidado y amor para su desarrollo armónico e integral”.

Luego, la idea de que el padre se involucre activamente en la crianza de las hijas o hijos brindándoles asistencia, protección, cuidado y amor desde los primeros días de vida, es fundamental para su desarrollo armónico e integral, que parte del concepto de familia como núcleo fundamental de la sociedad (artículos 42 y 44 de la Constitución).

El derecho a la licencia de paternidad remunerada es desarrollo y aplicación del principio *del interés superior del menor*, como también del *derecho al amor y cuidado del niño*, mediante la implementación de un mecanismo legislativo que, como corolario del artículo 44 superior, garantiza al infante que el progenitor estará presente y lo acompañará durante las primeras horas siguientes a su nacimiento, brindándole el cariño, la atención, el apoyo y la seguridad física y emocional necesaria para su desarrollo integral, con miras a la posterior incorporación del menor a la sociedad.

4 Magistrado Ponente, doctor Jorge Iván Palacio Palacio.

Es decir, el periodo que el legislador concede como licencia remunerada de paternidad, no ha sido concebido como un derecho caprichoso, ni para dedicar estos días al jolgorio, ni a la celebración, sino para vincular efectivamente al padre con las tareas de cuidado y atención a su pequeño hijo, teniendo en cuenta, además, la necesaria y conveniente asistencia al recién nacido.

6. Cuadro comparativo del proyecto de ley radicado y el propuesto para primer debate

TEXTO ORIGINAL DEL PROYECTO DE LEY	PROPUESTA DE MODIFICACIÓN Y ADICIÓN
<p>PROYECTO DE LEY NÚMERO 42 DE 2011 SENADO <i>por medio de la cual se establece una protección especial a la mujer en estado de embarazo, y en la etapa de lactancia, vinculada a través de contratos de prestación de servicios.</i></p> <p>Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto establecer para la mujer en estado de embarazo, y en la etapa de lactancia, vinculada a través de contrato de prestación de servicio, una protección especial, la cual consiste en garantizar la estabilidad laboral reforzada de la mujer trabajadora en estado de gravidez.</p> <p>Artículo 2°. De la definición de estabilidad laboral reforzada en los contratos de prestación de servicios. La estabilidad laboral reforzada busca evitar a la mujer vinculada a través de contrato de prestación de servicios y en estado de embarazo, el rompimiento abrupto del vínculo contractual, que le proporciona su sustento y el de su familia, ya sea a través de su terminación o de la suspensión del mismo.</p>	<p>MODIFICACIÓN AL TÍTULO DEL PROYECTO PROYECTO DE LEY NÚMERO 42 DE 2011 SENADO <i>por medio de la cual se establece el fuero de maternidad en favor de la mujer vinculada mediante contrato de prestación de servicios.</i></p> <p>MODIFICACIÓN AL TEXTO DEL ARTICULADO Artículo 1°. Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto establecer en favor de la <u>mujer vinculada mediante contrato de prestación de servicios, el fuero por maternidad, consistente en una estabilidad contractual reforzada cuando sobrevenga el embarazo o la lactancia, con el fin de garantizar la continuidad de su vínculo contractual, el sostenimiento del mínimo vital y la protección del que está por nacer.</u></p> <p>Artículo 2°. Campo de aplicación del fuero por maternidad. A partir de la promulgación de la presente ley, las <u>personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado que suscriban Contratos de Prestación de Servicios, reconocerán el fuero por maternidad a la mujer contratista durante la etapa del embarazo, el parto, el puerperio y la lactancia.</u></p>

Artículo 3°. De la presunción de discriminación. En los eventos en que el Contratante rompa el vínculo contractual con la mujer en estado de embarazo y en la etapa de lactancia, se presumirá que es un acto discriminatorio y arbitrario, y por ende ineficaz.

Artículo 4°. De los efectos del acto ineficaz. Será obligación del contratante mantener el vínculo contractual, mínimo hasta el vencimiento del período de lactancia, so pena indemnización de perjuicios, que en ningún caso podrá ser inferior del valor del contrato por dicho término.

Artículo 3°. Presunción de discriminación por razón de la maternidad. Cuando el Contrato de Prestación de Servicios sea terminado unilateralmente por el contratante con ocasión del embarazo o la lactancia, se presumirá como un acto de discriminación por razón de la maternidad y, en consecuencia, se considerará ineficaz, pudiendo la afectada acudir ante las autoridades competentes en demanda de protección de su derecho fundamental a una estabilidad contractual reforzada, al reconocimiento del mínimo vital y a la protección del que está por nacer.

Artículo 4°. Efectos del fuero por maternidad. A partir de la promulgación de la presente ley, el fuero por maternidad en los contratos de prestación de servicios tendrá los siguientes efectos:

1. El reconocimiento de la licencia por maternidad equivalente a catorce (14) semanas y tres (3) meses adicionales por el período de lactancia.
2. En caso de nacimiento de un hijo prematuro, en la licencia por maternidad se tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, tiempo que será sumado a las catorce (14) semanas que se establecen en la presente ley.
3. Cuando se trate de un parto múltiple, se tendrá en cuenta lo establecido en el inciso anterior sobre el nacimiento de un hijo prematuro, ampliando la licencia en dos (2) semanas más.

<p>Artículo 5°. Para efectos del cumplimiento de la presente ley y en aras de la especial protección de la mujer en estado de embarazo, será necesario para la terminación del contrato de prestación de servicios, que medie autorización del inspector de trabajo o del alcalde municipal en los lugares donde no existiere aquel funcionario, conforme lo establecido en el artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo.</p> <p>Artículo 5°. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación.</p>	<p>Parágrafo 1°. Para el otorgamiento de la licencia por maternidad de que trata el presente artículo, la contratista debe presentar al contratante un certificado médico en el cual conste el estado de embarazo, la indicación de la fecha probable del parto y el día a partir del cual hará uso de la licencia.</p> <p>Parágrafo 2°. La cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud durante el tiempo que dure la licencia por maternidad, se liquidará sobre el valor equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlv).</p> <p>Parágrafo 3°. Para efectos del permiso de lactancia, las partes contratantes podrán acordar la forma como la madre desea hacer uso del tiempo otorgado para amamantar a su hijo o hijos.</p> <p>Parágrafo 4°. El incumplimiento de esta disposición acarreará el pago de una indemnización por perjuicios, que en ningún caso podrá ser inferior al saldo del valor total del contrato.</p> <p>Artículo 5°. Licencia por paternidad. A partir de la promulgación de la presente ley, el contratista varón tendrá derecho a una licencia por paternidad en caso de nacimiento de un hijo o hija por el término de ocho (8) días calendario, previa presentación ante el contratante del Registro Civil de Nacimiento.</p>	<p>Parágrafo. El reconocimiento y pago de la licencia por paternidad estará a cargo de la EPS a la cual esté afiliado el contratista, para lo cual se requerirá que haya cotizado un mínimo de treinta y seis (36) semanas.</p> <p>Artículo 6°. Prohibición de Terminación del Contrato de Prestación de Servicios. A partir de la promulgación de la presente ley, ninguna mujer vinculada mediante contrato de prestación de servicios se le podrá dar por terminado el contrato de prestación de servicios por motivo de embarazo o lactancia. En consecuencia, se presumirá que la terminación es ineficaz, si ha tenido lugar durante el período de embarazo o dentro de los tres (3) meses posteriores al parto, sin autorización de las autoridades competentes.</p> <p>Parágrafo 1°. En caso de que el Contratante quiera dar por terminado el Contrato de Prestación de Servicios, por incumplimiento de las obligaciones contractuales o por una causa sobreviniente al objeto del mismo, este deberá acudir ante la autoridad competente para obtener la respectiva autorización.</p> <p>Parágrafo 2°. El Ministerio del Trabajo expedirá la reglamentación pertinente dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de la presente ley.</p> <p>Artículo 7°. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación.</p>
<p>9. Proposición final</p>		
<p>Solicitamos a la Honorable Comisión Séptima de Senado, debatir y aprobar en primer debate el Proyecto de ley número 42 de 2011 Senado, por medio de la cual se establece una protección especial a la mujer en estado de embarazo y en la etapa de lactancia, vinculada a través de contratos de prestación de servicios, con base en el texto</p>		

propuesto en ponencia que se adjunta y que forma parte integral del presente informe de ponencia.

Eduardo Carlos Merlano Morales, Claudia Wilches Sarmiento, Dilian Francisca Toro Torres, Guillermo Antonio Santos Marín, Gloria Inés Ramírez Ríos, Gilma Jiménez Gómez, Senadores de la República.

**COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL
PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO
DE LA REPÚBLICA**

Bogotá, D. C., al primer (1er) día del mes de diciembre de dos mil once (2011)

En la presente fecha se autoriza la publicación en la Gaceta del Congreso de la República, el informe de ponencia para primer debate y texto propuesto para primer debate, en veintidós (22) folios, al Proyecto de ley número 42 de 2011 Senado, *por medio de la cual se establece una protección especial a la mujer en estado de embarazo, y en la etapa de lactancia, vinculada a través de contratos de prestación de servicios.* Autoría del proyecto de ley de la honorable Senadora *Alexandra Moreno Piraquive.*

El Secretario,

Jesús María España Vergara.

**TEXTO PROPUESTO PARA PRIMER
DEBATE AL PROYECTO DE LEY
NÚMERO 42 DE 2011 SENADO**

por medio de la cual se establece una protección especial a la mujer en estado de embarazo, y en la etapa de lactancia, vinculada a través de contratos de prestación de servicios.

**MODIFICACIÓN AL TÍTULO DEL
PROYECTO
PROYECTO DE LEY
NÚMERO 42 DE 2011 SENADO**

por medio de la cual se establece el fuero de maternidad en favor de la mujer vinculada mediante contrato de prestación de servicios.

**MODIFICACIÓN AL TEXTO DEL
ARTICULADO EL CONGRESO DE
COLOMBIA**

DECRETA:

Artículo 1°. Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto establecer en favor de la mujer vinculada mediante contrato de prestación de servicios, el fuero por maternidad, consistente en una estabilidad contractual reforzada cuando sobrevenga el embarazo o la lactancia, con el fin de garantizar la continuidad de su vínculo contractual, el sostenimiento del mínimo vital y la protección del que está por nacer.

Artículo 2°. Campo de aplicación del fuero por maternidad. A partir de la promulgación de la presente ley, las personas naturales o jurídicas,

de derecho público o privado que suscriban Contratos de Prestación de Servicios, reconocerán el fuero por maternidad a la mujer contratista durante la etapa del embarazo, el parto, el puerperio y la lactancia.

Artículo 3°. Presunción de discriminación por razón de la maternidad. Cuando el Contrato de Prestación de Servicios sea terminado unilateralmente por el contratante con ocasión del embarazo o la lactancia, se presumirá como un acto de discriminación por razón de la maternidad y, en consecuencia, se considerará ineficaz, pudiendo la afectada acudir ante las autoridades competentes en demanda de protección de su derecho fundamental a una estabilidad contractual reforzada, al reconocimiento del mínimo vital y a la protección del que está por nacer.

Artículo 4°. Efectos del fuero por maternidad. A partir de la promulgación de la presente ley, el fuero por maternidad en los contratos de prestación de servicios tendrá los siguientes efectos:

1. El reconocimiento de la licencia por maternidad equivalente a catorce (14) semanas y tres (3) meses adicionales por el período lactancia.

2. En caso de nacimiento de un hijo prematuro, en la licencia por maternidad se tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, tiempo que será sumado a las catorce (14) semanas que se establecen en la presente ley.

3. Cuando se trate de un parto múltiple, se tendrá en cuenta lo establecido en el inciso anterior sobre el nacimiento de un hijo prematuro, ampliando la licencia en dos (2) semanas más.

Parágrafo 1°. Para el otorgamiento de la licencia por maternidad de que trata el presente artículo, la contratista debe presentar al contratante un certificado médico en el cual conste el estado de embarazo, la indicación de la fecha probable del parto y el día a partir del cual hará uso de la licencia.

Parágrafo 2°. La cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud durante el tiempo que dure la licencia por maternidad se liquidará sobre el valor equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLV).

Parágrafo 3°. Para efectos del permiso de lactancia, las partes contratantes podrán acordar la forma como la madre desea hacer uso del tiempo otorgado para amamantar a su hijo o hijos.

Parágrafo 4°. El incumplimiento de esta disposición acarreará el pago de una indemnización por perjuicios, que en ningún caso podrá ser inferior al saldo del valor total del contrato.

Artículo 5°. Licencia por paternidad. A partir de la promulgación de la presente ley, el contratista varón tendrá derecho a una licencia por paternidad en caso de nacimiento de un hijo o hija por el término de ocho (8) días calendario, previa

presentación ante el contratante del Registro Civil de Nacimiento.

Parágrafo. El reconocimiento y pago de la licencia por paternidad estará a cargo de la EPS a la cual esté afiliado el contratista, para lo cual se requerirá que haya cotizado un mínimo de treinta y seis (36) semanas.

Artículo 6°. Prohibición de Terminación del Contrato de Prestación de Servicios. A partir de la promulgación de la presente ley, a ninguna mujer vinculada mediante contrato de prestación de servicios se le podrá dar por terminado el contrato por motivo de embarazo o lactancia. En consecuencia, se presumirá que la terminación es ineficaz, si ha tenido lugar durante el periodo de embarazo o dentro de los tres (3) meses posteriores al parto, sin autorización de las autoridades competentes.

Parágrafo 1°. En caso de que el Contratante quiera dar por terminado el Contrato de Prestación de Servicios, por incumplimiento de las obligaciones contractuales o por una causa sobreviniente al objeto del mismo, este deberá acudir ante la autoridad competente para obtener la respectiva autorización.

Parágrafo 2°. El Ministerio de Trabajo expedirá la reglamentación pertinente dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de la presente ley.

Artículo 7°. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación.

Eduardo Carlos Merlano Morales, Claudia Wilches Sarmiento, Dilian Francisca Toro Torres, Guillermo Antonio Santos Marín, Gloria Inés Ramírez Ríos, Gilma Jiménez Gómez, Senadores de la República.

COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL
PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO
DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., al primer (1^{er}) día del mes de diciembre de dos mil once (2011)

En la presente fecha se autoriza la **publicación en la Gaceta del Congreso** de la República, el informe de ponencia para primer debate y texto propuesto para primer debate, en veintidós (22) folios, al Proyecto de ley número 42 de 2011 Senado, *por medio de la cual se establece una protección especial a la mujer en estado de embarazo, y en la etapa de lactancia, vinculada a través de contratos de prestación de servicios.* Autoría del proyecto de ley de la honorable Senadora *Alexandra Moreno Piraquive.*

El Secretario,

Jesús María España Vergara.

**INFORME DE PONENCIA PARA
PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY
NÚMERO 99 DE 2011 SENADO**

*por la cual se regula la prima de vacaciones
creada por el Decreto 1381 de 1997.*

Bogotá, D. C., 9 de noviembre de 2011

Honorable Senador

ANTONIO JOSÉ CORREA

Presidente Comisión Séptima Constitucional

Senado de la República

E. S. D.

Asunto: Informe de ponencia para primer debate al **Proyecto de ley número 99 de 2011 Senado**, *por la cual se regula la prima de vacaciones creada por el Decreto 1381 de 1997.*

Respetado señor Presidente:

En cumplimiento del encargo hecho por la honorable Mesa Directiva de la Comisión Séptima Constitucional Permanente del Senado de la República y de conformidad con el Reglamento del Congreso en lo atinente al trámite de los proyectos de ley, presentamos ante usted, **informe de ponencia para primer debate al Proyecto de ley número 99 de 2011 Senado**, *por la cual se regula la prima de vacaciones creada por el Decreto 1381 de 1997*, con las siguientes consideraciones:

I. Antecedentes

El presente proyecto de ley es de iniciativa de los honorables Senadores Luis Carlos Avellaneda, Parmenio Cuéllar Bastidas, Jorge Eduardo Londoño, Roy Barreras, Gloria Inés Ramírez Ríos, Guillermo Antonio Santos Marín, Manuel Enríquez Rosero, Juan Manuel Galán Pachón, Juan Fernando Cristo, Jesús Ignacio García, Luis Fernando Velasco, Eduardo Enríquez Maya, Roberto Gerlén Echeverría, Juan Manuel Corzo, Juan Carlos Vélez, Hémel Hurtado, Carlos Enrique Soto, Antonio José Correa, Dilian Francisca Toro, Édinson Delgado, Teresita, Gilma Jiménez, Mauricio Ernesto Ospina, Jorge Guevara y Jorge Eliécer Ballesteros Bernier.

Fue radicado ante la Secretaría General del Senado de la República el 25 de agosto de 2011, publicado en la *Gaceta del Congreso* número 625 de la misma anualidad y una vez repartido para conocimiento de la Comisión Séptima Constitucional del Senado de la República, fueron asignados ponentes para primer debate los honorables Senadores Gloria Inés Ramírez Ríos y Antonio José Correa Jiménez en su condición de coordinador.

II. Contenido y alcance del proyecto de ley

El proyecto de ley consta de dos artículos que hacen alusión a lo siguiente:

En el artículo 1° se ordena que el pago de la prima de vacaciones otorgada a los docentes de los servicios educativos estatales mediante el Decre-

to 1381 de 1997 se haga en forma proporcional al tiempo de servicio laborado durante el año escolar.

El artículo 2° trata de la vigencia y las derogatorias.

III. Consideraciones generales

El presente proyecto de ley busca subsanar el trato desigual y, por ende discriminatorio, a que han sido sometidos los docentes del servicio público educativo, en relación con otros servidores públicos, en cuanto al reconocimiento y pago de la Prima de Vacaciones creada mediante el Decreto 1381 de 1997, en vista de que la citada disposición dejó en la penumbra el aspecto relacionado con el pago proporcional de la prestación cuando el docente ha laborado en un período inferior a los diez (10) meses del año escolar, lo que ha dado lugar a la pérdida del derecho, situación que vulnera flagrantemente el artículo 13 superior, al configurarse una desmejora en materia prestacional con relación a la totalidad de los servidores públicos, a quienes se les paga la Prima de Vacaciones en forma proporcional.

Lo cierto es que el sentido de la disposición en estudio ha dado lugar a un acto discriminatorio que se concreta en el trato desigual e injustificado que las autoridades administrativas del servicio público de la educación han propiciado contra personas que a la luz de la Constitución y la ley están situadas en igualdad de condiciones con otros servidores públicos, violando su derecho fundamental a la igualdad, pese a la irracionalidad de la diferenciación, razón por la cual, con fundamento en la facultad de configuración legislativa de que está investido el Congreso de la República (artículo 150.1 superior), se procede al restablecimiento del derecho a la igualdad formal y material que acoge a los educadores en sus regulaciones salariales y prestacionales.

IV. Marco jurídico de la iniciativa

1. Fundamento constitucional

“Artículo 1°. Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y la prevalencia del interés general”.

“Artículo 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza en todas sus modalidades de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

“Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. (...).”

“Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo.

Los convenios internacionales del trabajo, debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”. (Negrillas fuera de texto).

2. Fundamento legal

• **Decreto 1045 de 1978**, “por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional”.

“Artículo 10. Del tiempo de servicios para adquirir el derecho a vacaciones. Para el reconocimiento y pago de vacaciones se computará el tiempo servido en todos los organismos a que se refiere el artículo 2° de este decreto, siempre que no haya solución de continuidad. Se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de quince días hábiles de interrupción en el servicio una y otra entidad.

Artículo 24. De la prima de vacaciones. La prima de vacaciones creada por los Decretos-ley 174 y 230 de 1975 continuará reconociéndose a los empleados públicos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, en los mismos términos en que fuere establecida por las citadas normas.

De esta prima continuarán excluidos los funcionarios del servicio exterior”.

• **Ley 50 de 1990**, artículo 3° que subrogó el artículo 46 del CST, determinó en su parágrafo, como derecho del trabajador, que en contratos a término fijo inferiores a un año se debía cancelar en forma **proporcional** al tiempo laborado, cualquiera que este fuere, el pago de vacaciones y prima de servicios:

Artículo 3°. El artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 4° del Decreto-Ley 2351 de 1965, quedará así:

*Parágrafo. En los contratos a término fijo inferior a un año, los trabajadores tendrán derecho al pago de vacaciones y prima de servicios **en proporción al tiempo laborado cualquiera que este sea*** (negrillas fuera de texto).

3. Perspectiva en el Sistema Universal e Interamericano de Derechos Humanos

• **Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, artículo 1°**

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están en razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

• **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 26**

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley (...)”.

• **Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 24**

“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

• **Convenio número 95 de la OIT (1949) sobre Protección del Salario**

Ratificado mediante la Ley 54 de 1964, que hace alusión a la protección del salario.

4. Precedente jurisprudencial sobre el derecho fundamental a la igualdad

La Carta Política en su artículo 13 consagró el derecho a la igualdad como derecho fundamental. Esta igualdad en la Constitución incorpora un principio según el cual todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, no pudiendo establecerse un trato diferente en razón al sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Además este principio de igualdad ante la ley tiene una aplicación más concreta en el caso del derecho al trabajo, cuya manifestación se ha erigido en el postulado de “**a trabajo igual salario igual**”.

Con relación a este postulado, la Corte Constitucional ha señalado a lo largo de su doctrina constitucional que deben existir criterios razonables y objetivos que justifiquen un trato diferente, mas no discriminatorio, entre trabajadores que desempeñen unas mismas o similares funciones, que sirvan de fundamento para reconocer por el empleador, tanto público como privado, un mayor salario, sea este por la cantidad o calidad de trabajo, por su eficiencia, por la complejidad de la labor o por el nivel educativo del empleado, circunstancias que deben ser probadas por el empleador.

En efecto, en la Sentencia T-079 de 1995, M. P.: Doctor Alejandro Martínez Caballero, señaló la Corte lo siguiente:

“Es obvio que la *discriminación salarial* atenta contra la **igualdad** como derecho fundamental constitucionalmente protegido e inherente a la relación laboral. Lo cual implica, en principio, que habrá discriminación cuando ante situaciones iguales se da un trato jurídico diferente, por eso se proclama el principio **a trabajo igual salario igual**”.

En el mismo sentido el Tribunal Constitucional ha señalado que

“No es la diferencia, tampoco la distinción, lo que configura la discriminación, sino la negación de un bien que es debido. Lo contrario a la igual-

dad es así la discriminación, la cual podría concebirse como la falta de proporcionalidad dentro de un ordenamiento jurídico, o la negación de lo debido en justicia, mediante vías de hecho. De lo anterior, se deduce que existen dos clases de discriminación, la legal –caso de las leyes injustas–, o la de hecho, es decir, la que contraría el orden legal preestablecido¹.

El verdadero **alcance** del derecho fundamental a la igualdad consiste, no en la exactitud matemática de las disposiciones que se apliquen a unas y otras personas, sino en la adecuada correspondencia entre las situaciones jurídicas objeto de regulación o gobierno y los ordenamientos que se hacen exigibles a ellas. La igualdad se rompe cuando, sin motivo válido –fundado en razones objetivas, razonables y justas–, el Estado otorga preferencias o establece discriminaciones entre los asociados, si estos se encuentran en igualdad de circunstancias o en un nivel equiparable desde el punto de vista fáctico².

• **Sentencia número C-351 de 1995, M. P.: Doctor Vladimiro Naranjo Mesa**

DERECHO A LA IGUALDAD-Concepto

“Se entiende por igualdad, la proporcionalidad equivalente entre dos o más entes, según un principio de reciprocidad. Y por derecho fundamental, aquel que siendo inherente a la persona, constituye el fundamento de legitimidad del orden jurídico, haciendo que este sea justo. De lo anterior se colige que el derecho a la igualdad es la facultad que tiene todo ser humano, y en general toda persona, natural o jurídica, a recibir un trato no discriminado por parte de la sociedad civil y del Estado, según el merecimiento común –la racionalidad y la dignidad– y según los méritos particulares, fundados en la necesidad y en el trabajo. La igualdad en abstracto implica una identidad en la oportunidad, al paso que en lo específico requiere un discernimiento, una diferencia y una proporcionalidad: se iguala lo diverso, no por homología, sino por adecuación”.

• **Sentencia C-384 de 1997, M. P.: Doctor José Gregorio Hernández Galindo**

DERECHO A LA IGUALDAD-Alcance/DERECHO A LA IGUALDAD-Rompimiento

“El verdadero alcance del derecho fundamental a la igualdad consiste, no en la exactitud matemática de las disposiciones que se apliquen a unas y otras personas, sino en la adecuada correspondencia entre las situaciones jurídicas objeto de regulación o gobierno y los ordenamientos que se hacen exigibles a ellas. La igualdad se rompe cuando, sin motivo válido –fundado en razones objetivas, razonables y justas–, el Estado otorga preferencias o establece discriminaciones entre los asociados, si estos se encuentran en igualdad

1 Sentencia C-351 de 1995, M. P.: Doctor Vladimiro Naranjo Mesa.

2 Sentencia C-384 de 1997, M. P.: Doctor José Gregorio Hernández Galindo.

de circunstancias o en un nivel equiparable desde el punto de vista fáctico”.

• **Sentencia número T-187 de 1993, M. P.: Doctor Alejandro Martínez Caballero**

IGUALDAD ANTE LA LEY/PRINCIPIO DE IGUALDAD-Vulneración/PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

“La igualdad se construye como un límite de la actuación de los poderes públicos y como un mecanismo de creación frente a la posibilidad arbitraria del poder. El principio de igualdad sólo se viola cuando se trata desigualmente a los iguales. De ahí que lo constitucionalmente vetado sea el trato desigual ante situaciones idénticas. Ha de reunir el requisito de la razonabilidad, es decir, que no colisione con el sistema de valores constitucionalmente consagrado”.

• **Sentencia T-631 de 1999, M. P.**

DERECHO A LA IGUALDAD-Trato diferenciado

“En principio, habrá discriminación cuando ante situaciones iguales se da un trato jurídico diferente, lo que permite paralelamente normaciones diferentes para supuestos distintos. Esta Corporación mediante sentencia, manifestó respecto al derecho a la igualdad que, no se trata de instituir una equiparación o igualdad matemática y ciega, que disponga exactamente lo mismo para todos, sin importar las diferencias fácticas entre las situaciones jurídicas objeto de consideración. Sino que por el contrario, dichas circunstancias, según su magnitud y características, ameritan distinciones y grados en el trato, así como disposiciones variables y adaptadas a los casos específicos, sin que por el solo hecho de tal diversidad se vulnere el postulado de la igualdad ni se desconozcan los mandatos constitucionales”.

• **Sentencia SU-995 de 1999, M. P.: Doctor Carlos Gaviria Díaz**

En esta sentencia de unificación de la jurisprudencia elaborada en sede de Tutela por la Corte Constitucional en relación con la protección de los derechos salariales y prestacionales de los trabajadores, se concedió el amparo solicitado por numerosos docentes de un municipio que reclamaban el pago de sus salarios y prestaciones sociales.

En esta ocasión, se recurrió al Convenio 95 de la OIT (1969), ratificado por Colombia mediante la Ley 54 de 1964, como parte del Bloque de Constitucionalidad para interpretar el contenido del vocablo salario, con el fin de determinar la amplitud de la protección que pueden recibir a través de la acción de tutela los funcionarios que no han recibido los pagos que les corresponden, definiendo lo siguiente:

“Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no solo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del

artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad iusfundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad (...).

En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo –relativo a la protección del salario–, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1° señala:

El término ‘salario’ significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.

Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no solo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado –sentido restringido y común del vocablo–, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras –entre otras denominaciones– tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado.

Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos no solo se encuentran en la ya referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción garantista de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho...

En consecuencia, el Convenio 95 de la OIT relativo a la protección del salario hace parte del Bloque de Constitucionalidad y debe ser observado por los operadores judiciales y administrativos, en razón de lo cual el Legislador lo aplica en la presente iniciativa.

Proposición

Por lo anteriormente expuesto, solicitamos a la honorable Mesa Directiva de la Comisión Séptima Constitucional del Senado de la República dar **primer debate al Proyecto de ley número 99 de 2011 Senado**, por la cual se regula la prima de vacaciones creada por el Decreto 1381 de 1997 con el texto propuesto por sus autores.

Atentamente,

Antonio José Correa Jiménez, Senador Ponente Coordinador; Gloria Inés Ramírez Ríos, Senadora Ponente.

COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL
PERMANENTE
DEL HONORABLE SENADO DE LA
REPÚBLICA

Bogotá, D. C., a los dos (2) días del mes de diciembre de dos mil once (2011)

En la presente fecha se autoriza la **publicación en la Gaceta del Congreso** de la República, el informe de ponencia para primer debate y texto propuesto para primer debate, en diez (10) folios, al Proyecto de ley número 99 de 2011 Senado, *por la cual se regula la prima de vacaciones creada por el Decreto 1381 de 1997*. Autoría del proyecto de ley de los honorables Senadores y Senadoras *Luis Carlos Avellaneda Tarazona, Parmenio Cuéllar Bastidas, Jorge Eduardo Londoño, Roy Barreras, Gloria Inés Ramírez Ríos, Guillermo Antonio Santos Marín, Manuel Enríquez Rosero, Juan Manuel Galán Pachón, Juan Fernando Cristo, Jesús Ignacio García, Luis Fernando Velasco, Eduardo Enríquez Maya, Roberto Gerlén Echeverría, Juan Manuel Corzo, Juan Carlos Vélez, Hémel Hurtado, Carlos Enrique Soto, Antonio José Correa, Dilian Francisca Toro, Édinson Delgado, Teresita, Gilma Jiménez Gómez, Mauricio Ospina, Jorge Guevara y Jorge Eliécer Ballesteros Bernier*.

El Secretario,

Jesús María España Vergara.

**TEXTO PROPUESTO PARA PRIMER
DEBATE AL PROYECTO DE LEY
NÚMERO 99 DE 2011 SENADO**

por la cual se regula la prima de vacaciones creada por el Decreto 1381 de 1997.

El Congreso de Colombia
DECRETA:

Artículo 1°. La prima de vacaciones, creada para los docentes de los servicios educativos esta-

tales, mediante el Decreto 1381 de 1997, se pagará proporcionalmente al tiempo de servicio laborado durante el año escolar.

Artículo 2°. *Vigencia*. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga las normas que le sean contrarias.

Antonio José Correa Jiménez, Senador Ponente Coordinador; *Gloria Inés Ramírez Ríos*, Senadora Ponente.

COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL
PERMANENTE
DEL HONORABLE SENADO DE LA
REPÚBLICA

Bogotá, D. C., a los dos (2) días del mes de diciembre de dos mil once (2011)

En la presente fecha se autoriza la **publicación en la Gaceta del Congreso** de la República, el informe de ponencia para primer debate y texto propuesto para primer debate, en diez (10) folios, al Proyecto de ley número 99 de 2011 Senado, *por la cual se regula la prima de vacaciones creada por el Decreto 1381 de 1997*. Autoría del proyecto de ley de los honorables Senadores y Senadoras *Luis Carlos Avellaneda Tarazona, Parmenio Cuéllar Bastidas, Jorge Eduardo Londoño, Roy Barreras, Gloria Inés Ramírez Ríos, Guillermo Antonio Santos Marín, Manuel Enríquez Rosero, Juan Manuel Galán Pachón, Juan Fernando Cristo, Jesús Ignacio García, Luis Fernando Velasco, Eduardo Enríquez Maya, Roberto Gerlén Echeverría, Juan Manuel Corzo, Juan Carlos Vélez, Hémel Hurtado, Carlos Enrique Soto, Antonio José Correa, Dilian Francisca Toro, Édinson Delgado, Teresita, Gilma Jiménez Gómez, Mauricio Ospina, Jorge Guevara y Jorge Eliécer Ballesteros Bernier*.

El Secretario,

Jesús María España Vergara.

TEXTOS APROBADOS EN PLENARIA

**TEXTO APROBADO EN SESIÓN
PLENARIA DEL SENADO DE LA
REPÚBLICA EL DÍA 13 DE SEPTIEMBRE
DE 2011
AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 237
DE 2011 SENADO**

por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo de Cooperación Cultural entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Argelina Democrática y Popular”, suscrito en Bogotá, el 24 de enero de 2007.

El Congreso de Colombia
DECRETA:

Artículo 1°. Apruébese el “Acuerdo de Cooperación Cultural entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Argelina Democrática y Popular”, suscrito en Bogotá el 24 de enero de 2007.

Artículo 2°. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 7ª de 1944, el “Acuerdo

de Cooperación Cultural entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Argelina Democrática y Popular”, suscrito en Bogotá, el 24 de enero de 2007, que por el artículo 1° de esta ley se aprueba, obligará al país a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional respecto de la misma.

Artículo 3°. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación.

Con el propósito de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 182 de la Ley 5ª de 1992, me permito presentar el texto definitivo aprobado en Sesión Plenaria del Senado de la República, el día 13 de septiembre de 2011, al Proyecto de ley número 237 de 2011 Senado, por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo de Cooperación Cultural entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Argelina Democrática y Popular”, suscrito en Bogotá, el 24 de enero de 2007, y de esta manera continúe su trámite legal y

reglamentario en la honorable Cámara de Representantes.

Édgar Espíndola Niño,
Ponente.

El presente texto fue aprobado en Plenaria de Senado el 13 de septiembre de 2011.

El Secretario General,

Emilio Otero Dajud.

CONTENIDO

Gaceta número 936 - martes, 6 de diciembre de 2011

SENADO DE LA REPÚBLICA

PONENCIAS

Informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley número 84 de 2011 Senado por medio de la cual se aclara la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral en los conflictos de la Caja Nacional de Previsión, Instituto de Seguros Sociales.....	1
--	---

Informe de ponencia para primer debate y Texto propuesto al proyecto de ley número 42 de 2011 Senado por medio de la cual se establece una protección especial a la mujer en estado de embarazo, y en la etapa de lactancia, vinculada a través de contratos de prestación de servicios.....	15
--	----

Informe de ponencia para primer debate y Texto propuesto al Proyecto de ley número 99 de 2011 Senado por la cual se regula la prima de vacaciones creada por el Decreto 1381 de 1997	15
--	----

TEXTOS APROBADOS EN PLENARIA

Texto aprobado en sesión plenaria del Senado de la República el día 13 de septiembre de 2011 al Proyecto de ley número 237 de 2011 Senado por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo de Cooperación Cultural entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Argelina Democrática y Popular”, suscrito en Bogotá, el 24 de enero de 2007.....	19
--	----